

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26116/2016-4

CAPH/10/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 11 JANVIER 2019

Entre

A _____ **SA**, sise _____, Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 31 mai 2018 (JTPH/137/2018), comparant par M^e Michaël BIOT, avocat, FBT Avocats SA, rue du 31 Décembre 47, case postale 6120, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B _____, domicilié _____ (VD), intimé, comparant par M^e Yvan JEANNERET, avocat, Keppeler Avocats, rue Ferdinand-Hodler 15, case postale 6090, 1211 Genève 6, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14 janvier 2019.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/137/2018 du 31 mai 2018, reçu le 1^{er} juin 2018 par A_____ SA, statuant partiellement et par voie de procédure ordinaire, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 9 mars 2017 par B_____ contre A_____ SA (ch. 1 du dispositif), condamné A_____ SA à verser à B_____ la somme brute de 27'753 fr. 70 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2016 (ch. 2), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 3), condamné A_____ SA à verser à B_____ la somme nette de 10'800 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 6 juillet 2016 (ch. 4), constaté que B_____ s'était valablement opposé au congé qui lui avait été signifié par A_____ SA le 30 novembre 2015, au sens de l'art. 336b al. 1 CO (ch. 5), réservé la suite de la procédure (ch. 6), mis les frais de la procédure – arrêtés à 1'000 fr. – à la charge de A_____ SA, compensé ces frais avec l'avance de 1'310 fr. effectuée par B_____ et condamné A_____ SA à verser à B_____ le montant des frais judiciaires précités (ch. 7 à 10), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 11) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 12).

B. a. Par acte déposé le 27 juin 2018 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Préalablement, A_____ SA conclut à la "réintégration de la convention de fin de rapports de travail du 10 décembre 2015 à la procédure". Principalement, elle conclut à l'irrecevabilité de la conclusion de B_____ tendant au paiement de la somme de 10'800 fr. et au déboutement de ce dernier de toutes ses conclusions.

b. Dans sa réponse, B_____ conclut préalablement à la réintégration au dossier de la convention de fin de rapports de travail du 10 décembre 2015. Principalement, il conclut à la confirmation du jugement entrepris sous suite de frais judiciaires et dépens.

c. Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, en persistant dans leurs conclusions.

d. Elles ont été informées le 11 octobre 2018 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments pertinents suivants résultent de la procédure:

a. A_____ SA (ci-après également "l'employeuse" ou "la banque") est une société exploitant une banque et active dans le négoce en valeurs mobilières, dont le siège est à Genève.

B_____ (ci-après également "l'employé"), né le _____ 1956, a été engagé par une société du groupe A_____ à partir du 1^{er} octobre 2001 pour une durée indéterminée.

b. Le 1^{er} février 2011, le contrat de travail de B_____ a été transféré à A_____ SA, tout en rappelant l'application de la convention collective de la corporation des banquiers privés genevois (ci-après "CCT-CBPG"). Son salaire annuel brut était alors de 177'000 fr. pour une activité de comptable. Ce montant a été réduit d'un commun accord à 158'000 fr. à compter du 1^{er} janvier 2013, puis à 152'000 fr. dès le 1^{er} août 2014. En 2015, B_____ a perçu, part variable et autres prestations incluses, la somme brute de 163'999 fr.

c. Lors d'un entretien ayant eu lieu le 30 novembre 2015, C_____ et D_____, directeurs de A_____ SA, ont notifié à B_____ son licenciement au 31 mai 2016 au plus tard, avec libération immédiate de l'obligation de travailler et en précisant que le solde de vacances devrait être compris dans la période de dédite. La possibilité de la conclusion d'une convention de fin des rapports de travail a été évoquée lors de cet entretien.

d. Le 10 décembre 2015, D_____ et E_____, président du comité exécutif de A_____ SA, ont signé une convention de fin des rapports de travail liant B_____ à A_____ SA. D_____ l'a présentée à B_____ lors d'un entretien ayant eu lieu le jour même. La convention prévoyait notamment que la banque allouerait à B_____ un montant de 10'000 fr. pour des prestations d'*outplacement* et indiquait que les parties confirmaient, par leurs signatures, que les termes de la convention étaient le résultat de discussions entre elles impliquant des concessions réciproques correspondant à leur volonté.

e. B_____ a été hospitalisé au service de _____ de l'Hôpital de _____ (VD) du 8 au 20 janvier 2016 inclus.

f. Au mois de février 2016, A_____ SA s'est acquittée, conformément à ce que prévoyait la convention du 10 décembre 2015, d'une facture d'un montant de 10'800 fr. en mains d'une société tierce pour une prestation d'*outplacement* dont a bénéficié B_____.

g. Par courrier recommandé du 2 mai 2016 adressé à A_____ SA, B_____ a sollicité que les motifs de son licenciement lui soient indiqués.

Par courrier simple du 17 mai 2016 adressé à B_____, A_____ SA a considéré la demande sans objet, puisque la fin des rapports de travail avait été réglée par la convention du 10 décembre 2015.

Le 18 mai 2016, l'assurance protection juridique de B_____ a adressé un courrier recommandé à A_____ SA pour lui "[signifier] *ici l'opposition de* [B_____] *au*

congé, non motivé malgré [la] demande du 2 mai 2015, que [la banque] lui [avait] signifié par lettre du 30 novembre 2015". Elle a également contesté la validité de la convention du 10 décembre 2015.

A_____ SA a alors indiqué, par courrier recommandé du 25 mai 2016, qu'elle considérait la convention du 10 décembre 2015 comme valable, de sorte que la motivation du licenciement n'était pas pertinente dans ce contexte. Elle a toutefois motivé le licenciement en expliquant que B_____ ne satisfaisait pas aux exigences de son poste.

h. Par courrier du 6 juillet 2016, B_____ a demandé à A_____ SA la clôture du compte bancaire qu'il possédait auprès d'elle et le versement du solde sur deux comptes auprès d'un autre établissement financier. Constatant que le montant ne lui avait pas été versé, B_____ a mis en demeure A_____ SA de s'exécuter par courrier du 14 juillet 2016.

A_____ SA a invoqué, par courrier du 21 juillet 2016, détenir une prétention de 10'800 fr. à l'encontre de B_____, correspondant au montant de la facture qu'elle avait payée au mois de février 2016 pour la prestation d'*outplacement* prévue dans la convention du 10 décembre 2015. Celle-ci ayant été dénoncée au mois de mai 2016, soit postérieurement au paiement, et cette dénonciation ayant été acceptée, la banque faisait valoir sur la base de ses conditions générales et des dispositions légales applicables, un droit de gage, de rétention et de compensation sur les avoirs détenus par B_____ en ses livres.

i. Le solde de vacances de B_____ à la date de fin des rapports de travail, à savoir le 30 juin 2016, compte tenu du report de cette date lié à l'hospitalisation de celui-ci, était de 38 jours. L'employé avait en outre effectué, à cette date, 46 heures et 29 minutes supplémentaires de travail, correspondant à six jours de vacances.

j. B_____ perçoit une retraite anticipée depuis le 1^{er} juillet 2016. Il a également perçu des indemnités-chômage du 1^{er} juillet 2016 au 30 juin 2018 et a trouvé un emploi temporaire, à temps partiel, du 1^{er} octobre 2016 au 30 juin 2017.

k. Par demande du 23 décembre 2016, déclarée non conciliée le 24 janvier 2017, et introduite devant le Tribunal des prud'hommes le 9 mars 2017, B_____ a assigné A_____ SA en paiement de la somme totale de 131'050 fr. 70, avec suite de frais et dépens. Ladite somme se décompose de la manière suivante:

- 30'688 fr. 20 bruts, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2016, à titre de salaire afférent aux vacances;

-
- 89'562 fr. 50 net, avec intérêt moratoires à 5% l'an dès le 30 novembre 2015, à titre d'indemnité pour congé abusif, équivalente à six mois de salaire;
 - 10'800 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 6 juillet 2016 correspondant au montant retenu par A_____ SA sur le compte bancaire que B_____ disposait auprès de celle-ci.

B_____ a allégué qu'il n'avait pas pu prendre ses vacances et compenser les heures supplémentaires durant son délai de congé compte tenu du fait qu'il s'était trouvé en incapacité de travail durant une certaine période. Son licenciement avait été prononcé de manière abusive, et il estimait le blocage de son compte à hauteur de 10'800 fr. injustifié, compte tenu de la dénonciation de la convention du 10 décembre 2015 et du fait qu'il n'aurait jamais fait appel aux services d'une société tierce pour un programme de transition de carrière à ses propres frais. Le fait qu'il ait effectivement bénéficié de la prestation d'*outplacement* n'y changeait rien.

l. Dans sa réponse du 10 juillet 2017, A_____ SA a principalement conclu à l'irrecevabilité de la conclusion de B_____ tendant à sa condamnation au paiement du montant de 10'800 fr. et, pour le surplus, au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

A_____ SA a fait valoir que la prétention de B_____ en paiement de 10'800 fr. était fondée sur la relation bancaire et non sur les rapports de travail. Ce dernier aurait dû prendre ses vacances et compenser ses heures supplémentaires pendant le délai de congé, compte tenu de la libération de son obligation de travailler durant cette période. Il ne s'était pas valablement opposé au congé, puisqu'il n'avait pas manifesté une volonté de poursuivre les rapports de travail, et le congé n'était pas abusif.

m. Par ordonnance du 4 septembre 2017, d'entente entre les parties, le Tribunal a limité la procédure aux questions du salaire afférent aux vacances, à la compétence du Tribunal en lien avec la conclusion tendant au paiement de la somme de 10'800 fr. et à la question du respect par B_____ de l'incombance de l'art. 336c al. 1 CO (soit l'opposition du travailleur au licenciement, formulée par écrit, dans le délai de congé).

n. Lors de l'audience de débats d'instruction du 21 novembre 2017, B_____ a modifié la première conclusion de ses écritures remplaçant "salaire afférent aux vacances" par "salaire afférent aux vacances et heures supplémentaires", A_____ SA ayant, quant à elle, confirmé ses conclusions.

o. B_____ a expliqué, lors de son audition du 5 février 2018, avoir été en état de choc, à l'annonce de son licenciement. Il a ajouté avoir souffert d'une dépression

suite à son licenciement qui s'était aggravée au point où une hospitalisation d'urgence avait été indispensable. Il a allégué avoir mis trois mois à s'en remettre, grâce à un suivi régulier avec le psychiatre de l'hôpital de _____ (VD). B_____ a encore expliqué que la convention de départ lui avait été présentée pour la première fois le 10 décembre 2015, qu'il avait posé une question à propos d'une clause à laquelle D_____ n'avait pas su répondre, qu'il avait demandé à pouvoir soumettre ce document à un avocat – demande qui lui avait été refusée, la convention étant "*à signer ou à laisser*" – et qu'il l'avait signée de "*peur de tout perdre*".

Interrogée lors de la même audience, une représentante de A_____ SA a indiqué que la convention avait été signée le 15 décembre 2015 et non le 10 décembre 2015. Cette dernière date correspondait selon elle à la date à laquelle la convention avait été présentée à B_____. Elle a encore précisé que la convention avait été "*évoquée oralement lors de l'entretien du 30 novembre*" et qu'elle n'avait pas été présente lors de la signature, mais qu'elle en avait été informée par D_____.

p. Entendu comme témoin, D_____ a indiqué avoir vu B_____ "*émotionné*" à l'annonce du licenciement. Il a en outre confirmé avoir eu plusieurs entretiens avec B_____, en précisant que lors du deuxième entretien, le 10 décembre 2015, il avait remis la convention à B_____ mais que la signature n'était intervenue que lors du troisième entretien, le 15 décembre 2015 et que ce procédé correspondait à la procédure interne chez A_____ SA, à l'exception du fait qu'usuellement, le projet de convention indiquait le mot "*draft*" et n'était pas signé par les représentants de la banque. Il a encore contesté avoir dit que la convention était "*à prendre ou à laisser*" et a précisé que l'employé n'avait manifesté, à aucun moment depuis l'annonce du licenciement, une volonté de poursuivre son activité au sein de A_____ SA ou d'occuper un autre poste.

Egalement entendu comme témoin, C_____ a relevé que B_____ n'avait "*pas été heureux d'apprendre* [son licenciement]" puis qu'il n'avait "*pas dit grand-chose*". Il a également confirmé qu'à sa connaissance, B_____ n'avait, à aucun moment depuis l'annonce de son licenciement, manifesté sa volonté de poursuivre son activité au sein de la banque.

- D.** Dans le jugement attaqué, le Tribunal a préalablement considéré que la convention du 10 décembre 2015 devait être écartée de la procédure dès lors que les parties n'en avaient pas produit de version signée et que A_____ SA en avait finalement accepté l'invalidation. Il s'est également considéré compétent pour statuer sur la prétention en paiement des 10'800 fr., puisque la relation de travail était prédominante sur la relation bancaire.

Au fond, le Tribunal a condamné A_____ SA au paiement de 10'800 fr. compte tenu du fait que la convention avait été dénoncée et que B_____ n'avait pas été enrichi de ce montant, mais avait bénéficié d'une prestation d'un tiers ayant coûté ce prix, de sorte que la banque ne pouvait légitimement retenir cette somme sur les avoirs de celui-ci.

Le Tribunal a en outre considéré que les circonstances exactes ayant entouré la présentation par l'employeuse d'une convention de départ n'avaient pas pu être établies avec certitude, de sorte qu'il ne pouvait être exclu qu'une pression ait été mise sur B_____. Au vu de son âge, des difficultés à trouver un nouvel emploi et de l'incapacité de travail grave et durable ayant suivi le licenciement, le Tribunal a estimé qu'il ne pouvait être exigé de lui ni qu'il prenne ses jours de vacances restants ni qu'il compense ses heures supplémentaires dans le délai de congé de sept mois, malgré sa libération de l'obligation de travailler. Ses prétentions en paiement du salaire afférent aux vacances, dont la quotité elle-même n'était pas contestée, étaient dès lors fondées.

Le Tribunal a enfin estimé que B_____ s'était valablement opposé à son licenciement, vu la teneur de sa communication du 18 mai 2016, et ce bien qu'il n'ait pas expressément offert de reprendre son travail.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

1.1.1 Les décisions partielles (ou sur partie) sont assimilées à des décisions finales, puisqu'elles mettent un terme à l'instance relativement aux demandes ou aux consorts concernés; elles s'en distinguent cependant puisqu'elles ne mettent pas fin à la procédure dès lors que l'instance perdure à raison de la partie non tranchée du litige (ATF 135 III 212 consid. 1.2; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2010, n. 2336; JEANDIN, *in* CPC commenté, 2011, n. 8 *ad* art. 308 CPC; RETORNAZ, L'appel et le recours, *in* Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, n. 22 à 25 p. 358 s.).

Le jugement partiel est ainsi attaquant immédiatement (JEANDIN, *op. cit.*, n. 8 *ad* art. 308 CPC).

1.1.2 Le tribunal peut rendre une décision incidente lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable (art. 237 al. 1 CPC). La décision incidente est sujette à recours immédiat; elle ne peut être attaquée ultérieurement dans le recours contre la décision finale (art. 237 al. 2 CPC).

1.2 En l'espèce, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr.

La décision est incidente s'agissant des ch. 1 et 5 puisqu'une décision contraire pourrait mettre un terme au procès. Elle est finale et partielle en ce qui concerne les ch. 2 à 4, compte tenu du fait qu'elle statue définitivement sur ces points mais que la procédure perdure quant aux autres points litigieux. La voie de l'appel est par conséquent ouverte.

Formé dans les délai et forme prescrits par la loi, auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable (art. 130, 131, 143 al. 1 et 311 al. 1 CPC).

1.3 La compétence des juridictions genevoises pour connaître du présent litige n'est à juste titre pas remise en cause en appel (cf. art. 34 al. 1 CPC).

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC).

2. L'appelante critique le Tribunal en tant qu'il s'est déclaré compétent pour statuer sur la conclusion de l'intimé tendant au paiement de la somme de 10'800 fr.

2.1 Le tribunal examine d'office s'il est compétent à raison de la matière et du lieu (art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC).

Le Tribunal des prud'hommes du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où l'employé exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour connaître des litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations (art. 34 al. 1 CPC et 1 al. 1 let. a LTPH).

Le litige doit ainsi opposer l'employé et l'employeur dans un conflit civil contentieux, ayant sa source dans un contrat individuel de travail ou dans le droit collectif du travail et porter sur un droit ancré dans le Code des obligations ou dans une loi spéciale. Le fondement de la prétention – contractuel, délictuel ou en répétition de l'indu – importe peu et une interprétation large se justifie, eu égard au caractère social de la norme (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, éd. 2014, p. 747; BOHNET/DIETSCHY, *in* *Commentaire du contrat de travail*, éd. 2013, *ad* art. 343 CO, n. 7 et 8). Lorsque le demandeur élève une prétention unique reposant sur des fondements juridiques distincts, et que ceux-ci, considérés séparément, relèveraient de juridictions différentes, la compétence est déterminée d'après le caractère prédominant du litige. En cas de conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et une juridiction spéciale, telles que, respectivement, le Tribunal de première instance et le Tribunal de prud'hommes, le premier est compétent si le litige ne comporte aucun caractère prédominant ou qu'il subsiste des doutes à ce sujet. Il convient donc de déterminer quel est l'aspect prépondérant

de la prétention (arrêt du Tribunal fédéral 4A_453/2010 du 18 novembre 2010 consid. 2; ATF 137 III 311, consid. 5.2.2; BOHNET/DIETSCHY, op. cit., n. 9). La volonté affirmée du législateur est de soumettre ce type de contrat à un traitement procédural particulier et, si possible, unifié, pour autant que le différend prenne sa source dans les rapports de travail (ATF 137 III 311, consid. 5.2.2; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 748).

2.2 En l'espèce, l'appelante considère à tort que les prétentions de l'intimé en paiement de 10'800 fr. relèvent de la relation bancaire et ne sont pas en lien avec les rapports de travail.

En effet, la créance en remboursement des frais de *outplacement* pour laquelle l'appelante a fait valoir son droit de gage, de rétention et de compensation à l'encontre de l'intimé résulte de la fin des rapports de travail, à l'exclusion de la seule relation bancaire.

Le litige porte ainsi exclusivement sur la question de savoir à qui incombait le paiement de 10'800 fr. dans le cadre de la liquidation des rapports de travail, de sorte que le Tribunal des prud'hommes est bel et bien compétent pour statuer sur cette question.

Par conséquent, le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

- 3.** L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir condamnée, à ce stade déjà, au paiement de la somme de 10'800 fr., alors que la procédure avait été limitée à la question de la compétence du Tribunal sur cette question. Elle se plaint notamment d'une violation de son droit d'être entendue en tant qu'elle n'a pas pu se déterminer sur le bien-fondé de cette prétention.

Compte tenu de la nature formelle de ce grief, il convient d'examiner cette question en premier lieu.

3.1 Garanti aux art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC, le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1; 135 I 187 consid. 2.2; 129 II 497 consid. 2.2).

Le droit d'être entendu – dont le respect doit être examiné en premier lieu (ATF 124 I 49 consid.1) et avec un plein pouvoir d'examen (ATF 140 III 1 consid. 3.1.1) – est une garantie constitutionnelle de nature formelle, dont la violation entraîne, par principe, l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours au fond (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1). En d'autres termes, si l'autorité précédente a violé des garanties formelles de

procédure, la cassation ("Kassation") de sa décision demeure la règle, dans la mesure où les justiciables peuvent, en principe, se prévaloir de la garantie du double degré de juridiction (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 et 2.7). Toutefois une violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pouvoir d'examen en fait comme en droit (ATF 137 I 195 consid. 2.2 et 2.3.2).

3.2 En l'espèce, le Tribunal a condamné l'appelante au paiement à l'intimé du montant de 10'800 fr. alors que la procédure était limitée, par ordonnance du 4 septembre 2017, à la question de la compétence du Tribunal en lien avec la conclusion tendant au paiement de cette somme.

En procédant de la sorte, les parties n'ont pas pu s'exprimer sur le bien-fondé de la prétention de l'intimé avant que le jugement ait été rendu. Ce procédé consacre ainsi une violation du droit d'être entendu de l'appelante.

Cette violation ne saurait être guérie devant la Cour, même si celle-ci dispose d'une pleine cognition en fait comme en droit, les parties ne devant pas être privées de la garantie du double degré de juridiction.

Dans la mesure où la procédure devra en tout état continuer devant les premiers juges – le jugement attaqué étant un jugement partiel – et au vu de la confirmation de la compétence du Tribunal pour trancher cette question (cf. *supra* consid. 2), le ch. 4 du jugement sera annulé et ce point sera renvoyé aux premiers juges pour nouvelle décision après avoir donné aux parties l'occasion de s'exprimer quant au bien-fondé de la prétention de l'intimé en paiement du montant de 10'800 fr.

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions concordantes des parties tendant à la "réintégration" de la convention du 10 décembre 2015, dont on comprend au demeurant mal l'utilité, le premier juge ayant retenu dans son état de faits les éléments essentiels de ladite convention, et les parties ayant admis que celle-ci avait été révoquée. Il appartiendra au Tribunal, dans le cadre de l'examen au fond de la prétention de l'intimé en paiement de 10'800 fr., de juger de la pertinence des éléments contenus dans cette convention.

- 4.** L'appelante estime que le salaire afférent aux vacances et heures supplémentaires n'est pas dû, puisque celles-ci auraient dû être prises ou compensées durant la période de libération de l'obligation de travailler.

Compte tenu du traitement différent entre les vacances et les heures supplémentaires, la prétention du salaire afférent aux heures supplémentaires sera traitée dans un considérant séparé (cf. *infra* consid. 5).

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

4.1.1 Selon l'art. 14 de la CCT-CBPG, en cas de résiliation des rapports de travail, le collaborateur doit en principe prendre le solde de ses vacances durant le délai de congé, sous réserve d'exceptions prévues d'un commun accord. Toutefois, le collaborateur contraint de rechercher un autre emploi peut demander le paiement de ses vacances non prises, s'il éprouve des difficultés à trouver un travail, eu égard notamment à son âge, à la durée du délai de congé ou à ses qualifications.

Cette disposition reprend la jurisprudence déjà établie, à savoir que des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 131 III 623 consid. 3.2; 128 III 271 consid. 4a/aa).

Si le salarié a été libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du contrat, le point de savoir si le solde de vacances non prises doit être indemnisé en espèces repose sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant. Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié, en plus de ses vacances, ait suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (ATF 131 III 623 consid. 3.2 *in fine*; ATF 128 III 271 *in* JdT 2003 I 606, consid. 4a/cc; WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 389-390; CEROTTINI, *in* Commentaire du contrat de travail, éd. 2013, *ad* art. 329d CO, n. 26). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 consid. 3.2.1 ; SJ 1993 p. 354, consid. 3b et les références).

En présence d'une véritable libération de l'obligation de travailler, la prise de vacances en nature demeure possible lorsque le rapport entre le solde de jours de vacances et la durée totale de la libération demeure inférieur, selon les circonstances, entre 25% et 45% (arrêt du Tribunal fédéral 4C.193/2005 du 30 septembre 2005 consid. 3; ATF 128 III 271 *in* JdT 2003 I 606, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4C.71/2002 du 31 juillet 2002 consid. 3). Il a ainsi été jugé admissible de compenser quarante jours de vacances sur une période de quatre-vingt-sept jours ouvrables (ATF 128 III 271 *in* JdT 2003 I 606, consid. 4).

4.1.2 L'employé doit pouvoir se reposer et se détendre durant ses vacances, ce qu'il ne peut faire lorsqu'il subit une atteinte importante et durable à la santé psychique ou physique, à l'instar des dépressions nerveuses présentant une

certaine gravité, une hospitalisation ou un suivi médical constant et prolongé (WYLER/HEINZER, op. cit., pp. 386-387; CEROTTINI, *in* Commentaire du contrat de travail, éd. 2013, *ad* art. 329a CO, n. 18).

4.1.3 L'employé supporte le fardeau de la preuve d'un empêchement de travailler au sens de l'article 324a CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.346/2004 du 15 février 2005 consid. 3).

4.2 En l'espèce, la CCT-CBPG a été valablement intégrée aux rapports contractuels puisque son application a encore été rappelée lors du transfert en 2011.

Il est admis qu'à la fin des rapports de travail, l'intimé disposait d'un solde de vacances de trente-huit jours.

Il est également admis que l'intimé a été libéré de son obligation de travailler dès le 30 novembre 2015, qu'il a été hospitalisé du 8 au 20 janvier 2016 et que l'échéance du contrat de travail a été reportée au 30 juin 2016. L'intimé a donc été libéré de son obligation de travailler durant cent-trente-sept jours ouvrables, hors période d'incapacité établie de douze jours.

Demeurent contestées la dépression alléguée par l'intimé, laquelle aurait été la conséquence du licenciement ainsi que les circonstances entourant ce dernier qui auraient constitué un empêchement à la prise effective des vacances durant le délai de congé.

Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la Cour considère que l'intimé n'a pas apporté la preuve de graves problèmes de santé pendant la période de libération de l'obligation de travailler en dehors de l'hospitalisation du 8 au 20 janvier 2016. Il n'a en effet produit aucune attestation de médecin ou facture liée au suivi médical qu'il allègue avoir entrepris jusqu'au mois de mai 2016.

En outre, bien que l'on puisse concevoir que l'annonce d'un licenciement à presque soixante ans ne soit pas chose aisée à entendre et à accepter, les circonstances entourant le licenciement, en particulier les pressions que l'intimé aurait subies, et *a fortiori* le lien de causalité entre celles-ci et la dépression alléguée par l'intimé, n'ont pas non plus été établis.

L'intimé ayant échoué dans l'apport de cette preuve et l'appelante ne pouvant prouver un fait négatif, la Cour retiendra que l'intimé aurait dû prendre ses trente-huit jours de vacances pendant la période de libération de l'obligation de travailler, ce qui lui aurait encore laissé nonante-neuf jours ouvrables pour rechercher un nouvel emploi.

Par surabondance, à supposer que l'intimé ait été en incapacité de prendre ses vacances dès le premier jour du licenciement et jusqu'à la fin de son hospitalisation, il lui restait encore un peu plus de cinq mois, soit soixante-huit jours ouvrables, pour rechercher un nouvel emploi, ce qui apparaît également suffisant pour se consacrer à la recherche d'un nouvel emploi, même à l'âge de soixante ans.

Le fait que l'intimé n'ait retrouvé un travail qu'à compter du 1^{er} octobre 2016, soit trois mois après la fin des rapports de travail, ne suffit pas à aboutir à une autre conclusion, motif pris de la difficulté particulière à trouver un emploi.

Par conséquent, le ch. 2 du dispositif du jugement entrepris sera réformé en ce sens que l'intimé sera débouté de ses conclusions en paiement du salaire afférent aux vacances non prises.

5. L'appelant considère que le Tribunal a erré en admettant la prétention de l'intimé en paiement des heures supplémentaires, l'intimé ayant eu le temps de les compenser durant la période de libération de l'obligation de travailler.

5.1.1 Selon l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employé est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1, absolument impératif selon l'art. 361 al. 1 CO). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). 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 (al. 3).

En d'autres termes, la compensation prioritaire prévue par le Code des obligations est la rémunération des heures de travail supplémentaires. Exceptionnellement, la compensation peut avoir lieu en nature, mais elle nécessite l'accord écrit du travailleur lequel peut être donné notamment dans le cadre d'une convention collective intégrée au contrat de travail. (ATF 124 III 469 consid. 3; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 106 et 109; DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, éd. 2013, *ad* art. 321c CO n. 40ss).

La jurisprudence et la doctrine estiment que lorsque le contrat est résilié par l'employeur, l'employé doit se consacrer à la recherche d'un emploi pendant la période qui suit le congé; il s'ensuit que la compensation d'heures supplémentaires n'entre souvent pas en ligne de compte, d'autant plus que l'employé a de toute manière droit au temps nécessaire pour chercher un nouvel emploi, une fois le contrat dénoncé (art. 329 al. 3 CO). On ne peut exiger sans autre du travailleur

qu'il affecte ses heures supplémentaires à une telle recherche d'emploi. Pareille obligation ne résulte pas davantage du devoir de diligence ou de fidélité (art. 321a CO). On doit en outre observer que l'employeur, en libérant l'employé, renonce dans une large mesure à son droit de lui donner des directives (ATF 123 III 84 *in* JdT 1998 I 121, consid. 5.a); WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 109-110; DUNAND, *op. cit.*, *ad* art. 321c CO n. 38).

S'agissant de la "période appropriée" de compensation en nature au sens de l'art. 321c al. 2 CO, l'employeur ne saurait la fixer unilatéralement. Les parties doivent s'être mises d'accord sur le moment exacte de la compensation (arrêt du Tribunal fédéral 4C.32/2005 du 2 mai 2005; ATF 123 III 84 *in* JdT 1998 I 121; WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 109; DUNAND, *op. cit.*, *ad* art. 321c CO n. 37).

5.1.2 La CCT-CBPG prévoit qu'en principe, les heures supplémentaires sont compensées par un congé d'une durée égale durant une période appropriée (art. 5 ch. 2, 8 ch. 2, 9 ch. 2 et 10 ch. 1 CCT-CBPG). Dans certains cas, les heures supplémentaires non compensées par un congé de durée égale pourront être rémunérées (art. 5 ch. 2 et 8 ch. 1 2^e paragraphe CCT-CBPG).

Les cadres, à savoir notamment les fondés de pouvoir (art. 2 let. b CCT-CBPG), n'ont toutefois droit à une compensation (en espèce et/ou en nature) que si les heures supplémentaires ont été effectuées les samedis, les dimanches et les jours fériés, à l'exclusion de celles accomplies en semaine (art. 5 ch. 3, 8 ch. 2, 9 ch. 2 et 10 ch. 2 CCT-CBPG). En outre, les heures supplémentaires effectuées par des cadres les dimanches et les jours fériés donnent droit en sus d'une compensation en nature à une rémunération majorée (art. 9 ch. 1 et 2 et 10 ch. 1 et 2 CCT-CBPG) tandis que les heures supplémentaires effectués par ceux-ci les samedis ne peuvent qu'être compensées par un congé d'une durée égale qui sera accordé durant une période appropriée (art. 8 ch. 2 CCT-CBPG). La CCT-CBPG ne définit pas ce qu'elle entend par "période appropriée" mais reprend les termes exacts de l'art. 321c al. 2 CO.

Lorsqu'au moment de la résiliation des rapports de travail, les heures de travail effectuées le dimanche non pas été compensées par un congé, elles donnent droit à un paiement majoré de 100% (art. 9 ch. 1 3^e paragraphe CCT-CBPG). Le salaire horaire est déterminé en fonction du salaire mensuel brut (art. 8 ch. 1 2^e paragraphe, 9 ch. 1 2^e paragraphe et 10 ch. 1 2^e paragraphe CCT-CBPG). Par salaire, il faut entendre le montant mensuel reçu périodiquement par l'employé, à l'exception de toute autre prestation pécuniaire (art. 2 let. i et j CCT-CBPG).

5.2 En l'espèce, il est admis qu'au jour du licenciement, l'intimé avait effectué 46 heures et 29 minutes supplémentaires, correspondant à six jours de vacances.

Demeure ainsi litigieuse la question de savoir si ces heures supplémentaires auraient dû être compensées durant le délai de congé ou si elles doivent être payées.

Les parties admettent qu'en tant que fondé de pouvoir, l'intimé exerçait une position de cadre au sens de la CCT-CBPG de sorte qu'il n'a pas droit au paiement et/ou à la compensation des heures supplémentaires accomplies en semaine. A ce propos, l'appelante ne conteste pas que les heures supplémentaires litigieuses ont été effectuées les samedis, les dimanches ou les jours fériés. Au contraire, elle se fonde sur les art. 8 à 10 CCT-CBPG (i.e. travail le samedi, travail le dimanche et travail les jours fériés) pour expliquer que ces heures ont été "converties" en six jours de vacances.

La CCT-CBPG prévoit un traitement différent des heures supplémentaires accomplies par les cadres les samedis, les dimanches et les jours fériés.

Concernant les heures supplémentaires accomplies les dimanches, la situation est claire. N'ayant pas pu être compensées par un congé de durée égale au moment de la résiliation du contrat de travail, elles doivent être payées.

En ce qui concerne les heures supplémentaires effectuées les samedis et les jours fériés, il n'est pas établi qu'un accord sur le moment exact de la compensation soit intervenu entre les parties, condition nécessaire, selon la jurisprudence précitée, pour considérer que la compensation ait pu avoir lieu durant une période appropriée. En outre, contrairement à ce que prétend l'appelante, les art. 8 ch. 2 et 10 ch. 1 CCT-CBPG ne donnent pas un droit unilatéral à l'employeur de décider la compensation en nature de ces heures-là. Aucune disposition de la CCT ne prévoit de surcroît expressément la renonciation à toute compensation des heures supplémentaires effectuées les samedis ou les jours fériés par des cadres, de sorte qu'elles doivent également être rétribuées.

Par surabondance, en application de la jurisprudence précitée, dès que le contrat de travail est résilié, il ne peut être exigé de l'intimé qu'il compense ses heures supplémentaires sur son délai de congé, même en cas de libération de l'obligation de travailler, puisque l'employé doit se consacrer à la recherche d'un nouvel emploi.

Dans la mesure où l'intimé n'a pas chiffré séparément ses prétentions relatives aux heures supplémentaires et celles concernant les vacances et qu'il ne fournit aucun élément permettant de calculer l'éventuelle majoration à laquelle il pourrait avoir droit, la Cour reprendra le raisonnement concordant des parties à savoir la conversion des heures supplémentaires en jours de vacances puis la rémunération de ceux-ci, sans majoration.

Les 46 heures et 29 minutes supplémentaires correspondent à six jours de vacances, soit à 1,2 semaines (6 jours / 5 jours par semaine).

Dans la mesure également où les dates exactes de toutes les heures supplémentaires ne ressortent pas du dossier et en application de l'art. 42 al. 2 CO, la Cour retiendra une rémunération hebdomadaire brute moyenne, hors part variable, entre 2012 et 2015 de 3'088 fr. 95 (177'000 fr. en 2012 + 158'000 fr. en 2013 + 155'500 fr. en 2014 + 152'000 fr. en 2015 = 642'500 fr. / 4 ans / 52 semaines).

Le montant total ainsi dû à l'intimé est de 3'706 fr. 75 (3'088 fr. 95 x 1,2 semaines).

Le jugement querellé sera dès lors modifié en ce sens que l'appelante sera condamnée à verser à l'intimé ce montant au titre de salaire afférent aux heures supplémentaires.

6. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré que l'intimé s'était valablement opposé au congé qui lui avait été notifié.

6.1 Selon l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de cette opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié (ATF 136 III 96 consid. 2 p. 97; 123 III 246 consid. 4c p. 253; arrêts du Tribunal fédéral 4A_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3; 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4.1.2; 4C.233/2006 du 25 octobre 2006 consid. 3; 4C.39/2004 du 8 avril 2004 consid. 2.1).

Il n'est pas nécessaire que l'employé manifeste expressément sa volonté de poursuivre les rapports de travail lorsqu'il s'oppose au congé. Une formulation telle que "je m'oppose au congé" ou une formulation analogue suffit. Une condition supplémentaire n'est pas compatible avec le texte légal de l'art. 336b al. 1 CO, lequel exige "une opposition écrite", ni plus ni moins (PORTMANN/RUDOLPH, *in* Basler Kommentar, Obligationenrecht, éd. 2015, *ad* art. 336b CO n° 1b).

L'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus (cf. art. 336b al. 2 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_571/2008 déjà cité consid. 4.1.2; WYLER/HEINZER, *op.cit.*, p. 667). Dans

cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si l'employé refuse l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation (ATF 134 III 67 consid 5 p. 70; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 667).

Savoir si l'on est en présence d'une opposition au congé est affaire d'interprétation de la volonté du travailleur selon le principe de la confiance, lorsque la volonté réelle du travailleur n'a pas été comprise par le destinataire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_320/2014 déjà cité consid. 3).

Lorsque l'employé ne conteste dans un premier temps que les motifs du congé, puis, dans un second temps, toujours pendant le délai de congé, manifeste son opposition par écrit, l'on doit admettre qu'il a valablement formé opposition au sens de l'art. 336b al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4).

6.2 En l'espèce, l'intimé s'est manifesté auprès de l'appelante dans un courrier daté du 2 mai 2016, en sollicitant les motifs de son licenciement. Faute de les avoir obtenus, l'intimé a signifié le 18 mai 2016, soit dans le délai de congé, par le biais d'un courrier recommandé de son assurance protection juridique, son opposition au congé.

L'opposition ainsi formulée est limpide, de sorte qu'elle ne requiert aucune interprétation et doit être considérée valable.

Par ailleurs, contrairement à ce que prétend l'appelante, le Tribunal fédéral n'a pas imposé une nouvelle condition à l'art. 336b al. 1 CO dans l'arrêt 4A_320/2014 rappelé ci-dessus, mais a confirmé sa jurisprudence en tant qu'il est nécessaire pour l'employé de faire opposition au congé lui-même et non seulement aux motifs invoqués. Partant, l'intimé n'avait aucune incombance de manifester sa volonté de réintégrer son poste ou un autre poste auprès de l'appelante.

Enfin, pour que le droit de l'employé s'éteigne en raison d'un refus d'une offre formulée par l'employeur, il faut que ce dernier lui ait proposé de réintégrer l'entreprise, ce qui n'a manifestement pas été le cas ici. En effet, bien que l'intimé se soit contenté de marquer son mécontentement au moment du licenciement, sans solliciter des pourparlers en vue du maintien des rapports de travail, il n'en demeure pas moins que l'appelante lui a immédiatement évoqué et proposé une convention de départ. En outre, à réception de l'opposition de l'intimé, l'appelante n'a formulé aucune offre de réintégration ou de maintien des rapports de travail mais s'est contentée d'explicitier les motifs de licenciement. L'intimé ne pouvait donc pas décliner une offre qu'il n'a jamais reçue.

Par conséquent, le jugement entrepris sera confirmé en tant qu'il a constaté que l'intimé s'était valablement opposé au congé.

7. **7.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Le montant des frais judiciaires, arrêté à 1'000 fr. en première instance, n'est pas contesté en appel et sera donc confirmé, nonobstant la réformation partielle du jugement entrepris. La cause étant en outre renvoyée aux premiers juges pour nouvelle décision, il appartiendra à ceux-ci de statuer à nouveau sur la répartition de ces frais.

7.2 Au vu de la nature du litige et compte tenu de la valeur litigieuse, il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. c et 116 CPC; 19 al. 3 let. c LaCC) ni alloué de dépens d'appel (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé le 27 juin 2018 par A_____ SA contre le jugement JTPH/137/2018 rendu le 31 mai 2018 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/26116/2016-4.

Au fond :

Annule les ch. 2, 4, 7 à 10 du jugement entrepris.

Cela fait :

Condamne A_____ SA à verser à B_____ la somme brute de 3'706 fr. 75 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2016.

Renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision sur la prétention de B_____ tendant au paiement de la somme nette de 10'800 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 6 juillet 2016.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaire de première instance à 1'000 fr.

Invite le Tribunal à statuer sur leur répartition avec la décision au fond.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Madame Ana ROUX, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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

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

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