



Président : Jean Moritz
Juges : Daniel Logos et Gérald Schaller
Greffière : Nathalie Brahier

ARRET DU 10 FÉVRIER 2015

A. SA,

- représentée par **Me Cédric Baume**, avocat à Delémont,

appelante,

et

B.,

- représenté par **Me Alain Steullet**, avocat à Delémont,

intimé,

relative à la décision de la présidente du Conseil des prud'hommes du 9 mai 2014.

CONSIDÉRANT

En fait :

A.

A.1 B. (ci-après : l'intimé), était employé depuis 2004 de A. SA (ci-après : l'appelante) ; il a été engagé par ce dernier en tant que directeur général depuis le 1^{er} août 2010 (PJ 40 appelante). Le contrat de travail (PJ 4 appelante), daté du 30 juillet 2010, fixe à CHF 113'100.- brut le montant annuel du salaire, payable en treize mensualités. Ce salaire tient compte d'éventuelles heures supplémentaires exigées pour l'accomplissement des tâches de l'employé (art. 3.1 du contrat). L'employé se déclare expressément d'accord d'exécuter des heures supplémentaires "dans toute la mesure où elle (sic) le juge nécessaire ou si cela lui est demandé", sans rémunération additionnelle (art. 6). En sus de la rémunération indiquée ci-dessus, le contrat prévoit que l'employeur pourra à sa seule discrétion verser à l'employé un bonus sur objectifs d'un montant maximum de CHF 22'000.- brut pour 100 % des objectifs réalisés (art.

3.2). Le montant du bonus total était de CHF 22'800.- pour l'exercice 2012 (PJ 25 appelante).

Le contrat de travail prévoit en outre à son article 10.4, intitulé "prohibition de faire concurrence", que "l'employé s'engage à ne pas faire concurrence après la fin des rapports de travail et pour une durée de 6 mois ceci dans un rayon de 200 km autour de son lieu de travail principal. Il s'engage en particulier à ne pas exploiter, pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, une affaire qui ferait concurrence à l'entreprise ou dont le but serait le même que celui de l'entreprise, à ne pas travailler dans une telle entreprise et à ne pas y participer directement ou indirectement. Si l'employé enfreint la prohibition de concurrence, elle (sic) devra s'acquitter d'une peine conventionnelle dont le montant équivaut à CHF 50'000.-. Le paiement de la peine conventionnelle ne libère pas l'employé de l'obligation de respecter la prohibition de faire concurrence. Si les dommages excèdent la peine conventionnelle, l'entreprise se réserve de demander des dommages et intérêts pour l'ensemble du préjudice subi. L'entreprise est autorisée à exiger, en plus du paiement de la peine conventionnelle et du remplacement du dommage, la cessation immédiate de l'infraction (exécution réelle)."

- A.2 Par courrier du 27 avril 2012, l'intimé a fait part de sa démission pour le 31 juillet 2012 (PJ 5 appelante). Il a été engagé en tant que nouveau directeur du Casino de U. à compter du 1^{er} août 2012, lequel a ouvert ses portes en novembre 2012 (PJ 6 et 22 appelante).
- B. L'appelante a déposé le 14 juin 2012 une requête de mesures provisionnelles tendant à faire interdiction à l'intimé d'exercer son activité dans une entreprise concurrente dans un rayon de 200 km. La présidente du Conseil de prud'hommes a rejeté ladite requête le 28 juin 2012, décision qui a été confirmée sur appel par la Cour de céans le 24 juillet 2012 (dossier édité CC 42/2012).
- C. Le 3 mai 2013, l'appelante a déposé une demande devant le Conseil de Prud'hommes (ci-après : CPH) en concluant à la condamnation de l'intimé à lui payer la somme de CHF 50'000.- avec intérêts à 5 % dès l'exigibilité, sous suite des frais et dépens. L'intimé a de son côté conclu reconventionnellement le 4 juillet 2013 au versement par l'appelante de la somme de CHF 44'160.- avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} juillet 2011, correspondant au paiement d'un bonus et des heures supplémentaires.

Par jugement du 9 mai 2014, le CPH a rejeté la demande de l'appelante et a condamné ce dernier à verser à l'intimé la somme de CHF 18'444.- brut à titre de bonus et CHF 797.- brut à titre de travail supplémentaire avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} août 2012.

- D. A. SA a interjeté appel contre ce jugement le 2 juillet 2014 en concluant à son annulation, à la condamnation de l'intimé à lui verser la somme de CHF 50'000.- avec intérêts à 5 % dès l'exigibilité, au débouté de l'intimé de toutes ses conclusions, sous suite des frais et dépens.

- D.1 En substance, l'appelante fait valoir que la clause de prohibition de concurrence prévu dans le contrat de travail qui liait les parties a été violée par l'intimé puisque ce dernier a commencé à travailler au Casino de U. le jour qui a suivi la fin de ses rapports de travail. En sa qualité de directeur du casino, l'intimé avait connaissance de la clientèle de l'appelante ou de secrets d'affaires, notamment des joueurs les plus assidus et de leurs besoins particuliers. Les connaissances de la clientèle sont acquises tant par le contact avec les clients que par le biais d'une carte (...) proposée aux meilleurs clients. Les informations récoltées permettent de cibler les clients par type de jeu ou de mise et de les attirer en conséquence. Contrairement à ce qui a été retenu par le CPH, la carte n'a pas pour seule fin de récompenser ses fidèles clients, mais également de récolter des données quant aux jeux et mises. Ces informations influencent la stratégie marketing du casino. Le directeur du casino connaît également la stratégie quant aux types de machines à sous à favoriser, de même que leur implantation dans le casino. L'utilisation de ces données est clairement de nature à causer un préjudice à l'appelante dans la mesure où les zones d'attraction des deux casinos se chevauchent. Parmi les clients titulaires de cartes (...), 6 % proviennent de U. et 21 % de V. Le 1,05 % de clients retenus par le CPH correspond aux seuls clients du canton de W. et non pas aux clients provenant des zones couvertes par les deux casinos. Le risque de préjudice se monte à au moins CHF 894'418.30. Pour le reste, la limite géographique de la clause de prohibition de concurrence n'est pas excessive. L'intimé doit dès lors être condamné à verser la somme de CHF 50'000.- à titre de peine conventionnelle.
- D.2 S'agissant du bonus de l'intimé, contrairement à ce qu'a jugé le CPH pour l'exercice 2012, il ne saurait être dû, le contrat de travail prévoyant qu'il est octroyé à discrétion de l'employeur ; l'intimé, qui exerçait sa fonction de directeur depuis moins de deux ans, n'en avait pas bénéficié depuis une durée suffisante permettant d'admettre que le bonus était acquis. De plus, le bonus, qui sert à fidéliser ses employés, ne saurait être dû en cas de rupture des rapports de travail. L'appelante accepte toutefois de verser la somme de CHF 9'439.- à son bon vouloir, étant précisé que CHF 22'000.- ne sont versés qu'en cas d'atteinte des objectifs à 100 %, selon une pondération attribuée à chaque poste. Or, l'intimé n'a pas démontré que la méthode de calcul était inadéquate.
- D.3 Concernant les heures supplémentaires, elles ne sont pas exigibles, l'intimé, par sa fonction dirigeante élevée, n'étant pas soumis à la LTr. L'intimé disposait en effet notamment de la signature collective à deux, était le seul répondant face à la Commission fédérale des maisons de jeux, était le supérieur hiérarchique de 44 personnes, percevait un salaire conséquent, bref était responsable de la conduite de la société. En tous les cas, selon l'appelante, les éventuelles heures supplémentaires effectuées l'ont été sans l'accord du conseil d'administration de l'entreprise et sans qu'une surcharge de travail ne les justifie.
- E. Dans son mémoire de réponse du 10 septembre 2014, l'intimé a conclu au débouté de toutes les conclusions de l'appelante, sous suite des frais et dépens. Par le même

acte, il s'est joint à l'appel en concluant à la condamnation de l'appelante à lui payer un montant de CHF 44'160.- avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} août 2011, sous suite des frais et dépens.

- E.1 L'intimé ne conteste pas que, dans le cadre de ses fonctions de directeur, il avait connaissance de la clientèle de l'appelante. Il n'avait en revanche accès à aucun secret d'affaires. Il relève que l'appelante n'expose notamment pas en quoi consisterait les stratégies mises en place à partir des informations récoltées par le biais de la carte (...). Les seules stratégies consistent à fidéliser la clientèle par un système de carte procurant des bonus et des cadeaux, ce qui n'est nullement secret. Même si cette carte avait pour fonction d'acquérir une connaissance précise des habitudes de consommation des clients, cela ne relèverait pas du secret d'affaires mais de la connaissance de la clientèle. La manière de disposer les tables de jeux et appareils ne constitue également pas un secret d'affaires, car cela est visible par tout en chacun. En tous les cas, un lien de causalité entre la connaissance de la clientèle et le risque de préjudice sensible fait défaut. L'appelante elle-même admet que sa stratégie est propre à la clientèle locale, de sorte que les connaissances acquises à X. ne le sont pas à U. ou ailleurs. Près de 80 % des clients des casinos proviennent vraisemblablement d'un rayon d'accès de 30 minutes. Quant au montant du préjudice articulé par l'appelante, il s'agit d'un nouvel allégué, irrecevable et fantaisiste, puisque le montant des entrées des machines à sous pour fin 2012/ début 2013 est similaire à celui de l'année précédente. En réalité, l'argumentation de l'appelante démontre que c'est l'ouverture d'un nouvel établissement à U. qui serait de nature à lui faire perdre une partie de son chiffre d'affaires. S'agissant de la limitation géographique de la clause de prohibition, elle ne saurait excéder 30 km, étant précisé que, selon le rapport de la Commission fédérale des maisons de jeux (CFMJ), le rayon de clientèle d'un casino est d'environ 30 km. Même dans ce rayon, la prohibition risque de compromettre l'avenir de l'intimé d'une façon contraire à l'équité. En effet, l'intimé, âgé de 46 ans, n'a pas de formation et a fait toute sa carrière au sein de différentes maisons de jeux.
- E.2 Concernant les bonus, l'intimé en a perçu de 2007 à 2011, soit durant plus de trois ans, de sorte qu'il y a droit. Son activité doit s'apprécier globalement, indépendamment d'un changement de poste. L'intimé a droit à la totalité du bonus, soit CHF 22'800.-, au prorata de sa période d'activité, soit CHF 17'100.-, dans la mesure où tous les objectifs ont été atteints, l'appelante n'ayant pas démontré le contraire.
- E.3 L'intimé peut également prétendre au paiement de ses heures supplémentaires, la LTr lui étant applicable du fait qu'il n'exerce pas une fonction dirigeante élevée. Il lui était pour le surplus impossible de compenser ses heures supplémentaires durant la période de dédite. L'intimé exerçait une activité exclusivement intellectuelle à l'intérieur d'un bâtiment et était dès lors soumis à une durée maximale de 45 heures de travail selon la LTr. L'intimé a effectué 533 heures supplémentaires, déduction faite des heures non rémunérées selon le contrat, ce qui correspond, à un tarif horaire de CHF 61.30, majoré de 25 %, à une somme de CHF 27'060.-.

- F. Dans son mémoire de réponse à l'appel joint du 27 octobre 2014, l'appelante a conclu au débouté de l'intimé de toutes ses conclusions, sous suite des frais et dépens. Elle répète que l'intimé avait connaissance de sa clientèle et de secrets d'affaires, que la carte (...) permet de connaître et d'établir des groupes de clientèles par valeur des mises, nombres de mises, nombres de visites, ainsi que le temps joué par chaque client par machine, le montant de la mise par machine, la fréquence des visites, les horaires des visites et le ratio pertes/gains du client. La connaissance de la clientèle, respectivement de secrets d'affaires est susceptible de causer un préjudice sensible à l'appelante. Elle répète que l'intimé n'a pas droit à un bonus, qu'en tous les cas, selon les critères d'appréciation qu'elle reprend dans le détail, seule la somme de CHF 9'439.- devrait être versée à l'intimé. Le paiement des heures supplémentaires a été exclu contractuellement et la LTr ne saurait être applicable à l'intimé qui exerçait indubitablement une fonction dirigeante élevée. En tous les cas, l'intimé a travaillé de son plein gré et n'a pas compensé sa balance positive d'heures.

En droit :

1. La compétence de la Cour civile découle des articles 308ss CPC et 4 al. 1 LiCPC.

Pour le surplus, formés en temps utile contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse des conclusions, dans leur dernier état devant le Tribunal de première instance, était supérieure à CHF 10'000.-, l'appel principal et l'appel joint sont formellement recevables (art. 308, 311 et 313 CPC).

Il convient dès lors d'entrer en matière.

2. Aux termes de l'article 340 CO, le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (al. 1). La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (al. 2).
- 2.1 Selon la jurisprudence, l'article 340a al. 2 CO distingue la connaissance de la clientèle, d'une part, et les secrets de fabrication ou d'affaires, d'autre part. La seule connaissance de la clientèle ne saurait en aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail (ATF 138 III 67 consid. 2.3.2 *in fine*).
- 2.1.1 Par "clientèle", il faut entendre l'ensemble des personnes physiques et morales qui entrent en relations commerciales avec l'employeur pendant une période plus ou moins longue pour acheter des marchandises ou bénéficier de services, constituant

ainsi un facteur constant du chiffre d'affaires. Elle ne suppose pas nécessairement l'existence de liens étroits et durables ; il suffit que des personnes fassent régulièrement des commandes. Il peut s'agir de la clientèle constituée par le travailleur (ATF 91 II 372 consid. 5 *in* JT 1966 I 322 ; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e éd., 2009, n° 3842, p. 574 et les arrêts cités ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, pp. 721s.). La preuve du cercle de la clientèle constitutive de la valeur de l'entreprise incombe à l'employeur (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, 2e éd., 2010, n° 2.10 ad art. 340 CO). Pour que l'employé "connaisse" la clientèle, il n'est pas nécessaire qu'il dispose d'une liste exhaustive de clients ou de fiches les concernant, mais il faut et il suffit qu'il soit renseigné sur les qualités personnelles et les besoins de ceux-ci et qu'il sache où il peut espérer des commandes et où il est inutile de s'adresser. Ainsi, la prohibition de faire concurrence est valide si la position et les activités du travailleur lui permettent d'entretenir des relations personnelles avec les clients, de découvrir leurs particularités, leurs besoins, la possibilité de leur faire crédit et la marche de leurs affaires (ATF 91 II 372 consid. 6 *in* JT 1966 I 322). Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'article 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1).

- 2.1.2 Par "secret d'affaires", il faut entendre, d'une part, les méthodes et politiques commerciales ainsi que les techniques d'organisation, de marketing ou financières de l'entreprise et, d'autre part, les créneaux commerciaux. L'employeur doit établir la réalité du secret et son intérêt à ce qu'il ne soit pas connu. La notion doit être interprétée restrictivement, eu égard aux intérêts économiques et professionnels du travailleur. Les connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche constituent l'expérience professionnelle du travailleur et ne sont pas des secrets (ATF 138 précité consid. 2.3.2 ; TF 4A_283/2010 *in* JT 2011 II 203, p. 220, 4A_417/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4.1 ; TERCIER/FAVRE, op. cit., n° 3844s). Sont par exemple considérés comme des secrets d'affaires les bases de calculation, les avantages et inconvénients de certains produits, la connaissance des délais de livraison et des temps de montage, les bilans et les comptes non publiés, les inventaires, l'information relative aux contrats en cours (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 723), les marges, l'organisation de l'entreprise ou du personnel, dans la mesure où ces connaissances ne sont pas connues de tous et qu'elles ne sont pas faciles à obtenir et que l'employeur entend les conserver secrètes (TF 4A_283/2010 du 11 août 2010, résumé *in* JT 2010 II 203, p. 220).

2.1.3

- 2.1.3.1 En l'espèce, il ressort du contrat de travail qu'en sa qualité de directeur général, l'intimé était notamment responsable de la conduite de la société en étroite collaboration avec les chefs de service (PJ 4 appelante). Il se situe tout en haut de

l'organigramme du casino (PJ 38). Selon la description de poste, il devait notamment gérer les ressources financières et matérielles du Casino, prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la bonne marche des affaires, définir et mettre en œuvre la politique commerciale et de marketing (relations publiques, promotion, publicité, etc.) (PJ 37 appelante). Il devait ainsi développer la stratégie du Casino et rechercher des nouveaux clients pour chaque segment de la clientèle (mémoire de demande p. 6).

Pour fidéliser ses clients, l'appelante dispose d'un système de carte (...), qui permet d'enregistrer les dépenses des clients et de les récompenser en fonction du montant de celles-ci (PJ 2 à 4 intimé). Ces cartes sont insérées dans les machines et permettent également, selon l'appelante, de connaître les préférences et habitudes de jeux des clients (mémoire de demande p. 6s, déclaration de B. p. 79), leur provenance et le montant de leurs dépenses par visite (PJ 10 et 11 appelante). L'intimé a de son côté déclaré qu'il voyait la clientèle puisqu'il était dans le terrain, qu'il connaissait le nombre de points accumulés et les adresses des clients. Il a également admis que ce fichier permettait de connaître les horaires de jeux des clients en précisant qu'il ne s'en était jamais servi à cette fin (dossier TPI p. 83). Dans la procédure d'appel, l'appelante a précisé que la carte (...) était somme toute assimilable à la carte Cumulus ou à la Supercard, dans la mesure où ces cartes permettent également de récolter des données quant aux habitudes de consommation des clients.

Il suit indiscutablement de ce qui précède que l'intimé avait connaissance de la clientèle de l'appelante dans la mesure où il connaissait les clients réguliers et leurs habitudes, lui permettant notamment de leur proposer des prestations analogues à celles de l'appelante.

- 2.1.3.2 L'appelante fait également valoir que l'intimé avait, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance de secrets d'affaires. Consistait notamment selon l'appelante un secret d'affaires, la stratégie développée par l'intimé sur la base des données récoltées par le biais des cartes (...).

Excepté en ce qui concerne la fidélisation de la clientèle par le biais d'une stratégie de récompenses en fonction des dépenses des clients et d'autres avantages, dont le fonctionnement est public puisqu'accessible sur Internet (PJ 2 et 3 intimé), l'appelante n'a toutefois pas développé ce point ni allégué en quoi consistait cette stratégie particulière. C. a certes déclaré qu'en fonction des habitudes des clients, certains produits leur étaient proposés pour les attirer les jours où ils ne viennent généralement pas jouer (dossier TPI p. 79). L'appelante n'a toutefois produit aucun document à l'appui de ses dires et l'intimé, qui avait la responsabilité de développer la stratégie du Casino, a sur ce point déclaré à l'audience de première instance qu'il ne s'était jamais servi de ces données pour connaître les horaires de jeux des clients (dossier TPI p. 83). Force est d'admettre que l'appelante a échoué à rapporter la preuve dont le fardeau lui incombait (art. 8 CC). Au demeurant, on ne voit pas en quoi le fait de proposer certains produits en fonction des habitudes des clients d'un casino constituerait une stratégie innovante inconnue des autres maisons de jeux. Quoi qu'il

en soit, il convient de retenir, au vu des allégués mêmes de l'appelante (cf. art. 6 du mémoire d'appel et 49 de la réponse à l'appel joint) et de la finalité de la stratégie qu'elle considère comme secrète qu'est en cause la connaissance des habitudes de la clientèle et non des secrets d'affaires.

L'appelante invoque également un secret d'affaire dans le choix des machines à sous, leur emplacement, ainsi que le réglage de leur taux de retour. A titre d'exemple, un taux de retour important peut être réglé sur une machine à l'entrée du casino afin d'attirer du monde. Là encore, il est difficile de voir en quoi cette stratégie serait particulièrement originale, innovante et inconnue des autres maisons de jeux.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que l'intimé n'avait pas connaissance de secrets d'affaires au sens de l'article 340 CO dans l'exercice de ses fonctions auprès de l'appelante.

2.2

2.2.1 Même si le travailleur connaît la clientèle, il faut encore que l'utilisation de ces renseignements soit de nature à causer à l'employeur un "préjudice sensible". Par cette exigence, le législateur a voulu éviter que l'employeur ne limite la liberté économique de son ancien salarié en vue de prévenir un dommage potentiel qui ne semble que minime (Florence AUBRY GIRARDIN, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 29 ad art. 340 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar*, 7^e éd. 2012, n° 15 ad art. 340 CO). Pour qu'il y ait préjudice sensible, il faut que le travailleur exploite pour son propre compte une entreprise concurrente, y travaille ou s'y intéresse. L'activité concurrente doit se concrétiser par une influence directe sur l'entreprise (TERCIER/FAVRE, *op. cit.*, n° 3846, p. 573.). Il suffit également que la possibilité d'un dommage existe, l'employeur n'ayant pas à prouver de dommage effectif (WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 724). Le juge se contentera donc d'examiner et d'apprécier la probabilité de survenance d'un pareil dommage. Il suffit que, selon l'expérience générale de la vie, un employé puisse causer à son employeur un préjudice sensible en mettant à profit sa connaissance de la clientèle ou des secrets des affaires ou de fabrication. (Pascal MOESCH, *La prohibition de concurrence*, *in* Panorama en droit du travail, 2009, p. 342 ; REHBINDER/STÖCKLI, *V.r Kommentar*, 2014, p. 443 ad art. 340 CO). Le risque de préjudice sensible est réalisé lorsque l'employeur pourrait perdre un seul client, mais important. Selon certains auteurs, le dommage est notamment considéré comme sensible lorsqu'il est important par rapport au chiffre d'affaires de l'employeur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, n° 6 ad art. 340 CO ; Marianne FAVRE MOREILLON, *Clause de non-concurrence*, *in* l'expert comptable suisse, ECS 4/14 p. 344 ; Michael BAUMBERGER, *Durchsetzbarkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nach OR 340 ff. in der Praxis*, 2011, Masterarbeit, p. 12 ; contra : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 1996, n. 18 ad art. 340 CO).

Le moment déterminant pour en juger est celui où l'interdiction doit produire ses effets et non celui de la conclusion du contrat de travail (TERCIER/FAVRE, *op. cit.*, n. 3847).

Le lien de causalité naturelle et adéquate doit exister entre les connaissances acquises et la possibilité de causer un tel préjudice (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1 ; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 724).

- 2.2.2 En l'espèce, il est établi et au demeurant non contesté que l'intimé avait connaissance de la clientèle de l'appelante, notamment de sa provenance, du montant des dépenses par visite et de ses habitudes de jeux. La possibilité existe que l'intimé fasse profiter sa connaissance de la clientèle au Casino de U. qui l'a engagé immédiatement après la fin des relations de travail, de telle sorte que l'appelante en subisse un préjudice sensible. Toutefois, la majeure partie de la clientèle de maisons de jeu se rend dans le casino le plus proche de son domicile. Ce constat, tiré de l'expérience générale de la vie, est conforté par l'expertise réalisée par le professeur Thierstein, reprise dans le rapport de la CFMJ à l'intention du Conseil fédéral, situation fin 2009, selon laquelle un périmètre de 30 minutes autour d'un casino constitue sa zone d'attraction, dès lors que près de 80 % des clients de casinos proviennent vraisemblablement de ce rayon d'accès de 30 minutes (PJ 5 intimé). Il ressort ainsi de cette étude que le critère déterminant pour qu'un client se rende dans l'un plutôt que dans un autre casino est avant tout la distance. Celle-ci revêt une importance prépondérante.

En l'occurrence, l'intimé a été engagé en tant que directeur du Casino de U., distant d'environ 75 km de celui de l'appelante. Le périmètre de 30 minutes du Casino de U. ne se recoupe pas avec celui de l'appelante. Selon les statistiques que celle-ci a produites et qui ne sont pas contestées, durant la période du 1^{er} novembre 2011 au 31 mai 2012, 6 % de ses clients platine et premium provenaient du canton de U., 21 % du canton de V., 53 % du W, 13 % de G. et 7 % des cantons de Y. et Z. Selon les statistiques du Casino de U. pour la période de novembre 2012 à mai 2013, 74,23 % de ses clients provenaient du canton de U., 7,10 % du canton de V., 6,89 % de G. et 1,05 % du canton de W. Malgré l'absence de données plus précises quant à la provenance exacte des clients des deux casinos précités, force est d'admettre que ces statistiques correspondent à l'étude du professeur Thierstein selon laquelle les 80 % des clients d'un casino proviennent vraisemblablement d'un rayon d'accès de 30 minutes. Il s'ensuit que les clients situés à mi-distance des deux casinos, soit à l'extérieur du périmètre de 30 minutes de chacun d'eux, sont susceptibles de se rendre dans l'un comme dans l'autre casino, étant précisé que les clients potentiels provenant du canton de U. sont tous largement à l'extérieur du périmètre de 30 minutes du casino de l'appelante. Il est encore précisé que les clients situés à mi-distance proviennent essentiellement de villages et ne constituent pas un bassin de population important. Cela est illustré par le fait que, malgré ce périmètre de 30 minutes, seuls 1,05 % des habitants du canton de W. se sont rendus dans le Casino U. Concernant le canton de V., il y a lieu de relever que V1 se situe, à une dizaine de minutes près, plus proche du Casino de U.

Il est certes possible que les clients, situés à proximité des deux casinos, pourraient être démarchés par l'intimé par le biais des connaissances qu'il a acquises durant son activité pour l'appelante. Il n'est également pas exclu que certains clients, situés à

l'intérieur du périmètre de 30 minutes de A. SA, soient sensibles à de la publicité ciblée et préfèrent se rendre au Casino de U. plutôt qu'à celui de A. SA en dépit de la distance. Le démarchage de ces clients, quand bien même il s'agirait de clients bénéficiant d'une carte (...), ne permet toutefois pas d'admettre qu'il causerait un préjudice sensible à l'appelante. En effet, même à supposer que l'intimé réussisse à détourner 10 % de ces clients, cela représenterait environ CHF 330'000.- ($316 \times 10\% \times 203 \times 42.3$) + ($28 \times 10\% \times 400 \times 53.5$) (selon PJ 10 appelante), ce qui est insignifiant par rapport au produit brut des jeux de l'appelante qui est de l'ordre de 18 mio (PJ 31).

En conclusion, la perte potentielle de clients par l'appelante, soit ceux situés à l'extérieur de son périmètre de 30 minutes, résulte avant tout de l'ouverture d'un casino dans une région qui n'était auparavant pas couverte par d'autres maisons de jeux. Quant à la perte de clients qui pourraient être démarchés par l'intimé, soit ceux situés à mi-chemin, ainsi que la perte de quelques clients domiciliés dans ledit périmètre de 30 minutes, elles ne sauraient constituer un préjudice sensible, faute d'être suffisamment importantes.

Ce qui précède corrobore l'idée de base présidant à l'implantation des maisons de jeux en Suisse, à savoir éviter qu'elles ne se fassent concurrence. Dans ces circonstances, la portée de la clause de prohibition de concurrence doit être fortement relativisée.

2.3 En conclusion, la Cour retient, à l'instar du CPH, que la clause de concurrence n'est pas valable au cas particulier, dans la mesure où la seule connaissance de la clientèle n'est pas de nature à entraîner un préjudice sensible. L'appel doit être rejeté sur ce point.

3. L'appel principal ainsi que l'appel joint portent sur le bonus octroyé à l'intimé par le CPH.

L'appelante se borne à contester devoir un bonus à l'intimé pour l'année 2012 – à l'exception d'une prime de CHF 9'439.- qu'elle a offerte – au motif que le bonus prévu par le contrat constitue une gratification, qu'elle peut verser à sa seule discrétion, et non un élément de salaire. Dans son mémoire d'appel, l'appelante ne remet pas en cause les calculs, opérés dans chaque poste du bonus par l'instance précédente, ayant abouti au montant global CHF 17'647.-. Quant à l'intimé, il considère avoir droit à l'intégralité du bonus, par CHF 22'800.-, au prorata de la période travaillée en 2012, soit CHF 17'100.- ($9/12^e$ de CHF 22'800.-), après correction des calculs effectués en première instance.

3.1 Le salaire, dont les critères de fixation sont énoncés par l'article 322 al. 1 CO, est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). En sus d'un salaire fixe, les parties peuvent encore convenir d'un salaire

variable qui se calcule d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO).

La gratification, au sens de l'article 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en plus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu du tout, que ce soit expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative (ATF 136 III 313 consid. 2 ; 131 III 615 consid. 5.2). Mais si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder ; il jouit cependant d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 ; 131 III 615 consid. 5.2).

D'après la jurisprudence, il faut juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes, si un bonus doit être considéré comme une gratification au sens de l'article 322d CO ou comme un élément du salaire tel que le comprend l'article 322 CO (ATF 136 III 313 consid. 2).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives, sans qu'il y ait d'interruption et sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 ; 129 III 276 consid. 2 *in fine*). Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet (TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 5.1 et les références citées).

La gratification doit rester accessoire par rapport au salaire et ne peut ainsi avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2 et 5.3 ; 129 III 276 consid. 2.1).

Une gratification est conditionnelle lorsque l'employeur la fait dépendre, dans son principe et/ou dans sa quotité, à la réalisation d'un certain nombre de facteurs (réalisation d'un certain chiffre d'affaires, achèvement d'objectifs professionnels et personnels, assiduité au travail, etc.). Cette gratification constitue un élément de salaire, et non pas une gratification au sens de l'article 322d CO (Nathalie BORNOZ, Droit privé / Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires, *in* Panorama en droit du travail, 2009, V., p. 41).

Selon l'article 322d al. 2 CO, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi. Une gratification qui présente toutes les caractéristiques du salaire n'est cependant pas soumise à

cette disposition. En cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, elle doit être payée en fonction de la durée des rapports de travail (Christian FAVRE *et al.*, Le contrat de travail, Code annoté, 2010, n° 2.1 ad art. 322d CO).

- 3.2 En l'espèce, le contrat de travail qui liait les parties prévoit qu'un bonus sur objectifs peut être octroyé à l'intimé d'un montant maximum de CHF 22'000.-, à la seule discrétion de l'appelante et pour 100 % des objectifs réalisés. Ce bonus sera versé en fonction de critères quantitatifs et qualitatifs définis chaque année d'un commun accord par une lettre de cadrage (PJ 4 appelante ch. 3.2).

Pour l'année 2011 (PJ 25 appelante), l'intimé a réalisé 112 % de ses objectifs et a perçu une somme de CHF 24'700.-. Pour l'année 2012, les objectifs à réaliser correspondant à un montant de CHF 22'800.- brut ont été fixés comme suit :

Excédent brut d'exploitation (EBE)			
(...)	10 %	CHF	2'280.00
Excédent brut opérationnel (EBO)			
A.SA	30 %	CHF	6'840.00
Auto-évaluation ≈> 85 %	10 %	CHF	2'280.00
Projet (...) à monter & étude de faisabilité			
≈> fin avril	20 %	CHF	4'560.00
Etude DMS			
1 ^{ère} partie du classement et note	20 %	CHF	4'560.00
Communication avec C.			
En amont et plus de transparence	10 %	CHF	2'280.00

Il suit de ce qui précède qu'en dépit de la formulation "à sa seule discrétion", le montant de la prime sur objectifs est fixé chaque année et dépend d'une part de critères quantitatifs, tels que le montant de l'excédent brut d'exploitation, ainsi que de critères qualitatifs, tels la réalisation d'objectifs professionnels et personnels. Une réserve quant à son critère facultatif n'est jamais réitérée lors du versement des primes. Il ressort clairement des pièces produites que l'appelante s'était engagée à verser chaque année un bonus comme complément de salaire, et que la réserve ne portait que sur la quotité de celui-ci, qui était fonction de la réalisation des critères objectifs prédéfinis.

En conséquence, le versement du bonus représente une obligation de l'appelante constituant un élément du salaire, celle-ci ne disposant que d'une marge d'appréciation pour la détermination du montant du bonus annuel, en fonction des critères qu'elle a fixés.

- 3.3 C'est à tort que l'appelante considère qu'il appartient à l'intimé d'établir que son calcul serait infondé. En effet, s'il est vrai qu'il incombe à l'intimé d'établir son droit à la gratification, il appartient toutefois à l'appelante d'alléguer les faits et de fournir les documents utiles permettant d'apprécier si les objectifs fixés pour chaque poste ont

été réalisés ou non, partant de justifier les raisons pour lesquelles l'intégralité du bonus ne peut être versée.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le recourant doit motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire, selon la jurisprudence, de démontrer le caractère erroné du jugement attaqué. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toute générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (cf. ATF 138 III 374, consid. 4.3.1 ; SJ 2014 I 459, consid. 3.1 ; TF 4A_290 / 2014 du 1^{er} septembre 2014, consid. 3.1). En outre, l'exigence de motivation doit être satisfaite dans le délai de recours, respectivement d'appel, de sorte qu'un grief élevé après la fin de ce délai est irrecevable (cf. TF 5A_82/2013 du 18 mars 2013 consid. 3 et arrêts cités) ; en particulier, l'exercice du droit de réplique ne peut servir à compléter une motivation par des éléments qui auraient pu être apportés dans le délai légal (cf. ATF 132 I 42 consid. 3.3.4 = JT 2008 I 110 ; TF 1B_183/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2).

- 3.3.1 Dans la détermination de la prime globale, 10 % dépendent de l'excédent brut d'exploitation du (...) (PJ 25 appelante). Le courrier précisant les objectifs à atteindre pour l'année 2012 ne mentionne toutefois pas quelle est l'attente de l'EBE, comme cela avait été mentionné par exemple pour les objectifs de 2010 (PJ 15 intimé).

L'intimé se réfère, par comparaison, au résultat de l'exercice de l'année précédente pour retenir que la différence est similaire et que dès lors la totalité du montant est due. Le CPH, se référant au taux de 53 % ressortant de la PJ 30 produite par l'appelante, estime que seul le montant de CHF 604.- peut être octroyé à l'intimé à ce titre (PJ 26).

Il résulte de la PJ 30 de l'appelante que le montant de l'EBE (...) à retenir pour le calcul des primes est de 151.1 M€ contre 166.7 M€ prévu au budget. Le taux applicable pour les primes est dès lors de 53 % (cf. également PJ 47). A l'audience du 4 février 2014, C. a indiqué qu'une tablette fixait le montant de la prime due en cas d'atteinte partielle des objectifs relatifs à l'EBE et que le montant n'était pas proportionnel (p. 80 du dossier de première instance), laissant ainsi entendre qu'à l'atteinte de 53 % des objectifs ne correspondaient pas 53 % du montant de la prime. Cette tablette permettant de chiffrer ce montant n'a toutefois pas été produite, contrairement à ce qu'annonçait l'intéressé. En outre, si l'on se réfère aux PJ 15 de l'intimé et 47 de l'appelante, si 90 % des objectifs sont atteints, cela donne droit à 50 % de la prime. Force est dès lors d'admettre que l'intimé peut prétendre à 53 % du montant de la prime, soit CHF 1'208.40 (2'280 X 53%) et non aux 100 % qu'il réclame.

- 3.3.2 Le montant de la prime dépend pour 30 % de l'excédent brut opérationnel de A. SA.

L'appelante a allégué en première instance que l'EBO réalisé est de KCHF 4'214.-, alors que KCHF 4'366.- avaient été budgétisés (cf. dossier CPH p. 93). Ces chiffres ne sont pas contestés par l'intimé. Cette différence de – 3.5 % donne droit selon l'appelante à 82.5 % du bonus. Cette part peut être retenue. En effet, elle correspond également à la table de correspondance figurant à la PJ 15 de l'intimé. L'intimé peut dès lors prétendre à 82,5 % du montant de la prime prévue, soit CHF 5'643.- seulement, comme retenu en première instance, et non à son intégralité (CHF 6'840.-).

- 3.3.3 10 % de la prime sont liés à l'auto-évaluation de l'intimé pour autant que 85 % des objectifs soient atteints. Le CPH a admis que l'intimé avait droit à la totalité de la prime sur ce point, ce dernier en ayant perçu l'intégralité en 2011, alors que les scores de l'auto-évaluation étaient similaires. L'appelante ne s'exprime pas spécifiquement à ce sujet dans son mémoire d'appel (cf. consid. 3.3 ci-dessus), de sorte que le jugement de première instance devrait être confirmé sans autre examen. Quoi qu'il en soit, il ressort de la page finale de ce document que l'intimé a atteint 83.8 points sur les 98 points maximum, ce qui correspond à 85.5 % des objectifs. L'appelante a allégué en première instance qu'un programme permet de pondérer les points qui n'ont pas tous le même coefficient. Une fois encore, l'appelante n'a pas produit de document permettant d'admettre ses allégués. Force est dès lors de retenir que l'intimé a rempli ses objectifs, ce d'autant plus que le questionnaire est incomplet sous le point 8 et que deux points font ainsi défaut.

L'intimé peut dès lors prétendre à la totalité de la prime sur ce poste, soit à CHF 2'280.-, ainsi qu'en a jugé le CPH.

- 3.3.4 La prime est également dépendante du projet (...) dont devait s'occuper l'intimé jusqu'à fin avril. Le CPH a également pris en compte l'intégralité de la prime et, une fois encore, le mémoire d'appel est muet sur ce point (cf. consid. 3.3 ci-dessus). Le jugement de première instance doit en tous les cas être confirmé. L'appelante a en effet allégué en première instance que l'intimé n'avait rempli que les 20 % de ses objectifs, car le projet n'était pas finalisé. Elle a produit un extrait powerpoint de ce projet. De son côté, l'intimé a produit un dossier plus fourni afin d'établir qu'il avait rempli ses objectifs. Les différents documents produits et les allégués des parties ne permettent toutefois pas d'établir si oui non l'intimé a atteint ses objectifs. La description des objectifs à réaliser précise toutefois uniquement que le projet doit être finalisé à fin avril 2012 ; des critères qualitatifs ne sont pas précisés. Il y a dès lors lieu de retenir que l'intimé a droit à la totalité de sa prime, soit CHF 4'560.-, l'appelante ayant échoué en première instance à rapporter la preuve que tel n'était pas le cas.

- 3.3.5 20 % de la prime dépendent du rang de l'appelante et de la note du (...) selon l'étude DMS. Cette étude correspond à une enquête de satisfaction réalisée auprès des clients de l'appelante. Il s'agit en réalité d'un invité surprise qui juge l'efficacité du personnel, la propreté du casino, etc. (dossier TPI p. 80). Le nombre de graphiques résultant des pièces produites correspond au nombre de visites (dossier TPI p. 85). Selon les pièces produites par l'appelante, le score global était de 96 % de février à

août 2011 et de 88 % d'avril à juin 2012 (PJ 34 appelante). Le score de 88 % découle notamment du poste action qui a été évalué à 35 % seulement. La rubrique action concerne la pro-activité des employés ; il peut s'agir par exemple d'un employé qui prend un manteau à une personne dans le hall (dossier TPI p. 82). Selon l'intimé, l'appréciation de l'appelante a été formulée en représailles à son départ. Il admet toutefois que le personnel ne distribuait pas systématiquement la carte à l'entrée, alors que tel devait être le cas (dossier TPI p. 85). En définitive, l'appelante a établi que le score DMS était à la baisse en 2012 sans que l'intimé n'ait pu en établir le contraire. Contrairement à l'avis de l'intimé, il convient dès lors de retenir que les objectifs n'ont pas été totalement satisfaits, justifiant ainsi une réduction de la prime de 50 %. L'intimé ne peut dès lors prétendre à une somme supérieure à celle qui a été retenue en première instance, soit CHF 2'280.-.

3.3.6 Le dernier critère pour fixer le montant de la prime tient à la communication avec C. qui, selon les objectifs, doit se faire en amont et avec plus de transparence. Sur ce point, le jugement attaqué retient que l'appelante n'allègue aucun manquement autre que le fait pour l'intimé de ne l'avoir pas avertie de son départ avant d'être engagé au Casino de U., fait qui est jugé compréhensible par le CPH. L'appelante ne critique pas cette appréciation dans son mémoire d'appel, mais seulement dans sa réponse à l'appel joint, c'est-à-dire tardivement (cf. consid. 3.3 ci-dessus). Par conséquent, l'autorité de céans n'a pas à revoir l'appréciation de l'instance précédente sur ce point. La prime de CHF 2'280.- doit ainsi être confirmée.

3.4 En résumé, l'intimé peut prétendre à la somme de CHF 18'251.40 (CHF 1'208.40 + CHF 5'643.- + CHF 2'280.- + CHF 4'560.- + CHF 2'280 + CHF 2'280.-). Cette somme correspond toutefois à la prime annuelle. Il n'est pas contesté que l'exercice de l'appelante est calculé du 1^{er} novembre 2011 au 31 octobre 2012 et que l'intimé a droit à 9/12^{ème} du montant de la prime annuelle.

En conclusion, l'appelante doit être condamnée à verser la somme de CHF 13'688.55.- brut à l'intimé à titre de bonus pour l'exercice 2012 (CHF 18'251.40 X 9/12). S'agissant de l'intérêt moratoire, il n'est pas contesté par les parties, tant en ce qui concerne son principe, son montant que le *dies a quo*. Il peut dès lors être confirmé.

4. L'appel principal et l'appel joint portent finalement sur la rémunération d'heures supplémentaires.

4.1 Les heures supplémentaires sont définies comme les heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 93). Dans ce cadre, l'article 321c al. 3 CO oblige l'employeur à rétribuer ses employés pour leurs heures de travail supplémentaires. Les parties peuvent déroger à cette disposition, qui n'est qu'en partie impérative, et convenir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir ne seront pas rémunérées, ou seront rémunérées sans supplément, et ce à tout le moins lorsque la rémunération de ces heures est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 consid. 3a).

Le travail supplémentaire se définit comme le travail dont la durée excède le maximum légal. Il s'agit d'une notion inscrite à l'article 12 de la loi sur le travail (LTr ; RS 822.11) qui se combine avec l'article 9 LTr qui fixe la durée maximale de la semaine de travail selon les catégories de travailleurs (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 94). La rétribution des heures supplémentaires, soit celles dépassant l'horaire contractuel, est réglée par l'article 321c CO ; dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal, elles constituent du travail supplémentaire au sens de l'article 12 LTr et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25 % selon l'article 13 LTr (ATF 126 III 337). La renonciation par le travailleur au paiement des heures supplémentaires conformément à l'article 321c al. 3 CO ne peut donc valoir renonciation à la rémunération du travail supplémentaire fondée sur l'article 13 LTr (Christianne BRUNNER *et al.*, Commentaire du contrat de travail, 2010, n° 11 ad art. 321c CO).

La distinction entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire est essentielle pour les travailleurs soumis à la LTr (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 94). Ne sont notamment pas soumis à la LTr, les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr).

- 4.2 Selon l'article 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1 ; RS 822.111), exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. La portée de l'article 3 let. d LTr doit être déterminée de cas en cas, sans égard au titre ni à la formation de la personne concernée mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise. Une position de confiance, la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions peuvent appartenir aussi à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée aux termes de cette disposition ; par conséquent, les faits de ce genre ne constituent pas des critères décisifs (ATF 126 III 337 consid. 5). Plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités exercées qui comptent (nombre de subordonnés, chiffre d'affaires, etc.) (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 94). Le noyau de la définition repose sur la question de savoir si quelqu'un dispose, sur la base de sa position et de sa responsabilité, d'un pouvoir de décision important dans l'entreprise. La possibilité d'avoir de l'influence sur la conduite de l'entreprise par des propositions ou des requêtes ne suffit pas. Les décisions prises doivent en outre porter sur des questions essentielles de nature à influencer de manière durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou, du moins, dans l'un de ses éléments principaux. Tel sera notamment le cas en matière d'engagement ou de mise en œuvre du personnel, de répartition des heures de travail dans l'entreprise ou dans les sphères de responsabilité, de politique salariale, etc. La jurisprudence a recours à une série de critères permettant de qualifier une position de dirigeante, en précisant qu'ils ne sont pas à eux seuls décisifs, soit : une position de confiance générale au sein de l'entreprise, la

compétence d'engager par sa signature, la portée de la compétence de donner des instructions à d'autres collaborateurs, la position dans la hiérarchie, la responsabilité pour un département ou pour une autre unité de l'entreprise, en particulier la responsabilité pour l'élaboration du budget, ainsi que pour d'autres chiffres importants, le nombre d'employés subordonnés, la compétence de donner des instructions étendues aux subordonnés, l'engagement et le licenciement de personnel, le montant du salaire. La fonction dirigeante sera en revanche exclue si les critères suivants sont réalisés : l'absence de signature sociale permettant de mettre en œuvre les décisions prises, autorisation du supérieur nécessaire, manque d'autonomie budgétaire, devoir d'informer régulièrement sur des détails de manière dépassant les simples comptes-rendus (Thomas GEISER (Jean-Jacques Lüthi), *in* Geiser/von Kaenel/Wyler (éd.), Loi sur le travail, 2005, n° 22 ad art. 3 LTr).

- 4.3 En l'espèce, l'intimé exerçait la fonction de directeur au sein de l'appelante, entreprise constituée sous forme de société anonyme, elle-même faisant partie d'un groupe international. Il se situait tout en haut de l'organigramme de la société. Selon cet organigramme, une quarantaine de personnes, dont sept chefs de service et trois membres du comité de direction, lui étaient subordonnées (PJ 38 appelante). Il disposait de la signature collective à deux (PJ 2 appelante). Selon son contrat de travail, l'intimé devait rendre compte régulièrement auprès du Directeur Général des Opérations – International (DGO) de la marche des affaires, de l'évolution du budget ainsi que des perspectives de la Société et était notamment responsable de la conduite de la société, ceci en étroite collaboration avec les chefs de service. Le salaire annuel était de CHF 113'100.- brut, non compris CHF 1'800.- de frais de représentation et CHF 22'000.- de prime sur objectifs (ch. 1.2 et 1.3 PJ 4 appelante). Il n'était pas astreint à un horaire de travail (dossier CPH p. 85). Selon le descriptif de fonction qu'il a lui-même établi (PJ 37 appelante, dossier CPH p. 85), il assumait la responsabilité de la bonne marche du Casino et appliquait la stratégie décidée par le conseil d'administration (CA). Il organisait les séances du comité de direction et des chefs de service. Il avait notamment les responsabilités suivantes : établir et proposer au CA le plan et le budget d'exploitation, appliquer et faire appliquer les décisions du CA, participer aux réunions périodiques avec la direction du (...), prendre et faire appliquer toutes les décisions qui étaient de sa responsabilité, gérer les ressources humaines (engagement, formation, rémunération, encadrement, licenciement), gérer les ressources financières et matérielles du Casino, assurer le respect, par le Casino, de ses obligations légales et réglementaires, assurer le respect, par le Casino, des décisions des autorités et notamment de la CFMJ, approuver les procédures, contrôler la bonne application, par les collaborateurs du Casino, des règles et directives internes, définir et mettre en œuvre la politique commerciale et de marketing (relations publiques, promotion, publicité, etc.), représenter le Casino auprès du public, des autorités, des partenaires économiques, des associations et des médias.

- 4.3.1 Il apparaît ainsi que, dans le cas de l'intimé, plusieurs des critères précités étaient remplis, notamment en ce qui concerne sa position dans la société, le nombre de subordonnés, les compétences en matière de ressources humaines, le montant de

son salaire, le pouvoir de signature, les compétences en matière de politique commerciale, son pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers, etc.

- 4.3.2 L'intimé allègue que, de fait, aucune décision ne pouvait être prise sans l'accord du CA, respectivement son président C., et qu'il ne faisait qu'appliquer les décisions prises par ce dernier. Il en allait ainsi des décisions prises en matière de personnel. Il devait en outre rendre compte de façon hebdomadaire à C. et n'avait aucune compétence budgétaire puisqu'il ne faisait qu'établir un projet de budget soumis à l'aval du CA.
- 4.3.3 L'appelante a admis que le budget proposé par l'intimé devait être validé par le CA et qu'il était arrivé que ce dernier le modifie à la baisse ou à la hausse (dossier CPH p. 81). L'intimé avait ainsi certes la compétence de l'élaborer, mais n'avait dans ce domaine que la possibilité d'influencer la décision du CA. Par ailleurs, il ressort des déclarations du président du CA que plusieurs lettres de cadrage définissaient les contours du budget qui devait être établi par le directeur (dossier CPH p. 81). La marge d'appréciation dans l'établissement du budget était ainsi limitée. S'agissant du personnel, l'intimé a admis qu'il avait lui-même rempli le descriptif de poste qui comprend des compétences en matière de ressources humaines. Il ressort toutefois effectivement des déclarations de C. qu'à deux reprises le CA est intervenu quant à des décisions de licenciements (dossier CPH p. 82). Il s'agissait selon ce dernier, de deux cas particuliers. On ne saurait toutefois perdre de vue que si l'intimé bénéficiait d'un pouvoir décisionnel dans ce domaine, il était soumis de fait à la censure du CA qui pouvait revoir ses décisions ou lui en imposer. La liberté de décision de l'intimé n'était dès lors pas entière. De manière générale, l'intimé devait régulièrement rendre compte au DGO, par la rédaction d'un compte-rendu hebdomadaire d'une quarantaine de ligne faisant état de l'activité du casino, respectivement des principaux chiffres d'affaires, des ressources humaines, des animations, du marketing, du contrôle de la CFMJ (dossier CPH p. 82 et 84 ; PJ 4 de l'appelante, art. 1.2). Vu le contenu relativement précis et détaillé de ces comptes-rendus et surtout de leur fréquence, le devoir d'informer de l'intimé allait manifestement au-delà du devoir courant de rendre des comptes au CA tel qu'on peut le concevoir pour un haut dirigeant disposant d'une grande autonomie dans l'accomplissement de son activité. Finalement, si l'intimé devait certes participer aux réunions périodiques du (...) (PJ 37 appelante), il ne ressort toutefois pas du dossier qu'il disposait d'un pouvoir décisionnel.

En définitive, même si l'intimé disposait d'une certaine autonomie décisionnelle, celle-ci doit être relativisée en raison du contrôle régulier exercé par le Conseil d'administration du casino, respectivement le DGO, et de son intervention dans les décisions relevant de la compétence de l'intimé. Pour autant, la question de savoir si l'intimé exerçait une fonction dirigeante élevée, partant s'il peut prétendre au paiement du travail supplémentaire qu'il a effectué, peut rester ouverte au vu de ce qui suit.

5. Comme examiné ci-dessus, la rémunération du travail supplémentaire est régie par l'article 13 LTr, qui prévoit également une rétribution à hauteur du salaire de base majoré de 25 % (ATF 126 III 337 consid. 6a). Il appartient aux travailleurs de prouver, d'une part, qu'il a accompli du travail supplémentaire et, d'autre part, que celui-ci a été ordonné par l'employeur ou qu'il était nécessaire à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (cf. art 8 CC ; Jean Philippe DUNAND, *in* Geiser/Von Kaenel/Wyler (éd.), *Loi sur le travail*, 2005, n° 21 ad art. 13 LTr).
 - 5.1 De l'avis de l'appelante, le travail supplémentaire n'a pas été ordonné par le CA et a été effectué au bon vouloir de l'intimé. Ce dernier ne l'avait par ailleurs pas informé d'une surcharge de travail. Selon l'intimé, il n'avait pas à en informer le CA dans la mesure où, selon son contrat de travail, la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires relevait de sa propre appréciation.
 - 5.2 Il est vrai que le contrat de travail stipule que l'employé est conscient que sa fonction pourra l'amener à effectuer des heures supplémentaires et qu'il se déclare d'accord de les exécuter dans toute la mesure où il le juge nécessaire ou si cela lui est demandé (art. 6 PJ 4 appelante). Par ailleurs, le règlement du personnel (PJ 28 de l'appelante), qui s'applique à l'ensemble des collaborateurs de A. SA, en particulier à son directeur (art. 1 et 2 litt. g) et dont l'article 1 al. 2 prévoit qu'il fait partie intégrante du contrat de travail, énonce, à son article 10 al. 3, que les heures et le travail supplémentaires sont effectués uniquement sur instructions expresses de la hiérarchie et s'ils sont absolument nécessaires. Il est vrai qu'en cas de divergence, le contrat de travail prime sur le règlement (art. 1 al. 2 seconde phrase). Cette règle de conflit ne peut s'appliquer toutefois qu'à ce que les parties sont convenues selon la lettre de l'article 6 du contrat de travail au sujet des "heures supplémentaires" que l'intimé pouvait exécuter notamment s'il le jugeait nécessaire, et non au travail supplémentaire dont les conditions sont régies par la LTr. Sur ce point, il appartient donc toujours à l'intimé d'établir que soit ce travail a été ordonné par son employeur, soit qu'il était nécessaire à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier. Or ce travail n'a pas été ordonné par l'appelante, ainsi que l'admet implicitement l'intimé. Pour le surplus, ce dernier n'établit pas ni même n'allègue qu'il a dû effectuer du travail supplémentaire dans l'urgence ou par surcroît extraordinaire de travail, dans le but de sauvegarder les intérêts légitimes de l'appelante. Le simple fait que ses heures étaient reportées dans un programme informatique n'est pas déterminant, dans la mesure où l'appelante a allégué, sans que cela n'ait été contesté par l'intimé, qu'elle n'avait pas accès au système de pointage (dossier CPH p. 81). Dès lors et dans la mesure où cela pourrait avoir une importance, l'intimé ne peut se prévaloir que l'appelante aurait implicitement approuvé son travail supplémentaire.
- L'intimé doit dès lors être débouté sur ce point.
6. En résumé, l'appelante succombe totalement quant au paiement de la peine conventionnelle de CHF 50'000.- ; elle succombe partiellement quant au paiement du bonus, celui-ci étant admis dans son principe, mais alloué à l'intimé à concurrence de CHF 13'688.55, alors que ce dernier prétendait au versement de CHF 17'100.- dans

son appel joint, et obtient gain de cause quant à l'absence de rémunération du travail supplémentaire ; l'intimé, qui a requis le versement de CHF 27'060.-, succombe sur ce point.

Au vu du résultat de la présente procédure, il convient de condamner l'appelante aux deux tiers des frais judiciaires et l'intimé au tiers restant. Pour les mêmes raisons, et par compensation, l'appelante doit verser une indemnité de dépens à l'intimé correspondant au tiers de ses honoraires, étant précisé que les notes d'honoraires produites par les parties sont globalement similaires. S'agissant des dépens alloués en première instance, le Conseil de Prud'hommes n'a pas procédé à leur compensation sans que cela soit contesté dans la présente procédure, de sorte que l'appelante doit être condamnée à payer les deux tiers des dépens de l'intimé.

PAR CES MOTIFS

LA COUR CIVILE

en modification partielle du jugement de première instance,

rejette

la demande de l'appelante tendant à la condamnation de l'intimé à payer la somme de CHF 50'000.- plus intérêts à 5 % dès l'exigibilité à titre de peine conventionnelle ;

condamne

l'appelante à verser à l'intimé la somme de CHF 13'688.55 brut (y compris CHF 9'439.- brut qu'elle a reconnus) avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} août 2012 à titre de bonus ;

rejette

la demande reconventionnelle de l'intimé pour le surplus ;

met

le tiers des frais judiciaires de première instance, soit CHF 2'000.-, à la charge de l'appelante, le solde, par CHF 1'000.- étant mis à la charge de l'intimé ;

condamne

l'appelante à verser la somme de CHF 11'250.- à l'intimé à titre de participation à ses dépens pour la procédure de première instance ;

met

les frais judiciaires de seconde instance par CHF 2'500.- à raison de deux tiers, soit CHF 1'666.65, à la charge de l'appelante, le solde par CHF 833.35 étant mis à la charge de l'intimé, à prélever sur les avances des parties, l'appelante devant rembourser CHF 166.65 à l'intimé ;

condamne

l'appelante à verser la somme de CHF 2'660.- à l'intimé à titre de participation à ses dépens, les dépens des parties étant compensés pour le surplus ;

ordonne

la notification du présent arrêt aux parties ainsi qu'au Conseil de Prud'hommes.

Porrentruy, le 10 février 2015

AU NOM DE LA COUR CIVILE

Le président :

La greffière :

Jean Moritz

Nathalie Brahier

Communication concernant les moyens de recours :

*Un **recours en matière civile** peut être déposé contre le présent jugement auprès du Tribunal fédéral, conformément aux dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), en particulier aux art. 42, 72 ss. et 90 ss. LTF, dans un délai de **30 jours** à partir de la date où ce jugement vous a été notifié (art. 100 LTF). Ce délai ne peut pas être prolongé (art. 47 al. 1 LTF).*

Le mémoire de recours sera adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Le recourant doit exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42 al. 2 LTF). Le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Le présent jugement et les pièces invoquées comme moyens de preuve en possession du recourant doivent être joints au mémoire (art. 42 al. 3 LTF).

Valeur litigieuse

La Cour civile considère que la valeur litigieuse est de CHF 50'000.-.