



Monsieur T _____
Rue _____
12__ Genève

E _____ SA
Dom. élu : Me Joanna BURGISSER
Avenue de Frontenex 5
1207 Genève

Partie appelante

Partie intimée

Caisse de chômage A _____
Boulevard James-Fazy 18
Case postale 1299
1201 Genève

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 07 novembre 2005

Mme Renate PFISTER-LIECHTI, présidente

MM. Bernard PICENNI et Thierry ULMANN, juges employeurs

Mme Béatrice BESSE et M. Thierry ZEHNDER, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

- A.** Par jugement du 17 septembre 2003, notifié le 26 juillet 2004, le Tribunal des Prud'hommes s'est déclaré incompétent à raison de la matière pour connaître des prétentions en fourniture d'un décompte de prestations sociales et, sur le fond, a débouté T_____ de toutes ses conclusions formées à l'encontre de E_____ SA.

Le Tribunal a considéré, en résumé et en substance, que les parties avaient été liées par un contrat de travail à temps partiel irrégulier, fixant clairement la rémunération de l'employé, de même que les montants dus à titre d'indemnités de déplacement, que l'employeur avait mis fin au contrat avec effet immédiat, alors que l'existence de justes motifs n'était pas démontrée, ce que l'employeur avait fini par admettre, que l'employé avait perçu à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée un montant de 5'600 fr., correspondant à environ deux mois de salaire, ce qui était adéquat, et que l'octroi d'une indemnité pour tort moral n'était pas justifié, en l'absence de souffrances particulières ayant dépassé de par leur intensité ce qu'une personne peut supporter seule.

- B.** Par acte déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 26 août 2004, T_____ a appelé de ce jugement, dont il demande l'annulation, concluant au paiement, par l'employeur, de

- 7'025 fr. 45 avec intérêt à 5 % dès le 10 juin 2002 correspondant aux heures annulées et non payées durant la période du 1^{er} janvier 2001 au 22 février 2002,
- 6'303 fr., avec intérêt à 5 % dès le 10 juin 2002, correspondant au dommage prévu à l'article 337c al. 1 CO,
- 12'606 fr., avec intérêt à 5 % dès le 10 juin 2002, correspondant à l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO,
- ainsi qu'un montant équitable pour les temps de déplacement imposés.

Devant la Cour d'appel, T_____ a précisé comme suit les quatre chefs de conclusions :

Ad 1 : il s'agit du montant correspondant aux heures annulées et non remplacées ainsi qu'au temps passé en déplacements (chiffre 6, page 4 de l'acte d'appel), déduction faite d'une période de près de quatre mois de congé maladie en 2001, durant laquelle il a touché des indemnités pour perte de gain;

Ad 2 : il s'agit du salaire et des vacances dus pendant la période de préavis en fonction de ses calculs concernant les prestations contractuelles, sous déduction des sommes déjà versées par l'employeur;

Ad 3 : il s'agit du montant de l'indemnité pour résiliation injustifiée dû par l'employeur en fonction de ses calculs concernant les prestations contractuelles, tort moral compris, en ce sens qu'une indemnité équivalant à six mois de salaire

est justifiée, mais qu'il n'y a pas lieu à indemnité en application de l'article 49 CO;

Ad 4 : il a renoncé à chiffrer cette prétention.

T_____ a par ailleurs indiqué avoir renoncé à réclamer une indemnité pour le temps de préparation des cours (chiffre 5, dernière phrase, page 4 de l'acte d'appel).

Enfin, T_____ a déclaré qu'il n'avait pas contesté les fiches de salaire établies par l'employeur, plus généralement n'avait pas protesté contre les conditions de salaire qui lui étaient imposées car il avait besoin de son revenu pour vivre.

E_____ SA, dans ses écritures datées du 28 septembre 2004, a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

La Caisse de chômage A_____ est intervenue à concurrence des prestations versées à T_____ durant la période du 25 février au 30 avril 2002, soit 4'493 fr. nets, selon courrier du 22 avril 2005.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour d'appel :

a. Selon l'extrait du Registre du commerce figurant au dossier, E_____ SA, dont le siège est à Genève, a pour but la gestion, l'exploitation et le développement de centres de formation linguistique (école de langues) et de communication (école de communication).

b. Par contrat du 28 février 2000, E_____ SA a engagé T_____ en qualité de formateur de français et d'allemand, pour une durée indéterminée, selon un horaire fonction de l'activité du centre de formation. Le salaire horaire brut a été fixé à 27 fr. 50 pour une séquence de 45 minutes, augmenté de 8,33 % d'indemnité de vacances. L'employé avait en outre droit à une indemnité de déplacement de 7 fr. en ville de Genève et 12 fr. dans les communes avoisinantes du canton (aller et retour). Le salaire par séquence de 45 minutes a été porté à 28 fr. dès le 1er janvier 2001 et à 28 fr. 50 dès le 1er janvier 2002.

T_____ s'est engagé à suivre et a effectivement suivi la formation pédagogique initiale non rémunérée, soit environ 40 heures, et a enseigné selon la méthode et avec le matériel pédagogique fourni par l'employeur (méthode directe sans traduction).

Le délai de préavis de résiliation des rapports de travail a été fixé à un mois durant la première année et à deux mois par la suite.

Le contrat signé par les parties comporte la phrase rédigée en caractères gras suivante : « *Seuls, la direction et le secrétariat sont compétents dans l'organisation et la modification des horaires* ».

T_____ a en outre reçu un document intitulé I_____ Manuel du formateur ainsi que des manuels d'enseignement en langues française et allemande.

c. E_____ SA a versé à T_____ les montants nets suivants, s'agissant du salaire et des indemnités de déplacement :

Mars 2000 :	1'748 fr. 80
Avril 2000 :	3'841 fr. 25
Mai 2000 :	3'314 fr. 50
Juin 2000 :	4'121 fr.
Juillet 2000 :	4'385 fr. 50
Août 2000 :	3'357 fr. 40
Septembre 2000 :	3'084 fr. 95
Octobre 2000 :	2'398 fr. 10
Novembre 2000 :	3'732 fr. 05
Décembre 2000 :	2'464 fr. 15

Janvier 2001 :	2'216 fr. 10
Février 2001 :	3'418 fr. 40
Mars 2001 :	2'788 fr. 25
Avril 2001 :	2'773 fr. 95
Mai 2001 :	3'410 fr. 75
Juin 2001 :	3'004 fr. 70
Juillet 2001 :	3'239 fr. 25
Août 2001 :	3'488 fr. 75
Septembre 2001 :	1'667 fr. 15
Octobre 2001 :	2'588 fr. 35
Novembre 2001 :	2'466 fr. 10
Décembre 2001 :	3'124 fr. 30

Janvier 2002 :	1'704 fr.
Février 2002 :	2'612 fr. 85
Mars 2002 :	639 fr. 35

Il ressort des pièces produites par les parties que T_____ s'est notamment rendu, pour les besoins de son enseignement, dans les entreprises B_____ à Vernier, C_____ à Vernier, D_____ au Petit-Lancy, F_____ au Centre ville, ainsi que chez des particuliers, notamment à Collonge-Bellerive et à Vézenaz.

T_____ s'est trouvé en incapacité de travail du 19 au 22 mai 2001 (accident), du 20 septembre au 26 novembre 2001 (maladie), et en incapacité partielle du 26 novembre 2001 jusqu'au 3 janvier 2002 (maladie). Il n'est pas contesté qu'il a

bénéficié des prestations de l'assurance perte de gains conclue par l'employeur pour son personnel.

d. Par courrier recommandé et simple du 22 février 2002, E _____ SA a informé T _____ de son licenciement avec effet immédiat, lui reprochant d'avoir mis en péril les intérêts de l'école et de ses employés par des moyens déloyaux, par l'organisation d'une réunion du personnel de l'école en vue de discuter les conditions salariales, les prix des cours et le matériel mis à disposition. *« Si nous ne prétendons pas vous reprocher l'organisation d'une réunion, en revanche, nous avons beaucoup moins apprécié le fait que vous ayez utilisé un moyen de communication réservé à la direction pour convoquer par une lettre anonyme tous les formateurs à une nouvelle réunion devant se tenir le 2 mars 2002 à la Z _____... Ce n'est finalement qu'hier soir qu'on nous a parlé d'une liste que vous utilisez pour convoquer téléphoniquement les formateurs à vos réunions. Nous en avons déduit que vous avez dû dérober, en complicité avec G _____, la liste téléphonique confidentielle de nos collaborateurs, voire la photocopier sans autorisation. »*

Ce licenciement a provoqué une manifestation syndicale par A _____ dans et devant les locaux de l'école ainsi que des articles de presse relativement virulents. De même, la chaîne de télévision Léman Bleu a relaté l'événement.

e. Par acte déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 17 juin 2002, T _____ a assigné E _____ SA en paiement de 25'834 fr. 20 bruts représentant le manque à gagner pour l'année 2001, avec les intérêts, 4'009 fr. bruts représentant le manque à gagner pour l'année 2002, avec les intérêts, 8'953 fr. 20 représentant le délai de congé, avec les intérêts, 8,33 % sur les montants ainsi réclamés au titre des vacances, 26'859 fr. 60 à titre d'indemnité pour licenciement pour justes motifs injustifiés (sic), avec les intérêts, et 10'000 fr. pour tort moral. Il a en outre sollicité la remise d'un décompte des déductions sociales et *« notamment la mise en ordre des cotisations dues au titre de la LPP »* et a conclu qu'il soit constaté la nullité de la clause de non-concurrence figurant dans le contrat du 28 février 2000.

Dans sa réponse à la demande, E _____ SA a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions, considérant que les conditions posées pour un licenciement pour justes motifs étaient réunies, tout en reconnaissant que les relations de travail avec T _____ avaient été bonnes jusqu'au début de l'année 2002. Elle a déclaré libérer T _____ de la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail.

A l'audience de comparution personnelle du 12 novembre 2002, E _____ SA, faisant état de faits nouveaux, s'est engagée à verser à T _____ le montant brut de 5'514 fr. 45 à titre de salaire jusqu'au 30 avril 2002, avec intérêts à 5 % dès le 22 février 2002, et la somme nette de 5'600 fr. à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée. Elle a réitéré sa volonté de libérer T _____ de la clause de non-

concurrency. Il ressort à cet égard d'une écriture du même jour, que E_____ SA avait appris que T_____ n'était pour rien dans la soustraction de la liste dite confidentielle des collaborateurs de l'école, raison pour laquelle elle reconnaissait avoir licencié T_____ sans disposer de justes motifs. L'employeur a dit regretter que T_____ et sa collègue G_____, également licenciée dans ce contexte, n'avaient jamais clairement expliqué de quelle manière la liste litigieuse leur avait été remise.

T_____, au vu des engagements ainsi pris par l'employeur, a augmenté ses prétentions en tort moral à 15'000 fr.

Parmi les nombreux témoins entendus par le Tribunal des prud'hommes au cours des enquêtes, il y a eu H_____, directeur de l'Office de la main-d'œuvre étrangère, qui a déclaré que le salaire horaire des enseignants diplômés, soit porteurs d'une licence, s'élevait en moyenne à 45 fr. et celui des étudiants inscrits à l'Université à 36 fr.

À la dernière audience du 22 juillet 2003, T_____ a confirmé avoir reçu de l'employeur les sommes de 5'514 fr. 45 et 5'600 fr. ainsi que 302 fr. 53 à titre d'intérêt de retard.

f. Pour les motifs qui seront évoqués dans la partie en droit, la Cour d'appel se dispense de l'examen des documents établis et produits par T_____ relativement à ses déplacements ainsi qu'aux cours prétendument reportés et/ou annulés.

EN DROIT

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, l'appel est recevable (art. 57 de la loi sur la juridiction des prud'hommes).
2. **2.1** L'article 337 al. 1 CO prévoit que tant l'employeur que le travailleur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs, soit toutes circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Il est constant que les manquements retenus à charge de l'employé/e doivent être une gravité certaine, de nature à ruiner les relations de confiance devant nécessairement exister entre les parties au rapport de travail.
2.2 En cours de procédure, l'intimée a reconnu que le renvoi avec effet immédiat de appelant était injustifié, les motifs qui l'avaient amenée à prononcer ce licenciement s'étant avérés faux. Elle en a tiré la conséquence en s'engageant à

verser, puis en versant, à l'appelant une indemnité équivalant aux salaires dus pour les deux mois de délai de préavis, ainsi qu'une indemnité pour résiliation injustifiée représentant environ deux mois de salaire.

2.3 Conformément à l'article 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur, qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat sans que de justes motifs ne soient démontrés, à verser à l'employé/e une indemnité - supplémentaire - d'un montant adapté aux circonstances du cas d'espèce, sans toutefois que cette indemnité ne puisse excéder six mois de salaire. L'octroi d'une telle indemnité ne peut être refusé que dans des cas exceptionnels (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 150, Stämpfli, 1999, ch. 158 et jurisprudences citées), mais il peut être tenu compte de la faute concomitante de l'employé par application analogique de l'article 44 CO (ATF 120 II 243).

2.4 L'appelant considère que les circonstances de son licenciement justifient l'octroi d'une indemnité maximale, soit six mois de salaire.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé un arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes qui avait alloué à un employé, en application de l'article 336a CO, une indemnité -- dont la nature et le but sont les mêmes que ceux de l'article 337c al. 3 CO (ATF 123 III 391 consid. 3a, V 5 consid. 2a) -- équivalant à trois mois de salaire en raison de la faute grave de l'employeur, qui n'avait pris aucune mesure en vue de protéger son personnel contre le comportement inadmissible, voire dangereux, de son directeur, bien au contraire, dès lors qu'il avait licencié les employés qui avaient tenté d'intervenir et avaient alerté le propriétaire économique de la société (ATF du 16 juin 2005, cause 4C.50/2005).

Il est manifeste qu'on est, en l'espèce, loin de circonstances telles qu'elles viennent d'être évoquées. L'intimée a rapidement reconnu le caractère injustifié du renvoi de l'appelant et l'a indemnisé sur la base des prestations contractuellement fixées – certes remises en cause par l'appelant. Quant à ce dernier, il a été largement soutenu par le syndicat dont il fait partie, au point d'ailleurs que le préjudice principal a été « subi » par l'employeur, en termes de perte d'image, suite à l'écho médiatique qu'a suscité l'occupation des locaux de la société. Bien entendu, cet élément ne doit pas être retenu à charge de l'appelant, sous l'angle du montant de l'indemnité à laquelle il a droit.

La Cour d'appel estime donc, à l'instar du Tribunal des prud'hommes, qu'une indemnité de deux mois de salaire selon l'article 337c al. 3 CO est équitable.

- 3.** **3.1** En droit suisse, la rémunération du travailleur obéit au principe de la liberté contractuelle, en ce sens que le salaire convenu fait foi, sauf lorsque les parties sont soumises à une convention collective de travail auxquelles il ne peut être dérogé (ATF du 31 mars 2000, cause 4C/465/1999) et sous réserve de la disposition particulière de l'article 341 al. 1 CO (idem, plus les références citées).

3.2 En l'espèce, ainsi que l'a retenu avec raison le Tribunal des prud'hommes, les parties ont conclu une convention claire au sujet des conditions de rémunération et des prestations accessoires, tels les frais de déplacement. En l'absence de toute convention collective dans le domaine de l'enseignement privé, les parties étaient libres de s'entendre au sujet du mode de rémunération -- salaire horaire, salaire fixe mensuel, convention mixte -- ainsi que des horaires qui étaient prévus pour être variables. L'appelant ne conteste pas avoir compris -- le texte du contrat ne laisse pas planer de doute -- que le temps de préparation des cours n'était pas payé, dès lors que, selon la méthode d'enseignement appliquée, une telle préparation n'était -- théoriquement -- pas nécessaire, pas plus qu'il ne conteste avoir compris qu'un cours pouvait être annulé et/ou reporté et que l'enseignant ne serait pas payé pour le temps perdu.

Selon le principe « pacta servanda sunt », l'appelant n'est pas en droit de remettre en cause, à la fin des relations de travail, les conditions qu'il a expressément acceptées, quelles que soient les raisons -- financières ou économiques -- qui l'ont poussé à le faire, sous réserve de cas exceptionnels pouvant par exemple relever de l'usure, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Selon les calculs des premiers juges, que la Cour d'appel fait siens, le salaire horaire convenu par les parties se situait certes dans la fourchette inférieure des rémunérations versées dans le domaine considéré, mais sans être excessivement bas.

3.3 L'appelant axe son argumentation autour d'un arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1998 (SJ 1999, p.297) qu'il voudrait voir appliquer à sa situation, par rapport aux cours reportés ou annulés.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que le contrat de travail sur appel, en soi licite (ATF 124 III 249 consid. 2a), permettait une diminution brutale du volume mensuel de travail, la protection impérative liée au délai de congé était vidée de sa substance et il en résultait une violation manifeste de l'article 335c CO. Il n'appartient en effet pas au travailleur, mais à l'employeur d'assumer le risque de l'entreprise. Lorsque que le travailleur, selon l'article 326 CO, travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante et lui verser l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche (SJ précité, p. 296).

Il est assez difficile de faire un lien raisonnable entre les faits qui sont à la base de cet arrêt et la présente cause. En effet, l'examen des montants versés durant l'année 2001, puis au début 2002, montre certes des variations, lesquelles se tiennent toutefois dans des limites acceptables et, surtout prévisibles -- s'agissant des mois à faible rendement - pour l'appelant, étant précisé qu'il faut évidemment se placer au moment où ce dernier a signé le contrat avec l'intimée, comme on a vu, en connaissance de cause. A titre d'exemple, il paraît relativement normal que le mois de janvier ne soit pas très rémunérateur, compte tenu des fêtes de fin d'année, diversement célébrées selon les appartenances religieuses. A cela s'ajoute, pour le second semestre de l'année 2001, que l'appelant a été malade

pendant une période prolongée; il a d'ailleurs reconnu qu'il avait bénéficié des prestations de l'assurance perte de gains, sans que l'on sache précisément sur quelles bases les indemnités et lui ont été versées.

A partir du moment où l'intimée a fourni à l'appelant un volume de travail relativement régulier, ce qui était le cas, il ne saurait être question de transfert du risque économique au sens de l'arrêt cité.

Les prétentions de l'appelant, qui viendraient en adjonction aux prestations contractuellement convenues ne peuvent dès lors lui être allouées, faute de convention sur ce point et faute de règle impérative obligeant l'employeur à verser une rémunération à ce titre.

Le même raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, pour le temps de déplacement, à ne pas confondre avec les frais de déplacement. Rien n'interdit à un employeur, dans un secteur non régi par une convention collective ou un contrat type de travail prévoyant le contraire, de ne pas payer le travailleur pour se rendre d'un endroit à un autre. De toute manière, l'appelant a renoncé à chiffrer ses prétentions à ce titre, ce qui n'est pas acceptable, dès lors qu'on ne se trouve pas dans une hypothèse couverte par l'article 42 al. 2 CO.

4. Il résulte des considérants qui précèdent que l'appel est totalement infondé, de sorte qu'il sera rejeté et le jugement entrepris confirmé.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des Prud'hommes, Groupe 5

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T _____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 17 septembre 2003, notifié le 26 juillet 2004, dans la cause C/12969/2002-5;

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente