



Monsieur T _____
Dom. élu : Me Nicolas GAGNEBIN
Rue Saint-Laurent 2
1207 Genève

E _____ SA
Dom. élu : Me Yves MAGNIN
Rue de la Rôtisserie 2
Case postale 3809
1211 Genève 3

**Partie appelante et intimée sur
appel incident**

Partie intimée et appelante incidente

D'une part

D'autre part

ARRET

du 24 mai 2005

M. Christian MURBACH, président

Mme Giovanna DESCLOUX et M. Jürg CAHENZLI, juges employeurs

MM Michel OZAINNE et Alain TRACHSEL, juges salariés

M Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

A. a) La société A_____ a été fondée en 1966 par B_____ et exploitée, en premier lieu, en raison individuelle, puis sous la forme de société en commandite.

T_____ a été engagé par ladite société, à compter du 1^{er} novembre 1976, en qualité d'opticien.

L'entreprise a été transformée en société anonyme et inscrite au Registre du commerce, le 26 juillet 1982, sous la raison E_____ SA. Cette société, dont le but social est l'étude, le développement, l'application et la propagation de verres de contact, a repris les passifs et les actifs de la société A_____.

Auparavant, soit le 9 novembre 1978, B_____ avait fondé une autre société anonyme, D_____ SA, ayant pour objectif le commerce d'opticien lunetier, la fabrication, la vente, la représentation, l'importation et l'exportation de tous arts d'optique, ainsi que l'exécution de tous travaux dans ce domaine.

b) Par contrat signé le 6 novembre 1984, T_____ a été engagé par E_____ SA, en qualité de directeur.

Ce contrat a été résilié par courrier recommandé du 29 septembre 1991, avec effet au 31 décembre suivant, dans le but de le remplacer par une nouvelle convention.

c) Durant l'année 1988, T_____ a été nommé directeur de la société D_____ SA, moyennant une rémunération mensuelle de fr. 1'850.— payée par E_____ SA.

La répartition du temps de travail de T_____ était de 80% pour E_____ SA (soit 60% pour des activités techniques et 20% pour le *management*) et de 20% pour le *management* de la société D_____ SA.

d) Le 17 juillet 1996, T_____, B_____ et E_____ SA ont conclu une « *Convention de rémunération spéciale* » prévoyant le prêt, sans intérêts, par l'employé à l'employeur, qui l'affectait au développement de l'entreprise, de fr. 15'700.— (art. 1.1), durant 4 ans (art. 1.3), ce montant étant intégralement remboursé à l'employé en cas de départ de l'entreprise (art. 1.4). A l'échéance des 4 ans, B_____ s'engageait à prélever sur sa fortune personnelle et à créditer à l'employé le montant de fr. 39'250.- à titre de « rétribution spéciale unique indivisible » (art. 2.1), cette somme venant s'ajouter au montant initial prêté par l'employé et restant investie dans l'entreprise (art. 2.2). La totalité des montants visés aux art. 2.1. et 2.2 précités (soit fr. 54'950.-) était restituée à l'employé, la moitié à son départ de l'entreprise, le solde 6 mois plus tard (art. 3.1).

T_____ a ultérieurement bénéficié d'un montant supplémentaire de fr. 10'000.—, le solde admis par les parties étant de fr. 44'950.—.

e) Un nouveau contrat de travail a été signé entre T_____ et la société E_____ SA, le 8 février 1997. Ce document prévoyait, notamment, un salaire annuel de base de fr. 136'500.—, ainsi qu'un art. 9 à la teneur suivante :

« En cas de rupture du présent contrat en l'absence de justes motifs au sens de l'art. 337 du Code des obligations, les parties conviennent d'une indemnité de rupture de contrat de CHF 50'000.—, payables par la partie qui rompt le contrat à l'autre dans les 30 jours dès la dénonciation ».

Le même jour, une « *Convention d'intéressement au bénéfice des sociétés A_____ et E_____ SA* » a également été conclue entre les mêmes parties. A teneur de ce document, l'employé bénéficiait d'un droit au paiement d'un intéressement annuel de fr. 20'000.— en cas de réalisation par le groupe d'un *cash flow*, soit les bénéfices comptables augmentés des amortissements usuels, ainsi que des rémunérations brutes de B_____ et F_____, d'au minimum fr. 220'000.— et de 25% de toute tranche de fr. 30'000.—supérieure à ce montant.

f) Par avenant au contrat de travail du 8 février 1997, signé au mois de novembre 1999, T_____ a été autorisé à développer un commerce accessoire.

g) En raison de son âge et de graves problèmes de nature familiale, B_____ s'est, entre 1995 et 1999, progressivement retiré de la gestion de la société E_____ SA.

Vers la fin de l'année 1997, son fils, G_____, est venu travailler au sein de la société D_____ SA.

h) Le 31 décembre 2002, les sociétés E_____ SA et D_____ SA ont fait réaliser un audit de leur situation par la société H_____. Il résulte, en substance, du rapport rendu par celle-ci, d'une part que la situation des deux entreprises s'était dégradée depuis des années, en raison essentiellement d'une information lacunaire de la direction générale et de l'incapacité de celle-ci d'adopter une stratégie de *marketing-communication* et, d'autre part, que diverses mesures visant à l'amélioration du *cash flow* devaient impérativement être prises, de même qu'une redéfinition des responsabilités et des charges, suivie d'une adaptation des contrats de travail.

k) Dans une lettre du 12 mars 2003 adressée à B_____, T_____ a rappelé les objectifs qu'il s'était fixés et a fait part des résultats positifs de son activité. Il y a également fait part de ses craintes pour l'avenir ainsi que de la dégradation de son niveau de rémunération et a indiqué souhaiter connaître son futur statut, au vu de la nomination de G_____ à la direction de la société D_____ SA.

l) Par courrier recommandé du 22 avril 2003, E_____ SA, se référant à la teneur des souhaits exprimés par T_____, a rappelé à celui-ci les nombreux avantages dont il était le bénéficiaire, a précisé que la santé financière de la société n'était pas

excellente, a mis en exergue divers dysfonctionnements et a joint un nouveau contrat de travail, en indiquant qu'à défaut d'acceptation de celui-ci par l'intéressé avant le 30 avril 2003, les rapports de travail étaient résiliés avec effet au 31 octobre 2003.

Par réponse de son conseil du 29 avril suivant, T_____ a refusé la modification contractuelle et pris acte de la résiliation du contrat de travail.

m) Dans un courrier du 5 mai 2003, T_____ a, notamment, indiqué considérer les nouvelles conditions de travail inacceptables. Il y a également fait valoir divers montants au titre d'indemnité de départ, d'indemnité pour longs rapports de travail et de rémunération spéciale.

n) Par courrier recommandé du 5 mai 2003, E_____ SA a précisé que le « délai de réflexion » mentionné dans son courrier du 22 avril 2003 devait être compris comme allant jusqu'au 31 octobre 2003, ce que T_____ a contesté.

o) Par courrier du 16 mai 2003, la société a libéré T_____, avec effet immédiat, de son obligation de travailler et, dès le 19 mai, la fonction de directeur de E_____ SA a été exercée par le nommé I_____.

p) Par la suite, les parties ont maintenus leur position respective et se sont mutuellement réclamées divers documents.

q) D'une manière générale, et à le moins jusqu'en 1998, T_____ a exercé son activité à la pleine satisfaction de son employeur.

B. a) Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 2 juillet 2003, T_____ a assigné E_____ SA et D_____ SA, prises conjointement et solidairement, en paiement de fr. 187'344.50, soit fr. 107'054.— au titre d'indemnité pour long rapports de service et fr. 80'290.50 au titre d'indemnité pour licenciement abusif.

T_____ a également conclu à ce que ses parties adverses soient condamnées au paiement des frais de l'instance et des dépens.

A l'appui de ses conclusions, il a affirmé avoir fait l'objet d'un congé- modification, dès lors que la conjoncture économique n'imposait pas le changement de ses conditions de travail. Par ailleurs, il estimait avoir droit à une indemnité pour longs rapports de travail, au vu de la durée des rapports contractuels de plus de 18 ans.

b) Dans leur réponse du 22 août 2003, les sociétés intimées ont conclu au déboutement du demandeur de toutes ses prétentions.

Elles ont fait valoir, en substance : qu'aucun rapport de travail n'avait jamais existé entre le demandeur et la société D_____ SA et que celle-ci ne possédait, par conséquent, pas la légitimité passive ; que le congé, donné en raison des violation par

le demandeur de ses obligations de diligence et de fidélité, ne saurait être qualifié d'abusif ; et, enfin, qu'aucune indemnité pour longs rapports de travail n'était due, en raison de l'existence de la prévoyance sociale qui venait s'y substituer.

c) T_____ a commencé un nouvel emploi en qualité de directeur, au sein de la société J_____, à compter du 15 septembre 2003, ce dont il a averti ses ex-employeurs.

Pour la période du 15 septembre au 31 octobre 2003, il a reçu, dans ce cadre-là, une rémunération de fr. 11'081,20.

d) Dans son mémoire de réplique, T_____ a, notamment, amplifié sa demande en réclamant les sommes de fr. 50'000.— et de fr. 20'000.— au titre, respectivement, d'indemnité contractuelle de résiliation et d'intéressement au bénéfice pour l'exercice 2002-2003. Il a, par ailleurs, réclamé l'établissement d'un certificat de travail circonstancié et prié le Tribunal de lui donner acte de ce qu'il avait bénéficié d'une rémunération de fr. 11'081.20 entre le 15 septembre et le 31 octobre 2003.

A l'appui de ses nouvelles conclusions, T_____ expliquait, notamment, d'une part, que la résiliation du contrat étant un congé-modification de l'employeur, il était fondé à réclamer l'indemnité contractuelle prévue et, d'autre part, qu'au vu des résultats intermédiaire du *cash flow*, l'objectif fixé ne pouvait qu'avoir été atteint.

e) Dans leur mémoire de duplique, E_____ SA et D_____ SA ont conclu au déboutement de leur ex-employé de toutes ses conclusions, sous réserve qu'il leur soit donné acte qu'un certificat de travail circonstancié serait établi à l'issue de la procédure en faveur de l'intéressé.

Sur demande reconventionnelle, elles ont conclu à ce que T_____ soit condamné à leur payer une somme de fr. 105'104.55, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2003, soit :

- fr. 18'475.90 au titre de remboursement de salaires ;
- fr. 30'415.10 au titre de remboursement du compte-courant débiteur ;
- fr. 43'785.55 au titre de remboursement des frais personnels ou injustifiés ;
- fr. 6'000.— au titre de remboursement des frais de téléphone ;
- fr. 6'428.— au titre de remboursements des traitements perçus par l'employé auprès de tiers.

A l'appui de leurs prétentions, E_____ SA et D_____ SA ont expliqué, en substance, que T_____ avait bénéficié sans droit de divers montants qui devaient, par conséquent, leur être restitués.

f) Dans son mémoire de réponse, T_____ a reconnu devoir les montants de fr. 3'000.— au titre de remboursements de frais pour des communications téléphoniques privées et de fr. 1'898.50 au titre de montants perçus pour son activité professionnelle.

g) Lors de l'audience du 22 janvier 2004, les parties ont maintenu leurs conclusions respectives et T_____ a indiqué que le remboursement d'un prêt de fr. 44'950.—, plus intérêts, devait être ajouté à ses prétentions. Il a, par ailleurs, retiré ses conclusions relatives au versement d'un intéressement de fr. 20'000.—.

h) Le Tribunal a procédé à l'audition de plusieurs témoins dont les déclarations seront reprises dans la mesure utile ci-dessous dans la partie En droit.

i) Lors de l'audience du 19 février 2004, T_____ a déposé des « conclusions finales » qui portaient, en fin de compte (« *prétentions finales* »), d'une part, sur le paiement de fr. 80'290.50 à titre d'indemnité de licenciement abusif, de fr. 50'000.— au titre d'indemnité de départ et de fr. 44'950.— au titre de remboursement d'un solde de prêt et, d'autre part, sur l'établissement d'un certificat de travail circonstancié. Il a, par ailleurs, reconnu devoir un montant de fr. 28'921.40 au titre de remboursement de son compte-courant et de fr. 6'228.55 au titre de remboursement de frais personnels, y compris fr. 3'000.— pour des appels téléphoniques privés et fr. 1'895.50 pour des déplacements.

Ses parties adverses ont confirmé leurs conclusions et expliqué que la relation avec leur ex-employé avait été excellente dans un premier temps mais qu'elle s'était dégradée dès l'année 1997/1998. Elles ont ajouté reconnaître devoir la somme de fr. 44'950.- au titre de prêt, plus intérêts.

j) Par jugement rendu suite à l'audience de délibération du 25 mars 2004, notifié aux parties par pli recommandé du 5 juillet 2004, le Tribunal des prud'hommes a, préalablement, déclaré irrecevables les conclusions de T_____ sur demande principale et additionnelle à l'encontre de D_____ SA, a pris acte de ce que E_____ SA s'engageait à établir et remettre un certificat de travail circonstancié en faveur de T_____, l'y condamnant en tant que de besoin, et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Sur demande reconventionnelle, les premiers juges ont condamné T_____ à payer à E_____ SA la somme de fr. 39'679.45 net, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2003, à titre de remboursement : du compte courant de T_____ (fr. 28'921,40), de frais de téléphone privés (fr. 3'000.-) et de montants reçus lors de conférence données à des tiers durant son emploi (fr. 6'428.-). Il ont également condamné T_____ à établir et à transmettre à E_____ SA le décompte de toute activité rémunérée qu'il avait pu exercer durant ses heures de travail pour le compte de la société et pour lesquelles il avait été rémunéré, déboutant les parties de toutes autres conclusions.

C. a) Par acte déposé au greffe de la Cour de céans le 5 août 2004, T_____ appelle de ce jugement en tant qu'il l'a débouté de ses conclusions en paiement de fr. 50'000.— au titre d'indemnité conventionnelle pour rupture des rapports de travail et de fr. 44'950.— au titre de rémunération spéciale, sollicitant pour le surplus la confirmation dudit jugement.

b) Dans leurs écritures responsives du 18 octobre 2004, E_____ SA et D_____ SA concluent, préalablement, à ce qu'il leur soit donné acte de ce qu'elles s'en rapportent à justice quant à la compétence de la juridiction prud'homale pour statuer sur le contrat de prêt partiaire, et, pour le surplus, au déboulement de T_____ de toutes ses conclusions d'appel.

Formant appel incident, les intimées concluent à ce que T_____ soit condamné à payer à « E_____ » la somme de fr. 18'475.90, avec intérêts à 5 % dès le 15 août 2003 et, pour le surplus, à la confirmation du jugement entrepris.

c) Dans son mémoire de réponse à l'appel incident du 18 novembre 2004, T_____ conclut, préalablement, à ce qu'il soit autorisé à prouver par témoins la réalité des faits invoqués, en particulier qu'il n'avait développé avant le 15 septembre 2003 aucune activité susceptible d'être assimilée à une activité professionnelle pour son nouvel employeur, et, sur le fond, au déboulement de ses parties adverses de toutes leurs conclusions.

d) Lors de son audience du 10 janvier 2005, la Cour de céans a procédé à l'audition de trois témoins.

K_____, opticien, a confirmé la teneur du courrier qu'il avait adressé le 10 novembre 2004 à T_____, dans lequel il indiquait avoir eu, dans le courant du mois de juin 2003, un entretien avec ce dernier au sujet d'une collaboration future en matière de lentilles de contact et des places de travail disponible dans le domaine de l'intéressé à Genève.

L_____, opticien, a également confirmé le contenu de l'attestation qu'il avait établie le 9 novembre 2004 et dans laquelle il déclarait avoir eu un entretien professionnel, à la mi-juin 2003, avec T_____ qui, à cette époque, étudiait différentes propositions « afin de reconstruire son avenir professionnel » ; au cours de cet entretien, ils avaient évoqué, très concrètement, un projet commun, qui finalement n'avait pas abouti. Le témoin a précisé que les différents projets évoqués avec T_____ n'avaient pas été suivis d'effet car, à son avis, ce dernier avait donné la préférence à d'autres projets qu'il avait en vue.

Enfin, M_____, a également confirmé l'attestation qu'il avait signée le 10 novembre 2004, dans laquelle il indiquait que T_____ n'était jamais intervenu dans la conception du centre de chirurgie réfractive « N_____ », projet qui s'était concrétisé en 2003, mais que, en juin et juillet 2003, il avait eu des contacts avec l'intéressé, qu'il avait été envisagé d'accueillir dans leur structure, avec

spécialisation en contactologie, de sorte qu'avait été créée, à cet effet, « J_____ », en vue de l'accueillir dans les locaux et lui permettre de jouir des installations de « N_____ ».

Le témoin a précisé avoir eu personnellement les premiers contacts avec T_____ en mai 2003, puis, en juillet et août 2003, plusieurs entretiens « sporadiques » avec l'intéressé pour la commande de matériel de « J_____ ». Il avait été également question d'un « *business plan* » qui avait été présenté à fin septembre et obtenu à fin octobre 2003. M_____ a confirmé que T_____ n'avait commencé son activité que le 15 septembre 2003, précisant que l'autorisation d'exploiter « J_____ » avait été demandée dans le courant du mois de septembre 2003 et obtenue au début de l'année 2004, les locaux n'étant pas utilisables avant le 15 septembre 2003. Il a indiqué qu'en fait c'était la société O_____, dont il était l'administrateur, qui avait « piloté » la mise en place et la gestion de la société ainsi que la recherche de financement. Par ailleurs, le témoin a déclaré que les modalités contractuelles définitives concernant l'engagement de T_____ avaient été prises au mois d'août 2003, précisant que, si au mois de juillet 2003, l'intéressé avait été inscrit en qualité de directeur de la société, c'était « pour des besoins de demande d'autorisation et pour avoir une personne répondante au sein de celle-ci ».

EN DROIT

1. Interjetés dans la forme et délai prévus par les art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci après : LJP), les appels tant principal qu'incident sont recevables.

2. Le Tribunal des prud'hommes a estimé que seule E_____ SA avait la qualité d'employeur de T_____ et que tel n'était pas le cas de D_____ SA, de sorte qu'il a déclaré irrecevables les conclusions prises par T_____ à l'encontre de cette dernière société.

Les parties ne remettent pas en cause la décision des premiers juges sur ce point, de sorte que seule sera désormais considérée comme intimée et appelante incidente E_____ SA.

3. 3.1. Les premiers juges ont considéré n'avoir pas la compétence *ratione materiae* pour connaître de la question du solde de fr. 44'950.— que E_____ SA a reconnu devoir à T_____ dans le cadre de la convention de prêt conclue le 17 juillet 1996 entre les deux parties ainsi que B_____, en sa qualité d'actionnaire. A cet égard, le Tribunal a considéré que les rapports entre les parties ne se trouvaient pas dans un lien de connexité si étroit avec le contrat de travail qu'il s'imposait à une juridiction unique de décider de l'ensemble de l'affaire, le seul fait que ledit contrat de prêt ait

été signé à l'occasion du rapport de travail entre les parties n'étant en soi pas suffisant, de sorte qu'il n'existait aucune attraction de compétence en faveur de la juridiction des prud'hommes ; ainsi, seules les juridictions ordinaires demeuraient compétentes pour traiter de cette question, même si l'ex-employeur de T_____ avait reconnu devoir le montant réclamé par celui-ci, au titre de remboursement dudit prêt.

3.2. Alors que sa partie adverse s'en est rapportée à justice sur ce point, T_____ conteste l'appréciation du Tribunal des prud'hommes à cet égard, faisant valoir, notamment, que la convention de prêt du 17 juillet 1996 comportait un « mécanisme à deux étages » réunissant un prêt de l'employé (susceptible d'échapper éventuellement à la compétence des juridictions prud'homales) doublé de la « rémunération spéciale » de l'employeur, qui, elle, constituait « sans conteste » un aspect exclusif du droit du travail, ressortant de la compétence de la juridiction des prud'hommes. L'appelant se prévaut également du fait que tous les termes de la convention précitée relèvent explicitement des rapports de travail, que ce montant de fr. 44'950.— a été reconnu exact et dû par E_____ SA dans le cadre de la procédure. Il relève également que, dans le cas « fort possible », où le Tribunal de première instance s'estimait également incompétent *ratione materiae* pour connaître de ce volet des relations entre les parties, il se retrouverait dans un conflit négatif de compétence, et, partant, « en situation intolérable de déni, de justice formel ».

3.3. La « *Convention de rémunération spéciale* » du 17 juillet 1996 a été conclue dans le cadre du contrat de travail liant les parties et les prêts qui en font l'objet sont manifestement liés audit contrat. En effet, à teneur des art. 1 et 3 de la convention précitée, le montant que l'employé prêtait à l'employeur lui était restitué en cas de départ de l'entreprise et la somme prêtée par l'employeur à l'employé était payée à ce dernier s'il quittait la société, la moitié à son départ et le solde 6 mois plus tard. Par ailleurs, B_____, en sa qualité d'actionnaire de la société, apparaît n'avoir été partie à la convention susmentionnée que pour garantir le paiement du montant du prêt accordé par E_____ SA à son employé.

Même si, avec le Tribunal, l'on admettait que les prêts susmentionnés ne se trouvent pas dans un rapport de connexité si étroit avec le contrat de travail conclu par les parties au point d'imposer à une juridiction unique de connaître de l'ensemble de l'affaire, obliger, pour cette seule raison, l'appelant à s'adresser aux instances civiles ordinaires afin d'obtenir une décision judiciaire concernant des montants que son ex-employeur a expressément reconnu lui devoir dans le cadre de la présente procédure, qui plus est sans s'opposer à ce que cette question soit traitée par les juridictions prud'homales, relève d'un formalisme excessif qu'aucun intérêt public ou privé ne justifie.

Dès lors, il sera donné acte à l'intimée de ce qu'elle reconnaît devoir à son ex-employé la somme nette de fr. 44'950.—, avec la clause de condamnation usuelle en la matière, clause qui englobera également les intérêts réclamés par T_____ calculés en tenant compte des échéances mentionnées à l'art. 3.1 de la convention du 17 juillet 1996 précitée.

Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé sur ce point.

4. 4.1. Le Tribunal des prud'hommes a considéré que l'indemnité contractuelle de fr. 50'000.— pour rupture des rapports de travail réclamée par T_____ à son ex-employeur, figurant à l'art. 9 du contrat ayant lié les parties, constituait une peine conventionnelle limitant la liberté de congé des parties prévue à l'art. 335 al. 1 CO, soit une disposition absolument impérative (art. 361 CO), de sorte qu'une telle clause était illicite, et, partant, nulle.

4.2. Selon l'appelant, qui fait valoir à cet égard une argumentation nouvelle en appel, la clause pénale prévue par les parties s'inscrivait dans le contexte du prêt dont lui était redevable son employeur selon la « *Convention de rémunération spéciale* » du 17 juillet 1996 et servait à être compensée avec le montant de l'indemnité de départ de fr. 50'000.— figurant dans la convention « d'intéressement aux bénéficiaires des sociétés A_____ et E_____ SA » du 8 février 1997. Ainsi, selon l'appelant, il n'était pas véritablement menacé de devoir payer le montant de fr. 50'000.— à titre d'indemnité pour rupture des rapports de travail dès le 1^{er} janvier 1999 s'il avait lui-même choisi de résilier le contrat.

Pour sa part, l'intimée fait notamment valoir que la procédure avait montré que l'appelant refusait systématiquement de se conformer aux instructions de son ex-employeur visant à former la relève familiale, qu'il n'avait eu de cesse d'émettre des prétentions financières infondées en droit et économiquement au regard de la marche des affaires et de la nécessité de pouvoir augmenter les salaires des autres collaborateurs de l'entreprise, que l'intéressé n'avait « pas été exemplaire » et n'avait pris aucune mesure concrète pour sauver la société, de sorte que, forte de ce constat, elle n'avait eu d'autre choix, afin d'assurer sa pérennité, que de reconsidérer le statut de l'appelant au sein de celle-ci, ce qui avait été fait par courrier du 22 avril 2003 ; dès lors, si T_____ eût voulu provoquer son propre licenciement pour pouvoir tirer partie de la clause pénale, il ne s'y serait pas pris différemment. L'attitude de l'appelant sur ce point était ainsi constitutive d'un abus de droit, sanctionné par l'art. 2 al. 2 CCS.

4.3. Le montant de fr. 50'000.—, payable, à teneur de l'art. 9 du contrat de travail liant les parties, par celle qui « rompt le contrat à l'autre dès les 30 jours dès la dénonciation », constitue une clause pénale prévue à l'art. 160 CO. Selon cette disposition, lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue (al. 1), et ce même s'il n'a subi aucun dommage (art. 161 al. 1 CO).

Le but d'une telle clause est, notamment, de faire pression sur le co-contractant afin qu'il exécute son obligation (TERCIER, *Le droit des obligations*, 1966, p. 176 ; *Commentaire romand du CO*, MOOSER, des arrhes, du dédit, p. 863).

En l'occurrence, la clause litigieuse conclue par les parties tendait à la préservation du lien contractuel qui les unissait depuis plusieurs années, comme l'appelant l'admet du reste lui-même.

Une peine conventionnelle est toutefois nulle lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite (art. 163 al. 2 CO). En matière contractuelle, il y a notamment illicéité lorsque le contenu d'un contrat ou d'une clause contractuelle est contraire au droit positif suisse, fédéral ou cantonal, plus spécifiquement lorsqu'il contrevient à la lettre ou au but d'une disposition légale (ATF 119 II 222, 224, JT 1994 I 598) ou à des normes impératives (JAR 1994 p. 227).

De même, le Tribunal fédéral a déclaré nulle une clause contractuelle visant à éluder le droit de révocation dans un contrat de mandat (ATF in JT 1980 I 84).

Un contrat de durée indéterminée, tel celui signé par les parties en l'espèce, peut être résilié par chacune d'elles (art. 335 al. 1 CO). Cette disposition est absolument impérative (art. 361 CO) et consacre le principe de la liberté congé en droit suisse (ATF 121 III 60, 102 I a 533, JT 1978 I 647 en relation avec la liberté de résiliation incluse dans la liberté contractuelle en général).

C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a retenu que l'art. 335 al. 1 CO visait à permettre aux co-contractants de mettre fin, en respectant certaines conditions, à leur relation, cette protection minimale imposée par la loi, ne pouvant être réduite par des accords contraires. Il faut également admettre, avec les premiers juges, que de la liberté de congé découle également le principe de l'égalité des parties devant la résiliation, lesdites parties devant ainsi pouvoir mettre fin au contrat librement et dans des conditions semblables ou, en d'autres termes, sans que des éléments viennent empêcher l'une d'elles de prendre cette décision.

N'est pas davantage critiquable l'application par les premiers juges de ces principes au cas d'espèce, notamment s'agissant de la capacité financière des parties et du montant de la clause litigieuse, de même que la conclusion qu'ils en ont tiré, à savoir que ladite clause devait être considérée comme nulle dans la mesure où elle limitait la liberté de congé des parties, et, partant, qu'elle était contraire à l'art. 335 al. 1 CO de nature impérative. En effet, le montant de la peine conventionnelle litigieuse équivalait à 4 mois de salaire de base de T_____, ce qui constituait une entrave sérieuse à sa liberté de résiliation, la même constatation devant être faite à propos de son employeur qui, à l'époque, connaissait de sérieuses difficultés financières, comme cela résulte des témoignages de P_____ (PV d'enquêtes du 22.01.2004, p. 11-12), qui a procédé à l'audit des sociétés à fin 2002, et de Q_____ (PV d'enquêtes du 22.01.2004, p. 12-13), expert-comptable et réviseur des comptes desdites sociétés, qui a indiqué que la situation de l'entreprise était « préoccupante », en raison d'une baisse du chiffre d'affaires, et ceci même si la situation comptable pouvait paraître saine au regard des critères légaux.

C'est en vain que T_____, dans une argumentation d'appel nouvelle, tente de lier la clause conventionnelle litigieuse au contrat de prêt partiaire du 17 juillet 1996, aucun élément du dossier n'asseyant son argumentation à ce sujet.

Dès lors, le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

5. Il en sera de même en ce qui concerne l'appel incident formé par E_____ SA.

L'intimée soutient que c'est à tort que le Tribunal n'a pas retenu que les salaires qu'elle avait versés à T_____ du 16 juillet au 15 septembre 2003, à hauteur de fr. 18'475.90, l'avaient été indûment, l'intéressé ayant intentionnellement renoncé, au sens de l'art. 337c al. 2 CO, à percevoir, durant cette période, une rémunération de la part de son futur employeur, la société J_____, constituée le 16 juillet 2003, pour laquelle il avait développé une activité, en sa qualité de directeur de celle-ci, jusqu'à son ouverture, à mi-septembre de la même année.

Or, les enquêtes effectuées sur ce point devant la Cour de céans, en particulier le témoignage de M_____, n'ont pas permis d'établir que T_____ avait, durant la période incriminée, exercé une activité susceptible d'être rémunérée par son futur employeur, et que, partant, il avait intentionnellement renoncé à percevoir un revenu. Le témoin précité a, en effet, déclaré qu'avant de commencer son activité le 15 septembre 2003, T_____ avait eu divers entretiens avec lui, notamment pour la commande de matériel de la société, et que c'était la société O_____ qui avait « piloté » la mise en place et la gestion de celle-ci ainsi que la recherche de financement. Par ailleurs, l'autorisation d'exploiter J_____ n'avait été demandée que dans le courant du mois de septembre 2003 et avait été obtenue au début de l'année 2004, les locaux n'étant pas utilisables avant le 15 septembre 2003 et les modalités contractuelles définitives s'agissant de l'engagement de T_____ ayant été prises au mois d'août 2003.

6. A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, les indemnités aux témoins ainsi que l'émolument de mise au rôle sont mis à la charge de la partie qui succombe.

En tant qu'il succombe dans toutes ses conclusions d'appel contestées par sa partie adverse, T_____ supportera l'émolument de mise au rôle de fr. 800.- qu'il a payé ainsi que l'indemnité de fr. 70.- versée au témoin L_____ cité à comparaître à sa demande.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevables les appels tant principal qu'incident, interjetés respectivement par T_____ et E_____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes suite à la délibération du 25 mars 2004, notifié le 5 juillet 2004, dans la cause C/13467/2003 – 1.

Au fond :

1. Statuant sur appel principal :

1.1. Annule le jugement entrepris en tant que le Tribunal des prud'hommes s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître des prétentions de T_____ en paiement, au titre de « rémunération spéciale », de la somme nette de fr. 44'950.-, avec intérêts.

Et statuant à nouveau sur ce point :

Se déclare compétent *ratione materiae* pour connaître de ces prétentions.

Donne acte à E_____ SA de ce qu'elle reconnaît devoir payer à T_____ la somme nette de fr. 44'950.-.

L'y condamne en tant que de besoin ainsi qu'à verser à T_____ des intérêts à 5% l'an : dès le 1^{er} novembre 2003 sur la somme de fr. 22'475.- ; dès le 1^{er} mai 2004 sur la somme de fr. 22'475.-.

1.2. Déboute T_____ de toutes ses autres conclusions.

1.3. Laisse à sa charge l'émolument de mise au rôle qu'il a payé.

Condamne, en outre, T_____ à payer à l'Etat de Genève, soit aux Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de fr. 70.- à titre de remboursement d'indemnité versée à témoin.

2. Statuant sur appel incident :

Déboute E_____ SA de toutes ses conclusions.

3. Confirme, pour le surplus, le jugement entrepris.

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président