



Monsieur T _____
Dom. élu : Me Michel HALPERIN
Avenue Léon-Gaud 5
1206 GENEVE

E _____ SARL
Dom. élu : Me Mourad SEKKIOU
Rue Toepffer 11bis
1206 GENEVE

Parties appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du jeudi 2 septembre 2005

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Thierry ULMANN et Jean-Claude MARTEAU, juges employeurs

Mme Afef LAOUITI FLEURY et M. Michel DEDERDING, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte du 6 août 2004, T_____ appelle du jugement rendu suite à la délibération du lundi 29 mars 2004 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 8 juillet 2004.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) E_____ SARL est une société à responsabilité limitée dont le siège est à Genève et dont le but social est des activités de réalisation, de développement et de prestations de services dans les domaines de l'informatique, de la télécommunication, des réseaux et d'Internet ainsi que la vente de matériel et de logiciels informatiques, le conseil en entreprise et la formation.

Le 12 octobre 1999, E_____ SARL a engagé T_____ en qualité d'informaticien, pour une durée indéterminée.

Le 21 février 2002, E_____ SARL a ouvert une succursale à Lausanne et a chargé T_____ de sa gestion sur la base d'un nouveau contrat de travail au 1^{er} juin 2002 moyennant un salaire mensuel brut de 10'800 fr. versé douze fois par an. Cette succursale ne possédait pas de locaux propres, le contrat précisant que le lieu de travail de T_____ était à son domicile. Au sein de cette succursale, T_____ était plus spécifiquement chargé de la sécurité informatique.

Le contrat indiquait encore que l'employeur devait mettre à disposition de l'employé un logement de fonction d'au moins quatre chambres pour un loyer maximum de 2'800 fr. par mois retenu directement sur son salaire. Selon ce contrat, la durée hebdomadaire de travail était 42 heures réparties sur 5 jours et 15 jours ouvrables par mois (art. 4.1). Il prévoyait aussi que T_____ avait droit à 15 jours ouvrables de vacances par an (art. 5.1). Les conditions particulières signées le même jour prévoyaient quant à elles que T_____ pouvait disposer de 5 jours supplémentaires de vacances par mois (art. 3.1).

Enfin, le délai de congé était fixé, après le temps d'essai, à un mois net pendant la première année d'engagement, à deux mois nets de la deuxième à la neuvième année d'engagement et à trois mois nets ultérieurement.

b) Du 26 septembre 2002 au 11 janvier 2003, T_____ a été en arrêt de travail pour cause de maladie. Il était au bénéfice d'un certificat médical.

Par lettre du 18 octobre 2002, T_____ a interpellé les deux associés gérants d'E_____ SARL, A_____ et B_____, au sujet de leur intention de liquider prochainement la société. Il sollicitait de leur part une prise de position sur les points suivants : la date effective de la rupture de son con-

trat, la garantie que la société soit à même d'honorer l'ensemble de ses engagements financiers à son égard, la manière dont la société entendait gérer la restitution des éléments mis à sa disposition, dont le logement et une voiture de fonction.

Dans le même courrier, T_____ a demandé la radiation immédiate au registre du commerce de son inscription en qualité de gérant avec signature individuelle d'E_____ SARL aux motifs qu'il avait appris de A_____ que le salaire de celui-ci avait été doublé dès le 1^{er} août 2002, d'une part, et, d'autre part, l'intention de A_____ de liquider la société.

En réponse, A_____ a indiqué, au nom d'E_____ SARL, que la décision d'arrêter l'activité d'E_____ SARL avait été prise conjointement par B_____, T_____ et lui-même, faute de meilleure solution. Il a aussi précisé qu'il n'entendait pas décharger T_____ de ses fonctions de gérant. Il lui a demandé de trouver un repreneur pour la voiture de fonction et de décider s'il voulait reprendre l'appartement de fonction à son nom ou, à défaut, devait en donner la dédite auprès de la régie jusqu'au 31 octobre 2002, pour le 31 janvier 2003.

Le 29 octobre 2002, une société du nom de C_____ SARL avec siège à D_____ a été inscrite au registre du commerce de F_____. A_____ en était l'associé principal et le gérant. Les buts de cette nouvelle société étaient identiques à ceux d'E_____ SARL.

Par courrier du 30 octobre 2002, E_____ SARL a demandé une résiliation anticipée du bail de l'appartement de fonction pour le 31 janvier 2003, l'échéance initiale prévue par le contrat étant le 1^{er} avril 2004.

La régie gérant l'appartement de fonction a confirmé, par courrier du 4 décembre 2002, l'entretien oral qu'elle avait eu avec T_____ le jour même, par lequel il s'était engagé à quitter l'appartement pour le 15 décembre 2002. Un état des lieux a été fixé au lundi 16 décembre 2002.

Par courrier du 24 décembre 2002, T_____, par l'intermédiaire de son conseil, a sommé E_____ SARL de lui verser ses salaires des mois de novembre et décembre, avec un délai au 31 décembre 2002. Par ailleurs, il a, à nouveau, demandé des précisions sur l'avenir de la société et le traitement réservé à la clientèle de celle-ci. Enfin, il a demandé la cessation des pressions dont il se disait l'objet, tant directement qu'indirectement au travers de sa compagne et de son ex-épouse, visant à lui faire renoncer à ses droits d'employé et de gérant.

c) Par courrier du 27 décembre 2002, E_____ SARL a informé T_____ de la résiliation de son contrat pour le 28 février 2003.

Par courrier du 22 janvier 2003, E_____ SARL a résilié le contrat de travail de T_____ avec effet immédiat. Quatre motifs étaient

invoqués :

- le fait que T_____ avait posté un certificat de reprise du travail le 21 janvier, fait le 17 janvier et indiquant une pleine capacité de travail possible dès le 12 janvier 2003, sans avoir pris contact avec E_____ SARL pour reprendre son travail;
- les accusations jugées diffamatoires envers A_____ apparaissant dans le courrier du 24 décembre 2002;
- une fausse déclaration médicale de T_____;
- le fait que T_____ aurait travaillé à cent pour-cent durant son arrêt maladie.

Par courrier du 24 janvier, T_____ a contesté la résiliation ordinaire du contrat de travail du 27 décembre 2002 en indiquant que celle-ci était abusive, voire nulle, en raison de son incapacité de travail qui a duré jusqu'au 12 janvier 2003. Il a également contesté la résiliation immédiate du 22 janvier 2003, en rejetant les motifs invoqués.

En réponse du 31 janvier 2003, E_____ SARL a déclaré maintenir son licenciement ordinaire du 27 décembre 2002 pour le 28 février 2003. En revanche, par gain de paix, la société a annulé son licenciement immédiat du 22 janvier 2003. En conséquence, E_____ SARL a demandé à T_____ de prendre contact téléphoniquement avec A_____ le 3 février 2003, afin de définir son activité pour ce dernier mois de travail.

Par document manuscrit du 10 février 2003, A_____ a indiqué avoir annoncé à T_____ qu'il devait prendre ses vacances restantes dès le 11 février 2003. Ce document est contresigné par T_____.

d) Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 25 août 2003, T_____ a assigné E_____ SARL en paiement de fr. 98'514.70, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 28 février 2003. Ladite somme se décompose comme suit :

- fr. 21'600.- à titre de salaires des mois de janvier et février 2003;
- fr. 32'400.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif;
- fr. 32'400.- à titre d'indemnité pour atteinte à la personnalité;
- fr. 12'114.70 à titre d'arriérés de vacances.

T_____ demande également la remise d'un certificat de travail.

Selon la demande, l'indemnité pour licenciement abusif est fondée sur la cessation de toute activité dans une société saine pour en fonder immédiatement une nouvelle ayant exactement le même but social. Toujours selon cette demande, l'atteinte à la personnalité résulterait de l'incertitude dans laquelle vivait T_____ quant à son emploi dès le mois de septembre 2002, mais

également des pressions dont T_____ et sa compagne ont fait l'objet de la part de A_____ qui visaient à lui faire renoncer à ses droits vis-à-vis d'E_____ SARL. A ce sujet, il est précisé que T_____ entretenait une relation avec la sœur de A_____ depuis l'été 2000. Ce fait aurait induit le comportement malveillant de ce dernier envers T_____.

Enfin, l'indemnité pour arriérés de vacances est basée sur un total de 8 semaines de vacances moins 3 semaines et un jours que T_____ admet avoir pris pendant la période concernée - soit 4 jours de vacances en 2001, 4 jours en 2002 - en dehors de ses 5 jours mensuels consacrés à sa charge parentale, et 2 semaines en 2003.

Par la suite, T_____ a amplifié sa réclamation d'un montant de fr. 1'400.- à titre de remboursement de la moitié de sa part du loyer du mois de décembre 2002. En conséquence, la somme réclamée est de fr. 99'914.70 avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2003.

T_____ a affirmé avoir travaillé pour E_____ SARL immédiatement après sa période de maladie, soit dès le 12 janvier 2003. Selon lui, il a effectué son travail, relatif à la sécurité informatique, à domicile. Enfin, il a indiqué qu'il n'avait pas fait, à proprement parler, l'objet de harcèlement, mais plutôt de pressions de la part de A_____ visant à le déstabiliser pour l'inciter à ne pas aller plus loin.

e) E_____ SARL a rejeté toutes les conclusions de T_____ et a déposé une demande reconventionnelle.

Concernant les arriérés de salaire, E_____ SARL a estimé avoir rempli ses obligations en payant le salaire de T_____ jusqu'à fin décembre 2002. Elle s'est appuyée sur "l'échelle bernoise" qui prévoit un droit au salaire de deux mois pendant la troisième et la quatrième année de service. Au surplus, elle a précisé que l'assurance perte de gain avait pris en charge les salaires jusqu'au 31 décembre 2002, mais qu'elle avait refusé les versements après cette date car T_____ n'aurait pas voulu lui retourner la proposition d'assurance qui lui avait été adressée pour un transfert en assurance individuelle.

Concernant les arriérés de vacances, E_____ SARL a précisé que T_____ était libre, en sa qualité de gérant de la société, d'organiser son emploi du temps et de prendre ses vacances en fonction de son activité et des besoins des clients dont il avait la charge, ce sans en référer aux autres gérants. E_____ SARL a allégué que T_____ avait pris plus de vacances que celles autorisées, en produisant dans son chargé les factures clients relatives aux travaux de T_____. Ces factures indiquaient 12 jours de travail en août 2001, 17 jours en septembre 2001, 20 jours en octobre 2001, 23 jours en novembre 2001, 11 jours en décembre 2001, 21 jours en janvier 2002, 13 jours en février 2002, 10 jours en mars 2002, aucun jour en avril 2002, 2 jours

en mai 2002, 4 jours en juin 2002, 20 jours en juillet 2002, 15 jours en août 2002 et 14 jours en septembre 2002. Enfin, il avait encore pu prendre 17 jours de vacances en février 2003, durant lesquels il aurait par ailleurs travaillé pour un autre employeur.

La demande reconventionnelle portait sur :

1. la restitution d'une caméra numérique appartenant à E_____ SARL ou, à défaut, sa valeur d'acquisition, soit fr. 2'075.- avec intérêts à 5% l'an dès le 2 avril 2001. Selon E_____ SARL, T_____ avait acheté la caméra le 2 avril 2001 et elle lui a été remboursée le 22 février 2002. E_____ SARL a produit la facture d'achat et la note de frais sur laquelle est indiquée le remboursement.
2. Le remboursement des frais de remise en état, d'électricité et de loyers impayés de l'appartement de fonction, soit :
 - fr. 3'591.75 avec intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2002, à titre de frais de réparation et de nettoyage selon le décompte établi par la régie de l'appartement de fonction lors de l'état des lieux de sortie de T_____ le 16 décembre 2002, retenu sur le dépôt de garantie de l'appartement;
 - fr. 482.15 avec intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2002, à titre de frais d'électricité impayés selon un rappel du 20 mai 2003 concernant une facture du 4^{ème} trimestre 2002;
 - fr. 2'800.- avec intérêts à 5% l'an dès le 31 janvier 2003, à titre de part de loyer du mois de janvier 2003;
 - fr. 2'800.- avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2003, à titre de part de loyer du mois de février 2003.

E_____ SARL a souligné que T_____ ne l'avait pas appelé pour convenir d'un rendez-vous, tel qu'il le lui était demandé dans sa lettre du 31 janvier 2003. C'est finalement après un appel d'E_____ SARL le 6 février, qui ont été suivis de deux rendez-vous, les 7 et 10 février, qu'elle a proposé à T_____ de prendre son solde de vacances jusqu'à la fin du mois de février 2003. Concernant la caméra numérique, ce n'est qu'en récapitulant ses notes de frais que E_____ SARL s'est souvenue, au vu de celle du 22 février 2002, de son existence, raison pour laquelle elle n'avait pas demandé plus tôt la restitution de celle-ci.

f) T_____ a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles d'E_____ SARL.

Concernant la caméra numérique, il a indiqué l'avoir achetée, puis s'être fait rembourser par E_____ SARL. Toutefois, ce remboursement aurait été effectué à titre de bonus, laissant ainsi à T_____ la propriété de la ca-

méra numérique. La preuve de ce bonus apparaît selon lui par le fait que ce remboursement était intervenu seulement le 22 février 2002 alors que l'achat datait du 2 avril 2001 et par le fait qu'E_____ SARL n'avait pas demandé la restitution de cette caméra lors de la remise du reste du matériel le 22 avril 2003.

Par ailleurs, T_____ a considéré que les loyers de janvier et février 2003 ne pouvaient être mis à sa charge, car il n'a jamais été le locataire de l'appartement de fonction et au surplus, il avait suivi la volonté de E_____ SARL en quittant les lieux, laquelle ne devait plus prélever le loyer mensuel sur son salaire pour l'occupation de ce logement. T_____ a en outre allégué que le paiement des factures d'électricité incombait au locataire, soit à E_____ SARL. En outre, il a soutenu que la facture en question avait trait en réalité au 1^{er} trimestre 2002. Enfin, le remboursement des frais de remise en état de l'appartement avait été traité par l'assurance RC de T_____. En conséquence, il a invité E_____ SARL à s'adresser à cette dernière pour le remboursement des frais avancés.

g) Dans le cadre des enquêtes, les premiers juges ont entendu G_____ qui a indiqué avoir fait connaissance avec A_____ et T_____ dans le cadre de rapports commerciaux avec E_____ SARL, dans lesquels il agissait en tant que mandataire ou encore comme chef d'entreprise. Il a aussi expliqué qu'il avait été contacté par T_____ pour des conseils à propos de ses relations de travail. Dans un but de conciliation, il a organisé une rencontre entre A_____ et B_____ et T_____, à laquelle il a participé; une seconde rencontre a suivi, cette fois-ci en l'absence de B_____. Aucun accord n'a été trouvé, mais G_____ a, lors de la première rencontre, invité A_____ à cesser les pressions exercées sur T_____, lequel a répondu qu'il les regrettait mais qu'il n'avait pas l'intention d'aller au bout de ses menaces. Concernant la nature de ces pressions, G_____ a rapporté des propos de T_____ indiquant que l'une d'elle se concrétisait en l'intervention de A_____ auprès de sa sœur, soit la compagne de T_____, pour lui dire qu'il pourrait faire perdre à ce dernier ses droits sur ses enfants ou interférer dans sa procédure de divorce. G_____ ne sait pas quels pouvaient être les objectifs de A_____.

C. L'appelant conclut à la confirmation du jugement en tant qu'il condamne E_____ SARL à lui payer fr. 6'951.70 et fr. 1'400.- et l'annulation du jugement pour le surplus. Sur demande principale, il conclut à ce que E_____ SARL soit condamné à payer à T_____ :

- fr. 13'183.40 au titre d'arriérés de salaire pour les mois de janvier et février 2003, avec intérêts de 5% dès le 28 février 2003 ;
- fr. 32'400.- au titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts de 5% dès le 28 février 2003;

- fr. 32'400.- au titre d'indemnité pour atteinte à la personnalité, avec intérêts de 5% dès le 28 février 2003;
- fr. 12'114.70 au titre d'arriérés de vacances avec intérêts de 5% dès le 28 février 2003.

L'appelant réclame d'abord son salaire pour la période de maladie du 1^{er} au 12 janvier 2003 qui, selon lui, était à la charge de son employeur qui est seul responsable du non renouvellement de la couverture d'assurance.

L'appelant réclame ensuite son salaire pour la période du 12 janvier au 10 février 2003 en affirmant avoir travaillé à son domicile pendant cette période. Il réclame encore une indemnité pour ses arriérés de vacances.

L'appelant réclame également une indemnité pour licenciement abusif et pour atteinte à la personnalité. Selon l'appelant, les animateurs d'E_____ SARL ont délibérément décidé de mettre fin à aux activités de celle-ci en vue de créer une nouvelle entité sans lui. Ils ont en outre porté atteinte à sa personnalité en exerçant des pressions pour qu'il renonce à son droit à l'information et à s'opposer à son licenciement en réclamant une indemnité, ce qui a porté atteinte à sa santé psychique et physique.

Enfin, l'appelant conteste devoir rembourser les factures d'électricité de l'appartement de fonction pour le quatrième trimestre 2002. Selon lui, il appartenait à E_____ SARL, en tant que locataire de l'appartement, de s'acquitter du loyer et des charges de l'appartement.

Sur demande reconventionnelle, l'appelant soutient ne pas avoir à restituer la caméra numérique dont le paiement pas E_____ SARL correspond à un bonus.

- D. L'intimée conclut à la confirmation du jugement et au déboutement de l'appelant de toutes leurs conclusions.
- E. a) Lors de l'audience de comparution personnelle devant la Cour d'appel du 11 janvier 2005, A_____ a indiqué, pour E_____ SARL, avoir conclu un contrat d'assurance avec la L_____ pour couvrir le risque maladie et accident de l'ensemble de ses collaborateurs. Il indique aussi avoir résilié ce contrat pour le 31 décembre 2002 ce dont il aurait informé oralement T_____. Au moment de la résiliation des tractations étaient en cours avec la H_____. Selon A_____, T_____ était au courant de ces discussions.

Dans un premier temps, le collaborateur de la H_____ aurait indiqué que tout était en ordre. Par la suite, la H_____ aurait résilié la couverture concernant T_____ au motif que son questionnaire santé contenait des in-

formations inexactes.

Interrogé sur les motifs pour lesquels le refus de couverture de la maladie de T_____ n'apparaît par écrit pour la première fois que dans la lettre du 22 janvier 2003, A_____ a indiqué en avoir informé T_____ oralement avant le 31 décembre 2002 tout en admettant être incapable de l'établir documentairement.

A_____ a encore expliqué que la H_____ avait fait tenir à E_____ SARL la lettre de résiliation pour la L_____. Il a enfin indiqué que la H_____ couvrait, dès le 1^{er} janvier 2003, le personnel de C_____ SARL.

b) A_____ a expliqué qu'E_____ SARL n'avait pas d'infrastructures de bureau et le travail s'effectuait pour l'essentiel chez les clients et, pour partie, à domicile. Il a aussi admis qu'il découlait du contrat de travail liant E_____ SARL à T_____ que ce dernier devait « *définir, mettre en place, et gérer l'infrastructure nécessaire à la gestion des projets au sein de l'employeur* ». Selon A_____ une partie de son travail consistait en tâches administratives qu'il effectuait à son domicile. S'agissant de sa mise au courant de l'évolution technique, il l'a fait chez les clients.

T_____ a pour sa part expliqué que son domaine d'activité chez E_____ SARL était la sécurité informatique. Selon lui une partie de son activité consistait à se tenir au courant de la vulnérabilité des systèmes informatiques dont une partie s'effectuait à son domicile, notamment au moyen de la ligne téléphonique à haut débit financée directement par E_____ SARL et une autre partie chez le client. C'est précisément parce qu'une part de ses activités s'effectuait à son domicile privé qu'E_____ SARL supportait partiellement le loyer de son appartement à Lausanne. Durant la période du 12 janvier au 24 janvier 2003, il a travaillé à son domicile à se tenir au courant des vulnérabilités informatiques.

c) A_____ a expliqué que les coûts de fonctionnement d'E_____ SARL étaient extrêmement élevés, au point qu'à un moment donné, les revenus de cette dernière ne permettaient plus de payer les charges, notamment en raison des coûts salariaux et de fonctionnement de T_____. A_____ s'en est ouvert à T_____ afin de rechercher une solution en diminuant son salaire pour qu'E_____ SARL puisse survivre. T_____ s'est montré réticent aux changements et n'est pas entré en matière.

Selon A_____, C_____ SARL a été créée en raison des coûts de fonctionnement trop élevés d'E_____ SARL.

F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit"

ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), l'appel est recevable.

Il est établi que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce.

2. 2.1 Selon l'art. 324a al. 1 CO, qui est relativement impératif (art. 362 CO), durant une incapacité de travail non fautive, telle que la maladie, l'employeur doit verser au travailleur le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

La durée du droit au salaire est de trois semaines pendant la première année de service (art. 324a al. 2 CO), puis, conformément à l'échelle bernoise généralement appliquée à Genève, d'un mois dès la deuxième année de service (Aubert, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, vol. 4, p. 103).

2.2 L'employeur qui s'engage à mettre son employé au bénéfice d'une assurance individuelle ou collective contre la maladie répond de l'existence de la couverture promise. Il est tenu de réparer le préjudice qu'il cause au travailleur en omettant de conclure les contrats nécessaires. Les dommages-intérêts qui doivent être alloués de ce chef couvrent l'intérêt que l'employé avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail et correspondent aux prestations qu'il aurait reçues de la compagnie pour la réalisation du risque considéré (ATF 115 II 251 consid. 4b). Ce principe prévaut également dans le cas d'une couverture d'assurance moindre que celle promise (ATF du 11.9.95 publié in SJ 1996 p. 371) et pour toutes les négligences dont pourrait faire preuve l'employeur, tels que retard ou non versement des cotisations dues à l'assurance, annonce tardive des cas d'empêchement de travailler, etc. (Brunner, Buehler, Waeber, Commentaire du contrat de travail, n° 23 *ad* art. 324a CO).

2.3 Il ressort de la procédure que l'intimée s'était engagée contractuellement à couvrir par une assurance maladie et accident l'empêchement de travailler. Les circonstances exactes dans lesquels le contrat d'assurance avec la L_____ a été résilié et un nouveau contrat d'assurance avec la H_____ conclu n'ont pas été complètement élucidées, aucun document à ce sujet n'ayant été versé à la procédure.

De même, l'intimée n'a pas établi avoir dûment informé l'appelant avant le 31 décembre 2002 de la fin de la couverture d'assurance maladie et accident.

Enfin, l'intimée, qui supportait à cet égard le fardeau de la preuve selon l'art. 8 CC, n'a pas prouvé qu'une modification du chiffre 8.3 du contrat de travail était intervenue la dispensant désormais de souscrire un contrat d'assurance perte de gain.

Dans ces circonstances, la Cour considère, contrairement aux premiers juges, qu'il incombe à l'intimée de supporter le préjudice qui découle de la fin de la couverture d'assurance pour la période du 1^{er} au 12 janvier 2003.

3. 3.1 Pour la période du 12 au 10 février 2003, l'appelant indique avoir, dans un premier temps, travaillé à son domicile sur son ordinateur portable à se tenir au courant des vulnérabilités informatiques et ce conformément à son contrat de travail. Il indique aussi avoir restitué à l'intimée son ordinateur portable en avril 2003 de sorte qu'il n'est plus en mesure de prouver la réalité du travail effectué. L'appelant soutient encore s'être mis à disposition de l'intimée par courrier du 24 janvier 2003.

3.2 Le contrat de travail liant l'appelant à l'intimée stipulait, sous chiffre 6.1, que l'appelant travaillait à son domicile. Le chiffre 1.2 du même contrat indiquait que l'appelant était en charge du développement de produits informatiques dans le domaine de la sécurité.

Il ressort du certificat médical daté du vendredi 17 janvier 2003, envoyé par l'appelant à l'intimée le 21 janvier 2003, et reçu par cette dernière le 22 janvier 2003, que la capacité de travail de l'appelant est totale depuis le dimanche 12 janvier 2003, soit cinq jours avant l'établissement dudit certificat médical.

Faute d'autres éléments probants dans le dossier sur ce point, la Cour retiendra, s'agissant d'une incapacité de travail pour dépression, que la date précise de la fin de l'incapacité de travail résulte des indications données au médecin par l'appelant le 17 janvier 2003.

Il ressort aussi du dossier que, dès réception du courrier de l'intimée du 22 janvier 2003 soulevant la question de la reprise du travail, le conseil de l'appelant a réagi par lettre du 24 janvier 2003 en offrant de se présenter au jour et à l'heure indiquée dans les locaux de l'intimée pour accomplir l'activité qui lui serait désignée.

3.3 Dans ces circonstances, la Cour considère que l'appelant a, dans un premier temps, exécuté son travail à domicile conformément à son contrat de travail puis, dès connaissance de la position de l'intimée, valablement offert d'exécuter son travail conformément aux instructions qui lui seraient données par celle-ci. Il en découle que la rémunération est également due pour la période du 12 janvier au

10 février 2003.

4. 4.1 L'appelant réclame la somme nette de fr. 32'400.-, à titre d'indemnité correspondant à six mois de salaires, pour licenciement abusif.

4.1 Selon l'art. 336b, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (al. 1), si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (al. 2).

4.2 En l'espèce, les conditions de forme exigées par l'art. 336b CO ont été respectées par l'appelant, puisque ce dernier a contesté son congé - signifié le 27 décembre 2002 avec effet au 28 février 2003 et qu'il a déposé sa demande en justice dans le délai de 180 jours, soit le 25 août 2003.

4.3 En matière de contrat de travail, la loi en vigueur repose sur le principe de la liberté du congé. Chaque partie a le droit de résilier sans indication de motifs un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Elle doit cependant respecter les termes et délais, ainsi que les autres règles énoncées aux articles 336 et suivants CO.

Est abusif le congé donné par une partie pour un des motifs énumérés à l'article 336 alinéa 1 ou 2 CO. Par cette disposition, le législateur a voulu sanctionner le motif répréhensible du congé, le motif qui n'est pas digne de protection (Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1996, p. 53).

La liste d'éventualités énoncée à l'art. 336 al. 1 n'est pas exhaustive (ATF 123 III 251 = JT 1998 300), le recours à l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) étant toujours possible. Néanmoins, l'application de cette norme présuppose l'abus manifeste d'un droit, ce qui n'est pas requis dans le cadre de l'article 336 CO (ATF 111 II 242 = JT 1986 I 79; CAPH du 21 décembre 1993, cause N° III/177/93; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 336 N° 2 et N° 3 p. 337; Rehbindler, Berner Kommentar, ad art. 336 N° 10 p. 91).

4.4 La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC; ATF 123 III 246). La partie demanderesse doit alléguer et offrir un commencement de preuve d'un motif abusif de congé. De son côté, l'employeur ne saurait alors demeurer inactif; il doit apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF du 7 juillet 1994 en la cause 4P.334/1994; SJ 1993, p. 360; ATF 115 II 484, consid. 2b; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 16 ad art. 336 CO; SJ 1993, p. 360).

4.5 Concrètement l'appelant se plaint que les propriétaires de l'intimée aient décidé de mettre fin aux activités de cette dernière en vue de continuer lesdites activités au sein d'une nouvelle entité à laquelle l'appelant ne collaborerait pas. Selon l'appelant, ce comportement violerait les règles sur la concurrence déloyale.

L'appelant voit aussi un motif de licenciement abusif dans le fait que l'intimée lui a d'abord donné un congé ordinaire puis, par lettre du 22 janvier 2003, un congé immédiat qu'elle a rétracté par courrier du 31 janvier 2003. Selon l'appelant, une telle attitude dénoterait une incapacité d'avancer un réel motif de congé et serait constitutif d'abus de droit.

4.6 Il ressort tant de la lettre de l'appelant du 18 octobre 2002 - soit plus de deux mois avant le congé ordinaire donné par l'intimée du 27 décembre 2002 - que de la réponse non datée de l'intimée, qu'il avait été décidé d'un commun accord de cesser l'activité de l'intimée. Différentes mesures ont d'ailleurs immédiatement été prises à cette fin comme la résiliation du bail de l'appartement de l'appelant par courrier du 30 octobre 2002 à la régie dont l'appelant a eu connaissance le 11 novembre 2002. De plus, dans sa réponse au courrier du 18 octobre 2002, l'intimée proposait une rencontre pour discuter les différents détails à régler en vue de sa fermeture. Enfin, l'appelant a quitté le logement de fonction à mi-décembre 2002 déjà.

Il est admis par l'intimée que le congé a été donné en raison de la cessation de ses activités. Il n'est pas contesté non plus que cette cessation d'activité a été décidée pour des motifs économiques. En outre, l'appelant en était indiscutablement informé depuis mi-octobre 2002.

L'appelant n'explique pas en quoi il serait contraire à la concurrence loyale qu'un propriétaire d'une entreprise décide, conformément aux règles applicables à l'entité en question, de cesser l'activité de celle-ci pour fonder une nouvelle entité ayant le même but social.

La Cour considère que les éléments portés à la procédure n'ont pas établi que le licenciement de l'appelant était clairement dépourvu de justification économique.

Dans ces circonstances, le licenciement ordinaire de l'appelant, respectant le délai de congé, ne peut être tenu comme abusif.

C'est donc à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a débouté l'appelant de ses conclusions relatives au versement d'une indemnité à titre de licenciement abusif.

5. 5.1 Devant la Cour, l'appelant réclame une indemnité de fr. 32'400.- à titre de réparation du préjudice subi. Il fonde cette prétention sur l'art. 328 CO. Concrètement, l'appelant se plaint de l'incertitude quant à son emploi et des pressions

exercées sur sa compagne, entre-temps devenue son épouse, et sœur de A_____ visant selon lui à lui faire renoncer à son droit à l'information et à réclamer une indemnité à titre de licenciement abusif.

Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir pris en compte la chronologie des événements qui selon lui mettrait en évidence que les pressions sur sa compagne ont commencé après son courrier du 18 octobre 2002 et la lettre de licenciement est intervenue quelques jours après que son conseil ait demandé à l'intimée de cesser lesdites pressions. Toujours selon l'appelant, l'incertitude résultait aussi du fait que l'intimée, dans sa réponse à son courrier du 18 octobre 2002, n'avait pas indiqué la date à laquelle devait intervenir le licenciement.

5.2 Aux termes de l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Sans aller au-delà de ce que prévoient les art. 27 et 28 CC, cette disposition concrétise pour l'employeur un devoir de respect et de protection de la personne du travailleur (Arrêt du Tribunal fédéral du 19.12.94 publié in SJ 1995 p. 669; SJ 1984 p. 556; JAR 1992 p. 168).

L'art. 328 CO interdit donc à l'employeur de porter atteinte, aux droits de la personnalité du travailleur et lui impose en particulier une obligation de faire, soit celle de protéger activement la personnalité du travailleur (JAR 1992 p. 168). Partant, il doit éviter tout comportement mettant en péril la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et sa considération dans l'entreprise (REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, p. 83; SAILLEN, *La protection de la personnalité du travailleur*, thèse Lausanne 1981, p. 72 ss).

L'employeur répond de toute atteinte à la personnalité ou à la santé du travailleur, qu'elle soit son fait, celui de ses organes ou auxiliaires, voire même d'un tiers, lorsqu'il n'a pas respecté son obligation de diligence (JAR 1992 p. 169; REHBINDER, *op. cit. ibidem*; SAILLEN, *op. cit. p. 63*).

5.3 L'appelant ne saurait d'abord reprocher à l'intimée de ne pas avoir indiqué la date de la fin des rapports de service dans le courrier que celle-ci lui a adressé en réponse à sa lettre du 18 octobre 2002. A ce moment, l'appelant était en congé maladie. Or, à teneur de l'art. 336c al. 1 lit. b., l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail résultant d'une maladie durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service.

S'agissant des prétendues pressions exercées par A_____ sur la compagne de l'appelant, les premiers juges ont relevé à juste titre que l'appelant n'en avait pas démontré l'existence. Bien que se plaignant de pressions de A_____ tant directement sur lui que sur sa compagne d'alors et son ex-épouse durant de nombreuses semaines précédant le courrier de son conseil du 24 décembre 2002, l'appelant n'a

cité devant le Tribunal de Prud'hommes qu'un témoin indirect de ces prétendues pressions.

Au surplus, la procédure d'appel n'a sur ce point apporté aucun élément nouveau.

S'agissant du droit à l'information de l'appelant, l'intimée a, dans sa réponse non datée à la lettre de l'appelant du 18 octobre 2002, offert à ce dernier de consulter les comptes pour s'assurer qu'il n'y avait eu aucune malversation. Sur ce point, l'appelant n'a apporté aucun élément qui permettrait de considérer qu'il a vainement cherché à consulter lesdits comptes avant son licenciement. Il n'a pas davantage démontré l'exercice de son droit à l'information n'ait joué un quelconque rôle dans son licenciement du 27 décembre 2002.

S'agissant du lien que les premiers juges auraient dû établir, selon l'appelant, entre la lettre de son conseil à l'intimée lui demandant de cesser lesdites pressions et la lettre de licenciement du 27 décembre 2002, la Cour rappellera que l'intimée ne pouvait pas licencier l'appelant durant 90 jours en raison de sa maladie commencée, selon le certificat médical produit par l'appelant, le 26 septembre 2002. Le 27 décembre 2002 était le premier jour utile à partir duquel l'intimée pouvait notifier le congé dont l'appelant avait connaissance depuis octobre 2002. La notification du congé en présence d'agents de l'autorité s'explique par la volonté de l'intimée de pouvoir prouver la réception du congé en décembre 2002 déjà. Au surplus, la lettre du conseil de l'appelant du 24 décembre 2002 ne donne aucune indication sur la nature et les circonstances exactes des pressions qui auraient été exercées.

5.4 Il découle de ce qui précède qu'il n'y pas lieu d'accorder à l'appelant une indemnité au titre de 328 CO. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera également confirmé sur ce point.

6. 6.1 L'appelant réclame fr. 12'114.70 d'arriérés de vacances correspondant à quatre semaines et quatre jours de vacances pour la période allant d'octobre 1999 à février 2003. Selon l'appelant, il n'a pris que trois semaines et un jours sur les huit semaines qui lui aurait été dues.

Il reproche aux premiers juges de s'être fondé sur les jours facturés aux clients de l'intimée, dont les décomptes ont été produits à la procédure, alors que selon lui le contrat de travail prévoyait également qu'une partie des prestations dues serait exécuté à son domicile.

6.2 En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises lors du délai de congé; l'employeur ne peut contraindre le salarié à les reporter après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO; ATF 106 II 154 = JdT 1980 I 603). Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche

étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail, s'agissant de l'emploi considéré, et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (ATF du 24 novembre 1992 cité par Aubert in SJ 1993 p. 354; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, ad art. 329d CO N° 4; Aubert, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129/130; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 329c CO N° 11).

Il appartient à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit en fonction de la durée des rapports de travail (ATF non publié du 15 septembre 1999 A et A c/ B cause n° 4C.230/1999, consid. 4; Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 133).

6.3 En l'espèce, si l'intimée a produit diverses factures à ses clients en relation avec le travail de l'appelant pour les mois d'août 2001 à mars 2002, puis de mai à septembre 2002, elle n'a produit aucun document récapitulatif des vacances prises par l'appelant.

Or, il est établi que le travail de l'appelant ne se bornait pas à des interventions chez les clients mais comprenait également une activité à son domicile qui servait dans le même temps d'adresse professionnelle.

Il est également établi que l'appelant a suivi une formation couronnée par une certification aux mois de mai et juin 2002 en informatique. Il n'est contesté que l'intimée a supporté l'ensemble des coûts de cette formation. L'intimée conteste toutefois avoir accepté de prendre en charge le temps nécessaire à cette formation, soit deux mois selon l'appelant.

La Cour observera que le nouveau contrat de travail a été conclu le 25 mai 2002 avec prise de nouvelle fonction au 1^{er} juin 2002. Un avenant à ce contrat selon lequel le contrat de travail était conclu pour une durée indéterminée a été signé le 10 juillet 2002. Il n'apparaît pas qu'à cette date, un différent existait entre les parties au contrat concernant la prise en charge du temps de formation de l'appelant.

D'autre part, le contrat du 25 mai 2002 prévoyait que la durée hebdomadaire de travail était 42 heures réparties sur 5 jours et 15 jours ouvrables par mois (art. 4.1). Il prévoyait aussi que l'appelant avait droit à 15 jours ouvrables de vacances par an (art. 5.1). Les conditions particulières signées le même jour prévoyait quant à elle que l'appelant pouvait disposer de 5 jours supplémentaires de vacances par mois (art. 3.1).

Les parties au contrat n'ont fourni aucune indication sur les conditions de travail qui prévalaient avant la conclusion du contrat du 25 mai 2002.

En outre, les factures produites par l'intimées ne concernent qu'une partie de la période concernée par la demande de vacances, celle-ci s'étalant d'octobre 1999 à février 2003. En particulier, l'intimée n'a fourni aucune explication et n'a produit aucun document pour la période allant d'octobre 1999 à août 2001. Elle n'a pas davantage fourni d'explication pour le mois d'avril 2002.

Sur un autre plan, il ressort de plusieurs factures produites par l'intimée que le nombre de jours travaillés chez les clients dépassait les 15 jours ouvrables de travail stipulé dans le contrat (septembre à novembre 2001 ainsi que janvier et juillet 2002).

6.4 Compte tenu de toutes ces circonstances, la Cour considère que l'intimée n'a pas établi que l'appelant avait pris l'ensemble des vacances auxquelles il avait droit. En absence d'autres éléments probants sur cette question, la Cour retiendra le décompte de vacances produit par l'appelant.

L'appelant soutient avoir pris 3 semaines et un jour de vacances (4 jours et en 2001 et 4 jours en 2002 ainsi que 2 semaines en 2003) sur les huit semaines qui lui restaient dues et réclame fr. 12'114.70.

L'appelant pouvait ainsi encore prétendre à 4 semaines et 4 jours de vacances, soit à fr. 12'960.- (24 x fr. 540), la rémunération journalière correspondant au 20^{ième} de la rémunération mensuelle.

La Cour rappelle que le juge statue *ultra petita* s'il dépasse le montant total des conclusions mais que ce n'est pas le cas s'il alloue davantage pour un poste de la réclamation, *in casu* le montant dû pour les vacances non prises, sans dépasser le total du montant des conclusions (ATF 119 II 396).

7. Sur demande reconventionnelle, l'appelant conclut à ce que le jugement du Tribunal des prud'hommes le condamnant à restituer la caméra numérique JVC soit annulé.

7.1 A teneur de l'article 339a al. 1 CO, au moment où le contrat prend fin, les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre.

Dans le cadre d'une procédure en justice, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). La loi régit non seulement la répartition du fardeau de la preuve mais aussi les conséquences de l'absence de preuve (ATF 105 II 144 = JdT 1989 I 85).

7.2 Il est établi la caméra numérique a été achetée par l'appelant. Il est établi aussi que l'intimée a, neuf mois après cet achat, remboursé à l'appelant cette caméra.

L'intimée soutient que cette acquisition a été faite pour son compte, au contraire de l'appelant pour qui le remboursement dont il a bénéficié correspondait à l'octroi d'un bonus en sa faveur. Ainsi, selon ce dernier la propriété de la caméra numérique lui appartiendrait. Il a motivé sa prétention par le fait que ce remboursement était intervenu le 22 février 2002 seulement alors que l'achat datait du 2 avril 2001, et par le fait que la l'intimée n'avait pas demandé la restitution de cette caméra lors de la remise du reste du matériel le 22 avril 2003 comprenant une imprimante et des accessoires, une relieuse et des accessoires, un routeur ADSL et des accessoires, un ordinateur portable et des accessoires ainsi qu'une sacoche de cuir.

L'intimée explique que ce n'était qu'en récapitulant ses notes de frais qu'elle s'est souvenue de l'existence de la caméra, raison pour laquelle elle n'avait pas demandé la restitution de celle-ci plus tôt.

7.3 La Cour considère que le temps entre l'acquisition de la caméra par l'appelant et son paiement par l'intimée établit que, dans un premier temps tout au moins, la caméra a été acquise par l'appelant pour son propre compte. Les circonstances qui ont conduit l'intimée à payer cette caméra à l'appelant neuf mois après son acquisition ne sont pas établies clairement.

Si le document attestant du remboursement de la caméra indique « note de frais » et détaille justement divers frais professionnels de l'appelant remboursés par l'intimée, dont la caméra, la liste de restitution du matériel qui comprend un état précis du matériel à restituer y compris en ce qui concerne les éléments manquants conduit la Cour à considérer que l'intimée a renoncé, pour autant qu'elle ait eu des droits sur cette caméra, à sa restitution. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de condamner l'appelant à remettre la caméra numérique à l'intimée ou à défaut, à lui en payer sa valeur d'acquisition.

8. L'appelant conclut enfin à ce que l'intimée s'acquitte de la facture d'électricité de fr. 482.15 relative à son appartement de fonction. Il soutient qu'il appartient à l'intimée, en tant que locataire, d'assumer les frais d'électricité. Par ailleurs, il soutient que la facture a trait en réalité au 1^{er} trimestre 2002.

8.1 Selon le chiffre 1.1 des conditions particulières du contrat de travail : « l'employeur met à disposition de l'employé un logement de fonction disposant d'au moins quatre chambres pour un loyer maximum de 2800 CHF par mois retenu directement sur son salaire ».

Par contrat du 27 mars 2002, l'intimée a loué à I _____, représentée par la régie J _____ SA, un appartement de 6 pièces et demi au _____ -

___ à K___ pour le loyer mensuel de fr. 4.300.- comprenant un loyer net de fr. 3'800.- ainsi qu'un forfait mensuel de fr. 200.- pour le chauffage et l'eau chaude et fr. 200.- pour un garage et une place de parc.

8.2 La Cour constate que le contrat de travail prévoyait la prise en charge du loyer de l'appartement de fonction pour la part excédant un montant de fr. 2'800.- qui était directement prélevés sur le salaire de l'appelant. En d'autres termes, l'appelant n'était tenu à payer au titre de loyer et charges de l'appartement de fonction qu'un loyer mensuel de fr. 2'800.-. Il en découle que la charge de l'électricité incombait ainsi à l'intimée, au demeurant locataire de l'appartement.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de condamner non plus l'appelant au paiement de fr. 482.15 correspondant à la facture d'électricité due par l'intimée pour le quatrième trimestre 2002.

9. 9.1 En définitive et en résumé, l'appelant a droit à :

- fr. 21'600.- au titre de salaire pour les mois de janvier et février 2003;
- fr. 12'960.- au titre d'arriérés de vacances;

soit un total de fr. 34'560.-.

Sur ce montant, l'appelant doit fr. 3'591.75 à l'intimée au titre de frais de réparation et de nettoyage de l'appartement de fonction.

L'appelant n'est pas tenu de restituer la caméra numérique JVC. Il est dispensé de payer fr. 482.15 pour les frais d'électricité.

9.2 La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à fr. 20'000.-, il se justifie de condamner l'intimée, qui succombe pour l'essentiel, à rembourser à l'appelant l'émolument d'appel dont il s'est acquitté, soit fr. 800.-.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite la délibération du 29 mars 2004 en la cause n° C/17877/2003-5;

Au fond :

Annule ledit jugement;

Statuant à nouveau :

- condamne E_____ SARL à payer à T_____ la somme brute de fr. 34'560.- (trente-quatre mille cinq cent soixante francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2003; sous déduction de la somme nette de fr. 3'591.75 (trois mille cinq cent nonante et un francs et septante cinq centimes), avec intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2002;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- condamne E_____ SARL à payer à T_____ la somme nette de fr. 1'400.- (mille quatre cents francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2003;
- Condamne E_____ SARL à rembourser à T_____ fr. 800.- (huit cents francs) correspondant à l'émolument d'appel;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffière de juridiction

Le président