



T \_\_\_\_\_  
**Dom. Élu:**  
Me Henri NANCHEN  
Boulevard des Philosophes 14  
1205 GENEVE

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. Élu:**  
Me Sharam DINI  
Rue Saint-Ours 5  
1205 GENEVE

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 11 juillet 2006

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Edouard BORLOZ et Charles DORMOND, juges employeurs

M. Francis KOHLER et Mme Pierrette FISCHER, juges salariés

M. Thierry GAGLIARDI, greffier d'audience

**EN FAIT**

Par acte du 23 décembre 2005, T \_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu le 29 novembre 2005 et communiqué par plis du lendemain, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, a déclaré irrecevable sa demande, formée à l'encontre de E \_\_\_\_\_ et tendant à la restitution d'un prélèvement relatif au deuxième pilier, a condamné E \_\_\_\_\_ à lui verser fr. 3'033, 25 brut, a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles, enfin l'a débouté de ses autres conclusions.

Devant la Cour d'appel, T \_\_\_\_\_ réclame, en sus des montants alloués par le Tribunal, fr. 47'250 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et fr. 10'000.- à titre d'indemnité pour tort moral, le tout avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 juin 2004. Dans son acte d'appel, il a en outre réclamé un certificat de travail, conclusion qu'il a toutefois retirée par la suite.

E \_\_\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement déféré.

La CAISSE DE CHOMAGE A \_\_\_\_\_, intervenant en première instance, a déclaré maintenir sa subrogation à hauteur de fr. 4'146,65 nets avec intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2004, pour les indemnités versées en octobre 2004.

Les éléments suivants résultent du dossier:

- A. E \_\_\_\_\_, société anonyme avec siège à Zürich fait partie d'une chaîne internationale dont le but est, notamment, la création et l'exploitation de centres de fitness.

Elle exploite ainsi un centre de sports à Genève sous le nom de E \_\_\_\_\_ Sports & Health Club.

- B. Par contrat du 11 octobre 2001, entré en vigueur le même jour et remplaçant un précédent contrat du 2 juillet 2001, non produit à la procédure, E \_\_\_\_\_ a engagé T \_\_\_\_\_ en qualité de « Gym Manager » au E \_\_\_\_\_ Sports & Health Club de Genève, à dater du 1<sup>er</sup> octobre 2001.

Le salaire mensuel de base convenu était de fr. 5'600.-, auquel s'ajoutait une rémunération de fr. 60.- par heure pour les cours privés et une prime de fin d'année aléatoire, pour un temps de travail de 42 heures par semaine, y compris deux cours collectifs. Le contrat prévoit un délai de résiliation d'un mois la première année, de deux mois la deuxième année et de trois mois dès la dixième année, ainsi que 20 jours de vacances annuelles.

Le contrat prévoit que E \_\_\_\_\_ peut employer T \_\_\_\_\_ "pour d'autres activités et en d'autres lieux, pour autant que cela soit approprié".

- C. Le club genevois employait environ 80 personnes. Les activités proposées à la clientèle comprenaient d'une part les cours collectifs, d'autre part des séances de "personal training", enfin l'usage libre de la salle de gymnastique (machines).

Le "gym manager" était chargé de l'organisation et de la planification tant des cours collectifs que des séances de "personal training", de la planification des horaires des instructeurs ("fitness manager"), du contrôle de leurs heures et du calcul de leur rémunération. Il faisait également des entretiens d'embauches.

En tant que tel, le "gym manager" était hiérarchiquement subordonné au "club manager", soit au directeur du club.

Il n'est pas contesté q T \_\_\_\_\_, dans les attributions susdécrites de "gym manager", a donné toute satisfaction à E \_\_\_\_\_ et qu'il était apprécié tant de ses supérieurs et collègues de travail que de la clientèle.

- D. En juin 2003, E \_\_\_\_\_ a envoyé sa collaboratrice B \_\_\_\_\_, alors "fitness manager", à un cours de formation pour "gym manager" qui se tenait au Portugal. Selon B \_\_\_\_\_, elle avait été choisie pour participer à ce cours parce que celui-ci était dispensé en anglais, langue q T \_\_\_\_\_ ne maîtrisait pas (tém. B \_\_\_\_\_).

- E. Par la suite, des rumeurs ont couru q T \_\_\_\_\_ allait être remplacé par B \_\_\_\_\_ dans son poste de "gym manager".

En septembre 2003, T \_\_\_\_\_ s'est enquis de la situation auprès de son supérieur direct C \_\_\_\_\_, qui lui a assuré qu'il s'agissait d'une rumeur sans fondement; à cette occasion, les conditions de travail de T \_\_\_\_\_ ont été

rediscutées et il a été décidé d'une augmentation de son salaire (tém. C \_\_\_\_\_). Le personnel a également été informé du fait q T \_\_\_\_\_ restait "gym manager" lors d'une réunion hebdomadaire, dont la date n'a toutefois pas été établie avec précision (tém. C \_\_\_\_\_). Après cette réunion, les rumeurs ont cessé (tém. D \_\_\_\_\_)

C'est le lieu de préciser que, du 10 septembre au 12 octobre 2003, T \_\_\_\_\_ a été en arrêt maladie pour une suite d'une opération datant de 2002.

- F. A teneur d'un second contrat signé le 5 octobre 2003 et remplaçant le précédent, le salaire de base de T \_\_\_\_\_ a été porté à fr. 6'000.- et le délai de congé ramené à un mois pour la fin d'un mois et ce, quelle que soit la durée de l'engagement. Par "additif" du 15 décembre 2003, il a été précisé que le salaire de base, porté à fr. 6'000.- mensuellement, était dû pour 30 heures par semaine, dont deux heures de cours collectifs, les 10 heures restantes étant "divisées" en 3 séances de personal training à fr. 20.- la séance et en 7 cours collectifs à fr. 60.- par heure.

Compte tenu des cours et séances de personal training qu'il dispensait, le revenu de T \_\_\_\_\_ a ainsi représenté en dernier lieu 7'920 fr. mensuellement.

- G. A la fin de l'année 2003 ou au tout début de l'année 2004, une restructuration a été décidée, au niveau du groupe E \_\_\_\_\_.

Ainsi, dans tous les clubs de la chaîne, le poste de "gym manager" devait désormais être scindé en deux, en ce sens que le "gym manager" ne s'occuperait plus que du "personal training" et de la salle de gymnastique, alors que l'organisation des cours collectifs serait confiée à un "studio manager".

Lors d'une réunion qui, selon un témoin, s'est tenue fin janvier 2004 (décl. F \_\_\_\_\_) ou en février 2004 (tém. C \_\_\_\_\_), C \_\_\_\_\_ a informé le personnel q T \_\_\_\_\_ continuait à assumer le poste de "gym manager" (tém. C \_\_\_\_\_, D \_\_\_\_\_, G \_\_\_\_\_) et que H \_\_\_\_\_ deviendrait "studio manager" (tém. D \_\_\_\_\_), respectivement q T \_\_\_\_\_ superviserait la nouvelle équipe mise en place (tém. G \_\_\_\_\_).

A cette époque-là, en effet, le personnel était déstabilisé en raison de l'introduction d'une séparation entre le personal training et les cours collectifs et qu'il ne savait plus à qui s'adresser. Lors de cette réunion, C \_\_\_\_\_ avait

toutefois confirmé T\_\_\_\_\_ était le "gym manager" auquel ils devaient s'adresser en cas de problème (décl. F\_\_\_\_\_).

B\_\_\_\_\_ a déclaré qu'à son sentiment, E\_\_\_\_\_ cherchait à conserver T\_\_\_\_\_ dans un poste à responsabilité et qu'il n'y avait pas eu de volonté de s'en séparer (tém. B\_\_\_\_\_).

- H. Dès le 29 janvier 2004, le Docteur I\_\_\_\_\_, généraliste, a mis T\_\_\_\_\_ au bénéfice d'un arrêt de travail « pour un état anxio-dépressif réactionnel à un conflit professionnel majeur ». T\_\_\_\_\_ a néanmoins continué à travailler jusqu'au 24 février 2004. Ce praticien a ultérieurement établi une attestation à teneur de laquelle la reprise du travail de T\_\_\_\_\_ chez l'intimée pouvait être préjudiciable à sa santé.

Son incapacité de travail s'est ensuite prolongée jusqu'au 31 août 2004.

- J. A fin février 2004, T\_\_\_\_\_ a constaté que manquaient sur sa fiche de paie 2'800 fr. en relation avec 34 cours dispensés en février 2004.

Il soutient qu'interpellé par ses soins, J\_\_\_\_\_, responsable de E\_\_\_\_\_, lui aurait affirmé que dorénavant, ses heures de cours ne seraient plus rémunérées. Cet allégué (contesté) n'est pas étayé de preuves.

- K. E\_\_\_\_\_ a proposé à T\_\_\_\_\_ le poste de "studio manager", à dater du 1<sup>er</sup> avril 2003. Selon E\_\_\_\_\_, cette proposition lui a faite oralement en février 2003. Selon C\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_, dans son optique, continuerait à superviser le nouveau "gym manager", tout en étant "studio manager" et sa rémunération resterait dans la moyenne de celle qui avait été la sienne durant les derniers mois, et plus particulièrement similaire à celle perçue aux termes du contrat signé en octobre 2003 (tém. C\_\_\_\_\_).

C'est ainsi qu'un nouveau contrat, daté du 25 mars 2004, fut soumis à T\_\_\_\_\_.

A teneur de ce document, le poste proposé à T\_\_\_\_\_ est celui de "studio manager". La rémunération proposée est de 6'000 fr. brut pour un temps de travail de trente heures (y compris 8 cours collectifs par semaine), T\_\_\_\_\_.

vail de trente heures (y compris 8 cours collectifs par semaine), T\_\_\_\_\_ ayant la possibilité de donner des séances de "personal training" dans les "10 heures qui restent", rémunérées 20 fr./h pendant les horaires et 41 fr./h en dehors des horaires. Les autres conditions sont identiques à celles du contrat signé en octobre 2003.

- L. Par mail du 30 mars 2004, C\_\_\_\_\_ a affirmé à T\_\_\_\_\_ que le poste de "studio manager" était très attrayant, que 55-60% des membres prenaient des cours et que l'équipe comportait 25 personnes; il n'y avait pas de maintenance et le poste était aussi, voire plus important que celui de "gym manager". Le lendemain, T\_\_\_\_\_ lui a répondu qu'il estimait être "le lésé".

Par courriers des 1<sup>er</sup> et 23 avril 2004 adressés à E\_\_\_\_\_, le conseil de T\_\_\_\_\_ a demandé des explications sur le changement de poste proposé et refusé l'offre faite par E\_\_\_\_\_.

E\_\_\_\_\_ a alors, par pli LSI non daté, annoncé à T\_\_\_\_\_ qu'il recevrait ses arriérés de salaire au plus tard le 25 avril 2004, soit fr. 2'040.- correspondant aux cours collectifs relatifs à la période du 16 janvier au 15 février 2004. Ce montant a effectivement été inclus dans son décompte de salaire d'avril 2004.

Le 9 juin 2004, le conseil de T\_\_\_\_\_ a informé E\_\_\_\_\_ que son client acceptait de changer d'activité, donc de devenir "Studio Manager", mais qu'il n'accepterait en aucun cas une diminution de ses revenus.

Le 29 juin 2004, le conseil de E\_\_\_\_\_ SA a confirmé à T\_\_\_\_\_ que son revenu actuel représentait fr. 7'920.- brut (soit 6'000 fr. salaire de base + rémunération pour les heures de cours collectifs et de "personal training") et qu'il ne serait pas inférieur dans ses nouvelles attributions; il lui a demandé son accord de prendre son poste immédiatement.

Le même jour, le conseil de T\_\_\_\_\_ a affirmé que son client était prêt à accepter le nouveau poste pour autant que son salaire brut de 7'920 fr. lui soit confirmé et indiqué qu'il reprendrait le travail "dès le début de la semaine prochaine". Toutefois, il était souhaitable qu'il puisse au préalable rencontrer C\_\_\_\_\_ "afin de mettre en place les modalités pratiques d'une telle reprise. En particulier, l'annonce de son retour, les missions dont il sera chargé et les modalités de son engagement devraient faire l'objet d'une discussion préalable". Un nouveau contrat de travail devait ainsi être rédigé "sur ces nouvelles bases".

Une discussion a alors eu lieu entre les parties le 5 juillet 2004 au sujet de la reprise du travail de T \_\_\_\_\_, discussion dont la teneur précise ne résulte pas du dossier.

T \_\_\_\_\_ n'est pas revenu sur son lieu de travail.

- M. Par courrier du 29 juillet 2004, le conseil de E \_\_\_\_\_ a informé T \_\_\_\_\_ qu'en raison de sa longue absence, le poste de « studio manager » n'était plus disponible mais qu'on lui proposait un poste de « fitness professionnel », pour le même salaire de fr. 7'920.-, dès le mercredi 11 août 2004.

C'est le lieu de préciser qu'en définitive, en juillet 2004, le poste de "studio manager" a été confié à H \_\_\_\_\_, qui avait fonctionné en cette qualité, à titre intérimaire depuis avril 2004, alors que poste de "gym manager" a été confié à B \_\_\_\_\_.

C \_\_\_\_\_ a déclaré qu'il avait "perdu patience" puisque "après quatre ou cinq mois", il fallait "remplir ce poste". Pensant que le poste de "studio manager" ne convenait pas à T \_\_\_\_\_, il lui avait proposé le poste de "fitness professionnel", tout en ayant l'intention de lui confier "d'autres responsabilités". En fait il avait tenté "d'arranger une situation qui lui échappait" (tém. C \_\_\_\_\_).

- N. Le 9 août 2004, T \_\_\_\_\_ a refusé cette nouvelle proposition.

Par courrier LSI du 10 août 2004, E \_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail de T \_\_\_\_\_ pour le 30 septembre 2004, invitant ce dernier à prendre son solde de vacances pendant le délai de congé.

Le 13 août 2004, T \_\_\_\_\_ s'est opposé à son congé, qu'il a qualifié d'abusif.

- O. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 29 novembre 2004, T \_\_\_\_\_ a assigné E \_\_\_\_\_ en paiement de fr. 76'156.75, somme se décomposant comme suit :

- fr. 7'920.00 brut, avec intérêts à 5% dès le 30 septembre 2004 à titre de deuxième mois de préavis;

- fr. 5'046.75 brut, avec intérêts à 5% dès le 30 septembre 2004 à titre de solde de salaire;
- fr. 5'940.00 brut, avec intérêts à 5% dès le 30 septembre 2004 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature;
- fr. 47'250.00 à titre d'indemnité pour licenciement abusif;
- fr. 10'000.00 à titre de tort moral.

Il a également réclamé un certificat de travail complet conforme à l'art. 330a CO et sollicité la motivation de son congé.

A l'appui de sa demande, T\_\_\_\_\_ a exposé avoir appris par des rumeurs, en automne 2003, qu'il serait remplacé dans ses fonctions de "gym manager" par un collègue. Ces rumeurs s'étaient amplifiées et, malgré des démentis formels, avaient fini par être officiellement confirmées. En raison de ce circonstances, il était tombé malade. Il avait par ailleurs été l'objet d'un dénigrement masqué et insidieux. Un nouveau contrat avait valablement été conclu le 29 juin 2004 et il était ainsi en droit de refuser la nouvelle proposition qui lui était faite le 29 juillet 2004. Le licenciement qui s'en était suivi était, partant, abusif et les circonstances dans lesquels il était intervenu l'avaient profondément déstabilisé, ce qui justifiait l'octroi d'une indemnité pour tort moral.

Le 6 décembre 2004, la Caisse de chômage A\_\_\_\_\_ s'est subrogée dans les droits de T\_\_\_\_\_ à hauteur de fr. 4'146.65 net avec intérêts à 5% dès le 31 octobre 2004, correspondant aux indemnités versées au mois d'octobre 2004.

E\_\_\_\_\_ s'est engagée à fournir un certificat de travail, a invoqué la compensation avec le salaire payé en trop entre mars et septembre 2004 pour toute créance résultant de salaires impayés et a conclu au déboutement du demandeur de ses autres conclusions. En substance, s'agissant des problèmes encore litigieux en appel, elle a fait valoir que le congé n'était pas abusif et que le demandeur n'avait subi aucun tort moral.

- P. Le jugement attaqué déclare irrecevable, faute de compétence ratione materiae, les prétentions tendant au remboursement d'éventuelles cotisations au deuxième pilier, dont il est allégué qu'elles auraient été retirées deux fois. La prétention tendant au paiement du salaire pour un second mois de préavis était infondée, compte tenu des dispositions de l'art. 10 du contrat du 5 octobre 2003, de même que celle tendant à un solde de salaire pendant la période d'incapacité de travail.

Il fixe à 8.33 jours le solde de vacances à prendre et alloue à T\_\_\_\_\_ fr. 3'033.25 à ce titre.

Enfin, ce jugement retient que rien n'étaye l'hypothèse suivant laquelle T\_\_\_\_\_ aurait été licencié parce qu'il n'acceptait pas une diminution de son salaire, puisque son salaire antérieur lui avait été garanti, nonobstant le changement de poste. Aucun témoin n'avait en outre fait état d'actes de dénigrement ou de harcèlement psychologique. La scission du poste de T\_\_\_\_\_ en "gym manger" d'une part et "studio manager" d'autre part était consécutive à une restructuration décidée au niveau européen et il n'apparaissait pas qu'elle ait été décidée dans l'unique but de dénigrer T\_\_\_\_\_. Certes, plusieurs témoins ont fait état de rumeurs relatives à un changement de poste de T\_\_\_\_\_, lesquelles avaient affecté ce dernier, mais elles avaient été démenties lors d'une réunion, la direction ne les avait pas laisser se propager et avait agi pour rassurer T\_\_\_\_\_. Un tel comportement n'était pas constitutif de mobbing ou de dénigrement.

E\_\_\_\_\_ avait ensuite cherché à adapter la situation à la nouvelle structure qui lui avait été imposée, en proposant au demandeur d'abord le poste de studio manager, lui garantissant le respect de son ancien salaire, puis un autre poste en date du 29 juillet 2004, avec maintien du salaire antérieur. Si T\_\_\_\_\_ a été déçu par cette nouvelle proposition, c'est à lui seul qu'il doit s'en prendre, faute pour lui d'avoir tenu ses engagements, ou d'avoir entrepris antérieurement les démarches nécessaires en vue de la ratification effective du contrat de *studio manager* qui lui avait été proposé.

Le Tribunal a par ailleurs considéré que le congé n'avait pas été donné parce que T\_\_\_\_\_ formulait de bonne foi une prétention résultant du contrat de travail et seulement afin de l'empêcher de faire valoir des prétentions futures. En effet, contrairement à ce qu'il soutient, aucun contrat de travail nouveau n'avait été conclu le 29 juin 2004, puisque T\_\_\_\_\_ a, ce jour-là, subordonné la reprise de son travail à la tenue de discussions futures sur les modalités de son retour et la rédaction d'un nouveau contrat écrit. Au demeurant, ce contrat, dût-il être considéré comme conclu, n'offrait que des prestations équivalentes au contrat de travail qui liait jusqu'alors les parties.

Enfin, la prétention tendant à l'allocation d'une indemnité pour tort moral était infondée, aucun commencement de preuve d'une violation du contrat de travail constitutive d'une atteinte illicite à sa personnalité n'étant rapportée.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. L'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. L'appelant réclame une indemnité pour tort moral. Il fait en substance valoir qu'il a subi, de la part de son employeur, un "traitement déstabilisant", en raison d'une "communication déplorable" au sujet de la modification de son poste, situation qui l'a conduit vers un état anxio-dépressif nécessitant un arrêt de travail prolongé. A cela s'étaient ajoutés des retards dans le paiement de son salaire dès le mois de février 2004. Enfin, après lui avoir promis le poste de "studio manager", l'employeur avait fait volte face et lui avait proposé un emploi considérablement moins qualifié, ce qui constituait une grave remise en question de ses compétences et une atteinte à sa personnalité.

- 2.1 A teneur de l'art. 328 al. 1 CC, 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 sa moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés à raison de tels actes.

Plus spécifiquement, il peut être exigé de l'employeur qui a l'intention de modifier ou de restreindre le domaine d'activité du travailleur employé depuis longtemps d'en parler avec celui-ci au préalable (ATF 110 II 127, JdT 1984 I 602): certes, l'art. 321d CO confère à l'employeur le droit de donner au travailleur des directives générales, de même que des instructions particulières sur la manière d'exécuter son travail. Si le contrat individuel de travail prévoit l'engagement du travailleur pour l'exécution de tâches déterminées, l'employeur ne peut toutefois, en principe, pas imposer d'autres tâches au travailleur; il ne saurait, en particulier, déplacer celui-ci dans un poste de travail moins qualifié sans raison

valable, même s'il ne réduit pas son salaire (TF in SJ 1993 p. 370, consid. 3a et les références). Même si l'employeur se réserve, dans le contrat de travail, la possibilité d'occuper le travailleur à un autre poste plus ou moins équivalent, il ne peut exercer cette faculté que dans les limites compatibles avec les art. 27 al. 2 CC, 20 CO et 328 CO (arrêt 4C.155/2005; 110/1988).

- 2.2 En l'espèce, le "traitement déstabilisant" dont se plaint l'appelant ne trouve pas d'assise dans la procédure. Plus spécifiquement, il n'a pas été établi que l'intimée aurait, en cachette de l'appelant, formé B \_\_\_\_\_ pour le remplacer au poste de "gym manager". Cette dernière a en particulier déclaré sous serment qu'elle n'avait été envoyée à un stage de formation à cette fonction, en juin 2003, que parce qu'elle parlait l'anglais, à la différence de l'appelant, et qu'elle n'était à ce moment-là pas intéressée par ce poste. Par ailleurs, lorsque l'appelant a fait part à son supérieur C \_\_\_\_\_ des rumeurs qui couraient au sujet de son remplacement au poste de "gym manager", celui-ci l'a d'une part rassuré (étant précisé qu'à cette occasion, soit en automne 2003, le salaire de l'appelant a été augmenté), d'autre part a organisé une séance lors de laquelle l'ensemble du personnel a été informé que l'appelant continuait à assumer les tâches de "gym manager".

Certes, un changement de poste a été proposé peu après, soit en février 2004, à l'appelant, dans le sens qu'il lui était proposé de prendre le poste de "studio manager", proposition qui a ensuite été formalisée dans le nouveau contrat de travail proposé, par écrit, à l'appelant et daté du 25 mars 2004.

Ce faisant, l'intimée n'a toutefois pas cherché à imposer à l'appelant une modification de ses conditions de travail. Au contraire, après en avoir parlé avec lui en février 2004, elle lui a, fin mars 2004, soumis une proposition écrite de nouveau contrat, puis est entrée en négociation avec lui au sujet des modalités de celui-ci. Son attitude n'est ainsi pas constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité de l'appelant, étant encore précisé que le poste de "studio manager" proposé comportait des responsabilités certes plus restreintes, mais de même niveau hiérarchique que celles qui étaient assumées par l'appelant en tant que "gym manager".

On ne peut par ailleurs reprocher à l'intimée une attitude contradictoire, pour avoir proposé à l'appelant le poste de "studio manager" en février 2004, alors qu'en automne 2003, elle l'avait formellement confirmé dans son poste de "gym manager". En effet, cette proposition était consécutive à une décision prise au niveau de la maison-mère de l'intimée en hiver 2003/2004, à teneur de laquelle les responsabilités confiées au "gym-manager" devaient, pour l'ensemble des clubs de la chaîne E \_\_\_\_\_, dorénavant être assumées par deux personnes, soit le "gym manager" d'une part et le "studio manager" d'autre part. Sur le sujet, il n'a

d'ailleurs pas été démontré que cette restructuration du poste n'aurait été pas été justifiée par des nécessités liées à l'organisation du travail.

L'existence d'autres actes de dénigrement ou de "mobbing" n'ont par ailleurs pas été établis.

Enfin, l'appelant s'est contenté de produire à la procédure des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail, une attestation succincte de son médecin-traitant, aux termes de laquelle ladite incapacité de travail serait en relation avec un conflit professionnel majeur, enfin une seconde attestation de ce même praticien, aux termes de laquelle la reprise de l'activité chez l'intimée serait "préjudiciable à sa santé". Il s'est en revanche abstenu de faire entendre le praticien ayant établi ces documents comme témoin. De telles indications sont insuffisantes pour établir que l'incapacité de travail serait due, comme le soutient l'appelant, à une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CC, un conflit sur le lieu du travail ou la nécessité de changer d'employeur pouvant résulter également d'autres circonstances.

Le refus des premiers juges de lui allouer une indemnité pour tort moral est ainsi justifié.

3. L'appelant réclame une indemnité pour licenciement abusif. Il soutient avoir conclu un nouveau contrat de travail avec son employeur le 29 juin 2004, aux termes duquel le poste de "studio manager" lui était confié; c'est ensuite en violation de cet accord que l'intimée a confié ce poste à un tiers dans le courant de juillet 2004, et c'est abusivement qu'elle s'est ensuite prévalu du fait que ce poste n'était plus disponible pour motiver le licenciement intervenu le 10 août 2004. Le fait que l'employeur lui ait offert en dernier lieu un poste de "fitness professional" n'était pas de nature à rendre le congé conforme aux règles de la bonne foi, cette modification entraînant un déclassement et ne pouvant dès lors lui être imposée.

- 3.1 Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail de durée indéterminée et que celui-ci pouvait être résilié conformément à l'art. 335 al. 1 CO.

La résiliation est cependant abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, situations qui se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit fondamental de mettre unilatéralement fin au contrat (Frank Vischer, Der

Arbeitsvertrag, in Schw. Privatrecht, vol. VII/4, 3e éd., p. 236/237). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est d'ailleurs pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées. L'abus n'est pas obligatoirement inhérent au motif de la résiliation; il peut également surgir dans ses modalités. La partie qui veut mettre fin au contrat, même pour un motif légitime, doit exercer son droit avec des égards et s'abstenir de tout comportement biaisé ou trompeur. L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de respecter et de protéger la personnalité du travailleur; une violation manifeste de ce devoir, en relation avec le licenciement, peut caractériser l'abus (arrêt du Tribunal fédéral 4C. 25/2006).

Plus spécifiquement, aux termes de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé-représailles et tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le salarié d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis (TF in SJ 1995 p. 797, consid. 2 et réf. citées). S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au salarié (TF in SJ 1993 p. 360, consid. 3a). L'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle (TF in SJ 1995 p. 789, consid. 2c) et, par conséquent, du fait (ATF 129 V 17 consid. 3.1). Il en va de même des motifs de congé retenus (ATF 127 III 86 consid. 2a in fine).

Lorsque la résiliation est fonction du refus du travailleur d'accepter une modification des conditions de travail, on est en présence de ce que la doctrine alémanique appelle une "Änderungskündigung", expression qui peut être traduite par "congé-modification". Jurisprudence et doctrine distinguent deux types de congé-modification: le congé-modification au sens étroit se caractérise par le fait qu'une partie résilie le contrat de travail, mais accompagne sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées. En revanche, dans le congé-modification au sens large, les deux actes juridiques ne sont pas immédiatement couplés; une partie reçoit son congé parce qu'elle n'a pas accepté une modification consensuelle des rapports de travail (ATF 123 III 246 consid. 3 et réf. citées).

La jurisprudence considère que l'adaptation d'un contrat de travail aux exigences variables de l'économie ou de l'entreprise doit être possible et admissible, de sorte que la résiliation sous réserve de modification ne saurait apparaître dans tous les cas comme abusive (ATF 123 III 246 consid. 3b p. 250). Il y a cependant abus lorsque la résiliation sert de moyen de pression pour imposer au partenaire contractuel une modification défavorable de ses conditions de travail, alors que ni les conditions du marché ni la situation économique de l'entreprise ne l'imposent (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72; 123 III 246 consid. 3b p. 250 s.). L'abus peut également être réalisé lorsque le travailleur est licencié parce qu'il s'est opposé à des modifications déterminées unilatéralement par l'employeur et devant entrer en vigueur avant l'écoulement du délai de congé (ATF 123 III 246 consid. 3 à 5). Ainsi, dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral a sanctionné le congé que l'employeur avait donné parce que la travailleuse s'était opposée à une réduction immédiate de son salaire. En effet, par son refus d'accepter une réduction que l'employeur voulait lui imposer sans respecter le délai de congé, la travailleuse avait fait valoir une prétention résultant du contrat de travail, au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 123 III 246 consid. 4b). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (arrêt du 30 juin 1992 précité, in SJ 1993 p. 360, consid. 3a, confirmé in arrêts du Tribunal fédéral 4C.121/2001 consid. 3b et 4C.189/1994).

- 3.2 En l'espèce, il est constant que la période de protection dont bénéficiait l'appelant en raison de son incapacité de travail était échue lorsque le licenciement lui a été signifié.

L'appelant a été licencié le 10 août 2004, alors qu'il venait de refuser l'ultime proposition qui lui était faite, de prendre un poste de "fitness professional" au même salaire que celui proposé précédemment.

Cette simple chronologie n'est toutefois pas suffisante pour retenir que l'appelant a été licencié, de manière prépondérante, pour avoir refusé ce nouveau poste.

Ce licenciement est intervenu alors que, depuis fin février 2004, les parties cherchaient un accord au sujet des modalités du nouveau poste que l'intimée voulait confier à l'appelant. C'est ainsi qu'à fin mars 2004, l'intimée a fait une première proposition écrite à l'appelant, qui a donné lieu à des négociations, conduites par l'intermédiaire d'avocats. Le 29 juin 2004, l'appelant a en définitive accepté le poste de "studio manager", tout en réclamant non seulement la garantie de que son salaire serait équivalent à celui perçu jusqu'alors, mais encore une discussion préalable au sujet des modalités de sa reprise de travail et de son cahier des tâches, ainsi que l'établissement d'un contrat écrit. Sous ces conditions, il se déclarait prêt à reprendre le travail "dès la semaine suivante". Les premiers juges ont ainsi retenu à juste titre qu'à fin juin 2004, aucun accord n'était intervenu entre les parties. Il est constant que si l'intimée a confirmé à l'appelant, le jour-même, que son salaire antérieur lui était garanti, les discussions qui ont suivi entre l'appelant et l'intimée, en particulier le 5 juillet 2004, n'ont débouché sur aucun accord au sujet des "modalités de la reprise du travail" et sur "le cahier des charges" précis que l'intimée souhaitait confier à l'appelant. L'intimé n'a ainsi pas repris le travail comme il l'avait annoncé.

Dans ces conditions, il ne peut être reproché à l'intimée, confrontée à l'absence de l'appelant depuis février 2004, d'avoir pris ses dispositions pour organiser, dans le long terme, le travail au sein de l'entreprise et plus spécifiquement d'avoir alors pris la décision de confirmer H\_\_\_\_\_ dans le poste de "gym manager" et B\_\_\_\_\_ dans celui de "studio manager" qu'elles assumaient à titre intérimaire pendant l'incapacité de travail de l'appelant. Sur le sujet, C\_\_\_\_\_ a d'ailleurs expliqué qu'il avait perdu patience et qu'il ne croyait plus au retour de l'appelant.

Il ne peut d'avantage être reproché à l'intimée d'avoir alors, au lieu de licencier l'appelant à ce moment-là, voulu le conserver dans son personnel, en lui offrant certes un poste différent de celui qu'il occupait jusqu'alors, mais moyennant garantie du salaire versé antérieurement. Sur le sujet, B\_\_\_\_\_ a confirmé que C\_\_\_\_\_ ne souhaitait pas licencier l'appelant: C\_\_\_\_\_, pour sa part, a expliqué qu'il avait pensé que c'était le poste de "studio manager" qui ne convenait pas à l'appelant, et que c'était pour ce motif qu'il lui avait proposé un autre poste, avec garantie de son salaire précédent, et avec l'intention de lui confier progressivement plus de responsabilités. Il avait ainsi cherché à arranger "une situation qui lui échappait".

Dans ces circonstances, cette proposition n'a pas été faite pour faire pression sur l'appelant afin qu'il accepte une modification de son contrat de travail et, compte tenu des circonstances évoquées ci-dessus, le licenciement du 9 août 2004 ne revêt pas de caractère abusif.

Les premiers juges ont ainsi rejeté avec raison les conclusions de l'appelant tendant à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 336c CO.

4. L'appel est infondé et le jugement entrepris sera confirmé.

L'appelant succombant, l'émolument d'appel versé par ses soins reste acquis à l'Etat.

Il ne sera pas alloué de dépens, les parties n'ayant pas plaidé de manière téméraire.

### **PAR CES MOTIFS**

#### **La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 5**

#### **A la forme:**

Reçoit l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement TRPH/916/2004-5, rendu le 29 novembre 2005 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, dans la cause C/26693/2004-5.

Confirme ce jugement.

Dit que l'émolument d'appel versé par T\_\_\_\_\_ reste acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente