



E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Dominique REYMANN  
Rue de la Croix-d'Or 10  
1204 Genève

Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Eric STAMPFLI  
Route de Florissant 112  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

CAISSE DE CHÔMAGE \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Rue \_\_\_\_\_  
Case postale \_\_\_\_\_  
12\_\_ Genève

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 2 février 2006

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Jean RIVOLLET et Christophe BOSSON, juges employeurs

Mme Patricia ADLER et M. Jean-Pierre SEYDOUX, juges salariés

M. Claude BURNIER, greffier d'audience

**- EN FAIT -**

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 21 juillet 2005, E\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 17 juin 2005, dans la cause n° C/27346/2004 - 3, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 20 juin 2005, dont le dispositif est le suivant :

A la forme :

- condamne E\_\_\_\_\_ à payer T\_\_\_\_\_ la somme brute de frs. 26'000.00 (vingt-six milles francs) plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 septembre 2004, sous déduction de la somme nette frs. 4'412.40 (quatre milles quatre cent douze francs et quarante centimes) avancée par la Caisse de Chômage \_\_\_\_\_;
- condamne E\_\_\_\_\_ à payer à la Caisse de Chômage\_\_\_\_\_ la somme nette de frs 4'412.40 (quatre mille quatre cent douze francs et quarante centimes), plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 décembre 2004;
- condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme nette de frs. 1'000.00 (mille francs), plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 septembre 2004;
- donne acte à E\_\_\_\_\_ de son accord d'ajouter sur le certificat de travail du demandeur la mention selon laquelle il était un "bon tailleur – retoucheur" et de lui délivrer ledit certificat;

- l'y condamne en tant que de besoin;
- déboute les parties de toute autre conclusion,
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

En substance, le Tribunal a estimé que l'employé avait été licencié avec effet immédiat de façon injustifiée, l'avertissement donné le 7 septembre 1998 n'étant pas assorti d'une menace suffisamment claire. Il a considéré que le fait d'avoir effectué à plusieurs reprises des retouches pour un autre magasin ne constitue pas un motif valable de licenciement immédiat, car cette prestation a été effectuée dans le but de rendre service. Il a dès lors condamné l'employeur à payer les salaires de septembre encore impayés, ainsi que ceux dus pendant le délai de congé de 3 mois, compte tenu de l'article 5 CCT. Il a estimé également que le demandeur avait droit au paiement d'un 13<sup>ème</sup> salaire intégral sous déduction de l'acompte de frs. 1'000.00. Il a alloué au demandeur une indemnité de frs. 1'000.00 selon l'article 337 c al. 3 CO. Quant à la question du certificat de travail, il ne fait pas l'objet d'une contestation dans le cadre de la procédure d'appel.

L'appelante prend les conclusions suivantes :

- annuler et mettre à néant le jugement ;
- débouter Monsieur T \_\_\_\_\_ et la Caisse de Chômage \_\_\_\_\_ de toutes leurs conclusions.

L'appelante demande la réouverture des enquêtes et l'audition de sept témoins. La Cour relève que la plupart de ces témoins ont déjà été entendus par les premiers juges.

L'intimé, dans un mémoire déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 25 août 2005, a conclu préalablement, à ce que la Cour refuse la réouverture des enquêtes, et principalement, au rejet de l'appel.

Par courrier du 9 août 2005, la partie intervenante a déclaré maintenir sa production.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E\_\_\_\_\_ exploite à Genève un magasin de prêt-à-porter et d'articles divers, en particulier de la marque « Z\_\_\_\_\_ ». T\_\_\_\_\_ a été engagé par cette société à compter du 1<sup>er</sup> décembre 1996 en qualité de tailleur – retoucheur et de vendeur auxiliaire. Son salaire de base était fixé à 4'200.00 fr., versé douze fois l'an. Le dernier salaire mensuel brut s'est élevé à 5'400.00 fr., versé treize fois l'an, comme l'atteste une fiche de salaire d'août 2004.
- b) Lors d'une discussion au sujet d'une augmentation de salaire en janvier 1998, E\_\_\_\_\_ a fait remarquer à son employé qu'elle lui avait obtenu avec difficulté un permis de travail pour la boutique « Z\_\_\_\_\_ » et non pour des commerces concurrents ou des ateliers qui n'auraient pas pu obtenir ce permis. Elle a insisté sur le fait qu'elle comptait sur sa loyauté.
- c) Par lettre recommandée du 7 septembre 1998, E\_\_\_\_\_ a formulé différents reproches à son employé. Elle lui a demandé de se montrer plus déférent envers la clientèle, de respecter ses collègues vendeuses, d'accepter d'effectuer des heures supplémentaires ou des remplacements et surtout de respecter le secret professionnel et le secret d'affaires. Elle l'a enjoint de ne pas quitter la boutique et de respecter son devoir de fidélité. A sa lecture, on comprend que cette lettre valait avertissement, toutefois sans menace de sanction.

- d) Le 23 septembre 1998, un administrateur de E\_\_\_\_\_ a établi une note attestant que T\_\_\_\_\_ avait quitté son travail, sans avertir, pour aller recharger le parcomètre, laissant ouverte la porte de l'atelier, si bien que quelqu'un aurait pu pénétrer ou voler de la marchandise.
- e) Le 18 février 2000, E\_\_\_\_\_ a remis à son employé un bon d'une valeur de 1'500.00 fr. à valoir sur tout achat dans la boutique « Z\_\_\_\_\_ ». L'employeur insistait sur l'effort sérieux que devait fournir son employé pour garder des relations courtoises avec la clientèle et ses collègues, en sa qualité principale de tailleur et accessoirement d'aide vendeur.
- f) Le 17 septembre 2004, A\_\_\_\_\_, collaboratrice de E\_\_\_\_\_, a signé une attestation certifiant avoir constaté qu'une jeune fille entrait par la porte du magasin avec, dans les mains, un pantalon sur cintre qu'elle a remis à T\_\_\_\_\_. L'employeur a de suite mené une enquête et a constaté que cette personne travaillait à la boutique voisine « Y\_\_\_\_\_ » qui est une concurrente. L'employeur déclare avoir ainsi appris que son employé effectuait régulièrement des retouches pour cette boutique et pour d'autres personnes. Dans la mesure où l'employeur avait formellement fait interdiction à cet employé d'exécuter du travail pour des tiers et en raison des problèmes relationnels de celui-ci avec ses collègues, il a résilié le contrat de travail avec effet immédiat pour justes motifs, par courrier du 21 septembre 2004.
- g) Par lettre du 7 octobre 2004, X\_\_\_\_\_ a contesté pour son client l'existence de justes motifs tout en admettant que celui-ci avait effectué quelques retouches pour la boutique « Y\_\_\_\_\_ » mais à titre exceptionnel et sans rémunération. Pour le surplus, les problèmes relationnels avec les collègues de travail étaient niés. Elle a réclamé le paiement des salaires de septembre à fin novembre 2004, en réservant le paiement d'une indemnité conformément à l'article 337 let. c CO.

- h) Le salaire de l'employé n'a pas été payé pour le mois de septembre 2004. Un montant de 1'000.00 fr. a été versé à titre d'acompte sur le 13<sup>ème</sup> salaire pour l'exercice 2004.
- i) Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 6 décembre 2004, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de 58'400.00 fr. plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 septembre 2004. Ladite somme se décompose comme suit :
- 21'600.00 fr. à titre de salaire durant le délai de congé,
  - 32'400.00 fr. à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié,
  - 4'400.00 fr. à titre de solde du treizième salaire pour l'année 2004.

Le demandeur a également requis la délivrance d'un certificat de travail conforme à l'article 330 a al. 1 CO et à l'allocation de dépens.

Le demandeur a indiqué qu'il n'avait jamais fait l'objet d'un avertissement. Il conteste avoir travaillé pour d'autres boutiques et a précisé, au chiffre 6 de son mémoire, qu'il avait uniquement effectué, en date du 20 septembre 2004, une seule retouche pour la boutique voisine, cela pour dépanner sa propriétaire dont la machine à coudre était en panne. Le demandeur a insisté sur le caractère unique de ce service gratuit.

- j) Dans son mémoire réponse du 20 janvier 2005, E\_\_\_\_\_ a indiqué que les fortes augmentations de salaire ont été accordées sous la menace de l'employé de changer d'emploi, puisqu'il y avait pénurie de tailleurs – retoucheurs. D'ailleurs, en janvier 1998, elle avait accordé une augmentation de salaire afin que son collaborateur n'effectue pas de retouches pour un autre atelier pendant ses heures de congé. Elle estime avoir donné des avertissements très clairs concernant le comportement de son collaborateur, confirmés par courrier du 8 septembre 1998.

Ce courrier rappelait clairement les devoirs de loyauté et de secret professionnel avec interdiction de quitter la boutique pendant les heures travail. Elle ajoute qu'en plus le demandeur a manqué de courtoisie à l'égard des clients et ne s'entendait pas avec ces collègues de travail. Enfin, les dates des vacances ont souvent été un sujet de polémique. La défenderesse a également fait allusion à l'expérience avortée de l'ouverture au public d'un atelier de retouches en 1997, en raison de la mauvaise volonté du demandeur.

- k) Par lettre du 23 décembre 2004, la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ est intervenue dans la procédure. Elle s'est subrogée aux droits du demandeur à hauteur de 4'412.40 fr., somme correspondante aux indemnités avancées pour le mois de décembre 2004, plus intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 21 décembre 2004. Cette déclaration a été confirmée lors de l'audience du 4 mars 2005.
- l) Il ressort des enquêtes ce qui suit :
- B \_\_\_\_\_, exploitante de la boutique « Y \_\_\_\_\_ » a reconnu que T \_\_\_\_\_, qu'elle connaît depuis 8 ans, a effectué pour son compte plusieurs retouches.
  - Le témoin C \_\_\_\_\_, secrétaire – comptable, déclare avoir remplacé à plusieurs reprises un vendeur ou une vendeuse absent. Un samedi, quelqu'un est venu pour demander si T \_\_\_\_\_ pouvait prendre une retouche. Elle a répondu que ce dernier travaillait pour E \_\_\_\_\_ et non pour les autres magasins. Elle a entendu une collaboratrice de E \_\_\_\_\_ déclarer avoir constaté qu'un matin le fer à repasser était chaud alors même que la boutique n'était pas ouverte. Elle confirme que T \_\_\_\_\_ a bien menacé de quitter son emploi s'il n'obtenait pas une augmentation. Elle a

constaté la mauvaise ambiance créée par ce collaborateur qui menaçait de partir et qui se mêlait des affaires des autres vendeurs.

- Le témoin D \_\_\_\_\_, vendeuse à la boutique, a vu la gérante du magasin « Y \_\_\_\_\_ » apporter un pantalon à retoucher à T \_\_\_\_\_. Cela s'est passé à deux ou trois reprises, peu avant le licenciement. Elle confirme que le demandeur avait des problèmes avec les autres vendeuses, dont l'une d'elles a même donné son congé.
  
  - Le témoin G \_\_\_\_\_ a vu, le samedi 18 septembre 2004, la responsable de la boutique « Y \_\_\_\_\_ » amener quatre ou cinq pantalons qu'elle a remis à T \_\_\_\_\_ afin qu'il fasse des retouches. Il a parlé de cet incident à Madame D \_\_\_\_\_, qui a confirmé que le demandeur faisait des retouches de temps en temps. Il en a parlé à l'administratrice de la société, cette dernière a été surprise et furieuse. Lui aussi avait des problèmes relationnels avec le demandeur.
- m) A l'audience du 12 avril 2005, T \_\_\_\_\_ a admis qu'en huit années d'activité, la boutique « Y \_\_\_\_\_ » lui avait amené des pantalons à retoucher trois ou quatre fois, sans rémunération. A l'audience du 24 octobre 2005, l'appelant a modifié sa version en indiquant que la responsable de la boutique « Y \_\_\_\_\_ » ne lui avait apporté qu'une seule fois un pantalon à retoucher, tout en précisant avoir effectué une seule fois une autre retouche.

Le témoin H \_\_\_\_\_, entendue à l'audience du 24 octobre 2005, a précisé que l'appelant avait conscience qu'il était strictement prohibé de faire du travail pour des tiers, sauf autorisation expresse. Elle confirme les mauvaises relations qu'entretenait l'appelant avec ses collègues de travail, de même que le peu de diplomatie vis-à-vis de la clientèle. Elle précise que l'employeur n'a jamais autorisé l'employé à exécuter du travail pour lui-même, ou pour des clients à lui.

- n) Par courrier du 9 août 2005, la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ a maintenu sa production.

**– EN DROIT –**

1. Déposé dans le délai la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E \_\_\_\_\_ est recevable.
2. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, no 449).
3. L'article 321 let. d CO prévoit que l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières. Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données. Au droit de l'employeur de donner des instructions, correspond l'obligation du travailleur d'obéir à ces dernières (devoir d'obéissance). Ce devoir s'apparente au devoir de diligence, l'un et l'autre étant en rapport avec l'obligation de travailler (J-L. Duc/O.Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, ad. art. 321 d CO). Il faut naturellement que les instructions données trouvent leur limite dans la protection de la personnalité du travailleur, et ne constituent pas une modification unilatérale du contrat de travail (Favre/Muloz/Tobler, Le contrat de travail, code annoté, ad. art. 321 d CO ; Duc/Sublia, op. cit. p. 113).

4. Dans le cas d'espèce, il ne fait pas de doute que l'intimé avait reçu à plusieurs reprises l'instruction de ne pas exécuter du travail, rémunéré ou non, pour des tiers. En particulier, l'employeur avait fortement augmenté le salaire, à compter de décembre 1997, en insistant sur le fait que l'employé ne devait pas travailler pour d'autres boutiques. En outre, le 7 septembre 1998, l'employeur avait insisté sur le devoir de fidélité de son collaborateur. De plus, la directrice du magasin, H\_\_\_\_\_, avait bien précisé que l'intimé avait conscience de la défense stricte d'exécuter du travail pour des tiers, sauf avec son autorisation expresse.
  
5. La Cour estime que l'injonction donnée à T\_\_\_\_\_ ne violait en rien ses droits de la personnalité et qu'elle s'inscrivait dans le cadre de son contrat de travail. Compte tenu du salaire reçu, l'intimé n'avait aucun motif de consacrer du temps à faire des retouches pour des tiers. La Cour retiendra que l'intimé n'a pas exécuté qu'une fois ou deux une retouche pour la boutique « Y\_\_\_\_\_ ». A ce propos, les déclarations que celui-ci a faites, tant à l'audience du 24 octobre 2005 que dans sa demande en paiement, ne peuvent être suivies. Elles sont infirmées par le témoignage de B\_\_\_\_\_ qui a admis l'existence de retouches pour son compte, à plusieurs reprises. Il en est de même des déclarations de plusieurs témoins. Dès lors, la Cour a l'intime conviction que l'intimé avait reçu des instructions formelles de ne pas exécuter du travail pour des tiers qu'il a violé cette injonction à répétées reprises.
  
6. L'article 321 a CO fait obligation au travailleur de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Est une forme particulière de concurrence illicite, l'accomplissement de travaux personnels en utilisant le matériel de l'entreprise durant les heures de bureau. Il y a ici une double violation du devoir de fidélité : l'utilisation à des fins personnelles du temps de travail que l'employé est censé consacrer à son employeur et l'usage du matériel de ce dernier à d'autres

butts que ceux prévus ou autorisés. Peu importe que le travail accompli fasse concurrence ou non à l'employeur (J-L Duc/O. Sublia, Commentaire du contrat individuel de travail, p. 111 ; A. Staehelin, Commentaire zurichois, n° 25 ad. art. 321 a CO ; M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 46 ; F. Vischer, Contrat de travail, p. 75).

7. En acceptant à plusieurs reprises d'exécuter du travail pour au moins une entreprise concurrente, pendant ses heures de travail et en utilisant les locaux et le matériel de l'employeur, T\_\_\_\_\_ a violé son devoir de fidélité.
  
8. Selon l'article 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour des justes motifs. Doivent notamment être considérées comme telles, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé, la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 127 III 152 consid. 1A et les références citées). L'avertissement qui doit précéder un licenciement immédiat remplit deux fonctions: il contient un reproche formulé par l'employeur et exprime la menace d'une sanction. Il n'est pas nécessaire que l'employeur menace expressément le travailleur d'un licenciement immédiat : il suffit qu'il résulte clairement de l'avertissement ou des circonstances que l'intéressé ne s'expose pas simplement à un licenciement ordinaire, mais à un licenciement immédiat (Staehelin, Commentaire zurichois, ad. art. 337 CO). Au surplus, l'employeur peut s'abstenir d'un avertissement lorsqu'il ressort de l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile (Rehbinder, Commentaire

bernois, ad. art. 337 CO). Par manquement du travailleur, on entend la violation des obligations découlant du contrat de travail (ATF 121 III 467).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs. Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 116 II 145 ; ATF 111 II 245).

9. Dans le cas d'espèce, l'intimé avait été clairement averti qu'il ne devait pas fournir des prestations pour des tiers et qu'il devait consacrer tout son temps à l'exécution de son travail en faveur de E\_\_\_\_\_. Par contre, les avertissements n'ont pas été assortis de la menace du licenciement immédiat. Il faut donc que la violation ait été objectivement grave pour justifier ce licenciement immédiat. La jurisprudence insiste sur le fait que l'obligation de fidélité constitue un manquement grave du travailleur (ATF 117 II 72 consid. 3 in fine; ATF 4c 178/2002/ech du 13 septembre 2002 consid. 1.1). L'intimé avait d'ailleurs parfaitement conscience de son obligation de fidélité. C'est ainsi qu'il a minimisé ses actes en admettant, après avoir été pris sur le fait, un seul cas, éventuellement deux. Dès lors, la Cour considère comme grave l'infraction aux articles 321a et 321d CO. L'intimé avait reçu des instructions précises qu'il n'a pas respectées.

Les liens de confiance sont à la base du contrat de travail ; s'ils sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, il permet même d'aller jusqu'à légitimer la cessation immédiate des rapports de travail sans avertissement préalable (ATF 117 III 86 consid. 2c et ATF 4c.400/2004/ech) De son côté, l'employeur avait augmenté le salaire de l'intimé puisque sa rémunération annuelle a passé 50'400.00 fr. à 70'200.00 fr. En contre partie, l'intimé devait se conformer aux directives et respecter son devoir de fidélité.

Les autres reproches formulés par l'employeur constituent certes des fautes qui ont une influence sur l'appréciation générale du comportement de l'intimé. Il a été établi que ce dernier entretenait des relations conflictuelles avec ses collègues de travail et que son comportement n'était pas adéquat à l'égard de la clientèle. La découverte des prestations fournies par l'intimé à la boutique concurrente était bien de nature à rompre définitivement les rapports de confiance qui constituent le fondement même du contrat (ATF 124 III 25). Il serait en l'occurrence exagéré d'exiger de l'employeur qu'il respecte le délai de congé, compte tenu de la violation grave des obligations contractuelles.

Le jugement des Prud'hommes sera réformé sur ce point et il sera jugé que le contrat de travail a pris fin le 21 septembre 2004.

10. L'intimé a reçu son salaire jusqu'à la fin du mois d'août. Il a droit à son salaire pour la période du 1<sup>er</sup> au 21 septembre 2004 soit 3'780.00 fr. Il a droit au paiement prorata du treizième salaire, ce qui représente la somme de 3'915.00fr., sous imputation de l'acompte de 1'000.00 fr., soit 2915.00 fr.
11. Les créances deviennent immédiatement exigibles à la fin des rapports de travail. L'intérêt moratoire de 5 % l'an sera calculé à compter du 21 septembre 2004.
12. En ce qui concerne les conclusions de l'intervenante, elles seront rejetées dans la mesure où la Caisse de Chômage\_\_\_\_\_ a versé des prestations en faveur de l'intimé pour le mois de décembre 2004, conformément à son courrier du 22 septembre 2004.
13. A teneur de l'article 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties.

**PAR CES MOTIFS**

**La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3**

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes de Genève, du 17 juin 2005, rendu dans la cause n° C/27346/2004 - 3.

Au fond :

- Annule ledit jugement

Statuant à nouveau :

- condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 6'695.00 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 septembre 2004;

- donne acte à E \_\_\_\_\_ de son accord d'ajouter sur le certificat de travail du demandeur la mention selon laquelle il était « bon tailleur-retoucheur » et de lui délivrer ledit certificat;
- l'y condamne en tant que de besoin ;
- déboute la Caisse de Chômage \_\_\_\_\_ de ses conclusions.
- déboute les parties de toute autre conclusion
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

La Greffier de juridiction

Le Président