



T____
Dom. élu : Me Jacques-Alain BRON
Boulevard des Philosophes 14
1205 Genève

E____
Dom. élu : Me Maurice TURRETTINI
Rue de Hesse 8-10
Case postale 5715
1211 Genève 11

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 29 mai 2007

M. Louis PEILA, président

MM. Jean-François HUGUET et Laurent VELIN, juges employeurs

Mme Sylvie AUBERT et M. Claude Elie CERUTTI, juges salariés

Mme Nathalie ARTUR, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 novembre 2006, T___ appelle d'un jugement rendu le 25 octobre 2006, notifié le lendemain, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes a condamné E___ à lui payer 9'903 fr. 90 plus intérêts à 5% l'an dès le 31 décembre 2005, le déboutant de toutes autres conclusions.

L'appelant réclame le versement de 32'500 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 41'867 fr, plus intérêts de droit et sous déduction des charges légales usuelles, à titre de réajustement de salaire, de solde de salaire, de durée du préavis de licenciement, de solde de vacances et d'heures complémentaires et supplémentaires.

B. Dans sa réponse du 22 janvier 2007, l'intimée a formé un appel incident et conclu au déboutement de l'appelant de l'ensemble de ses conclusions.

C. Les faits suivants résultent de la procédure:

a) Le Groupe A___ comprend quatre entités :

- A1___, sise à Lausanne, mais disposant d'une succursale à Genève, dont le but social est la surveillance et la protection de personnes, droits, biens mobiliers et immobiliers, service d'ordre et toute autre fonction lors de manifestations;
- A2___, chargée d'assurer la sécurité dans et autour de l'aéroport de Zürich-Kloten;

- A3___, qui s'occupe d'installation et maintenance de systèmes de sécurité;
- E___, sise à Zurich, dont le but social est le convoyage de valeurs patrimoniales.

Chaque entité figure au Registre du commerce en tant que société indépendante des autres.

- b) T___ a été engagé le 12 juillet 1993 par A1___ en qualité d'agent de sécurité auxiliaire, jusqu'au 31 janvier 1995, puis en qualité d'agent de sécurité.

Il a résilié son contrat, par courrier du 23 septembre 2003, avec effet au 31 décembre 2003. T___ disait agir ainsi à regret; il mentionnait également sa démission du poste de Chef de section aux patrouilles et annonçait qu'il ne ferait plus partie du personnel de A1___ dès le 31 décembre 2003. Devant les premiers juges, T___ a précisé qu'il ne s'entendait pas très bien avec le responsable des patrouilles et qu'il n'avait pas d'informations à transmettre à A1___, qu'il avait décidé de quitter (pv du 30.05.06).

- c) Dès le 1^{er} janvier 2004, T___ a été engagé par E___, en qualité de convoyeur de fonds. Selon Z___, l'engagement de T___ s'est déroulé ainsi : « M. T___ avait déjà démissionné de A1___ lorsqu'il m'a contacté et je l'ai engagé au terme de son préavis de congé. Il ne s'agissait donc pas d'un transfert. » (pv du 30.05.06, p. 6).

Les parties n'ont formalisé leur accord par un contrat écrit que le 15 janvier 2004. Il était notamment stipulé que le salaire mensuel brut, versé treize fois l'an, s'élèverait à 4'400 fr., pour une durée de travail mensuelle de 172.2 heures, étant précisé que : « Le 80% du salaire de base (...) est versé le 25 de chaque mois. Le solde du salaire est payé au début du mois suivant après l'établissement du décompte des heures effectivement travaillées pendant le mois civil. » (cf. pce 1 E___).

Si les fiches de paie de T___ ont mentionné un salaire mensuel brut identique pendant toute la durée de son engagement, à hauteur de 4'400 fr., il est de fait que sa rémunération était chaque mois différente, nettement supérieure à ce montant, et fluctuait en fonction des heures supplémentaires et complémentaires, accomplies systématiquement.

Les montants bruts versés à T___ ont été les suivants :

2004

- janvier 7'000 fr. 15;
- février 6'166 fr. 45;
- mars 7'111 fr. 50;
- avril 5'949 fr. 65;
- mai 5'476 fr. 20;
- juin 6'334 fr. 05;
- juillet 6'268 fr. 65;
- août 6'350 fr. 15;
- septembre 6'321 fr. 50;
- octobre 5'989 fr. 45;
- novembre 7'022 fr. 95;
- décembre 8'295 fr. 20

soit un revenu annuel brut de 78'285 fr. 90, sans le 13^{ème} salaire.

2005

- janvier 6'668 fr. 80;
- février 6'039 fr. 25;
- mars 6'049 fr. 25;
- avril 6'315 fr. 30;
- mai 5'865 fr. 85;
- juin 6'878 fr. 60;
- juillet 6'037 fr. 60;
- août 6'124 fr. 60;

- septembre 6'474 fr. 55,

soit un revenu total brut de 56'453 fr. 80 pour les neuf premiers mois de l'année.

Pour le mois d'octobre 2005, durant lequel il a été mis à pied le 13, T___ a perçu 5'095 fr. 60 brut. Il a ensuite reçu 4'399 fr. 95 brut en novembre 2005 et 5'531 fr. 65 brut en décembre 2005. Cette dernière somme comprenait un montant de 293 fr. 60 pour des heures supplémentaires accomplies durant l'année et 838 fr. 10 à titre de vacances.

- d) Le 3 juin 2005, un ordre de service a été émis par l'employeur concernant les « *procédures transports de nuit* » entre Lausanne et Zürich, imposant des consignes de sécurité au cours du trajet lui-même, ainsi que lors du chargement et déchargement des valeurs. T___ a déclaré ne pas en avoir eu connaissance.
- e) Dans la nuit du 11 au 12 octobre 2005, T___ et son coéquipier Y___ avaient pour mission de convoier des valeurs mobilières, dont un sac d'or d'une valeur de 200'000 fr., de Genève à Zurich, via la succursale A1___ de Lausanne.

Ils sont arrivés à Lausanne aux alentours de 21h00 et ont effectué un transbordement de valeurs en compagnie de deux collègues vaudois, X___ et W___. Après cela, les quatre convoyeurs se sont retrouvés à la cafétéria, d'où ils ne pouvaient surveiller les fourgons. En effet, à Lausanne, les transferts de valeurs se déroulent dans un garage semi-public, auquel les habitants de l'immeuble en cause ont accès. L'ordre de service sus-indiqué mentionnait d'ailleurs que, « *en raison des caractéristiques de la zone de chargement de la succursale de Lausanne* », il était impératif que tous les collaborateurs présents accomplissent ensemble les transferts et maintiennent une vigilance particulière à l'occasion du maniement des valeurs entre les blindés et à la sortie du local coffres. En aucun cas, un blindé contenant des valeurs ne devait stationner sans surveillance, l'ordre

de service rappelant qu'un chauffeur n'était pas autorisé à quitter son véhicule.

Parvenus à Zürich vers minuit, T___ et Y___ ont constaté que le sac d'or avait disparu. Ils ont entrepris de le rechercher, en téléphonant à leurs collègues des succursales de Genève et de Lausanne, afin de vérifier si le sac ne s'y trouvait pas. Ce n'est que vers 4h00 ou 5h00 du matin qu'ils ont avisé leurs supérieurs de cette perte.

Aucune trace d'effraction n'a été relevée sur le fourgon et le système de vidéo-surveillance de la succursale de Lausanne n'a rien révélé de particulier.

Suite à ces événements, T___ et Y___ ont été aussitôt mis à pied.

- f) Le 13 octobre 2005, A1___ a porté plainte contre inconnu.

Par décision du 6 février 2006, définitive, le Procureur général a classé cette plainte, l'enquête n'ayant pas permis d'établir ce qu'il était advenu du sac en question, ni d'imputer à quiconque la commission d'une infraction.

- g) Le 27 octobre 2005, estimant que l'incident survenu dans la nuit du 11 au 12 octobre précédent avait « *rompu de façon irrémédiable* » les liens de confiance, l'employeur a signifié à T___ son licenciement pour le 31 décembre 2005, en le libérant de son obligation de travailler durant le délai de congé et en lui demandant de prendre son solde de quatre jours de vacances pendant cette période.

Y___ a également été licencié.

- h) Par lettre du 28 octobre 2005, T___ s'est plaint d'être victime d'un licenciement abusif; il considérait avoir respecté toutes les procédures qui lui avaient été enseignées au sein de l'entreprise et ne pas devoir être tenu pour responsable des « *procédures déficientes de l'entreprise en matière de*

sécurité ou de formation » qui avaient « *pu conduire à la disparition du sac* ».

E___ lui a répondu qu'il avait été licencié pour la responsabilité encourue dans la disparition d'un colis d'une valeur considérable, au sujet de laquelle il n'avait pu s'expliquer. Or, cette disparition impliquait nécessairement une violation des procédures enseignées et, partant, une rupture du lien de confiance, de sorte que son licenciement n'était pas abusif.

Rien de constructif n'est ressorti de la correspondance échangée ultérieurement par les parties.

- i) T___ a fait valoir, en décembre 2005, des prétentions s'élevant à 65'270 fr. 55, au titre de paiement des heures supplémentaires, de solde de salaire et de treizième salaire, ainsi qu'en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

Le bien-fondé de ces prétentions a été entièrement réfuté par l'employeur dans une lettre du 14 décembre 2005, sous réserve du paiement de 13.14 heures supplémentaires qui serait versé avec le salaire de décembre.

- j.a) En février 2006, T___ a assigné E___ en paiement de 52'632 fr., soit 32'500 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 5'250 fr. brut à titre de solde de salaire, 5'250 fr. brut à titre de solde d'indemnité pour vacances non prises, 5'250 fr. brut à titre de solde des treizièmes salaires 2004 et 2005 et 4'382 fr. brut à titre de paiement des heures supplémentaires, plus intérêts de droit.

Il concluait également à la condamnation de son employeur au paiement de charges sociales sur une somme brute de 20'132 fr.

T___ prétendait que E___ l'avait pris comme « bouc émissaire » et licencié pour se faire bien voir du client propriétaire du sac. Par ailleurs, se disant choqué par les événements de la nuit du 11 au 12 octobre 2005, il reprochait

à son employeur une violation de son devoir de protection de la personnalité en ne lui apportant aucun soutien.

Il affirmait par ailleurs que le salaire figurant dans son contrat était simulé et qu'il bénéficiait d'une créance contre son employeur résultant de la différence entre le salaire réel et le salaire de base, laquelle devait également s'appliquer au délai de congé, au treizième salaire et aux vacances, pour 2004 et 2005.

j.b) E___ a conclu au déboutement de sa partie adverse.

En substance, elle contestait le caractère abusif du licenciement, considérant qu'en toute hypothèse T___ et son collègue avaient commis une faute grave, rompant le lien de confiance nécessaire et rendant impossible la poursuite des rapports de travail.

j.c) A l'audience du 2 mai 2006, T___ a renoncé à sa prétention en paiement de 4'382 fr., mais a amplifié ses conclusions, de manière à tenir compte de son ancienneté au sein du groupe A___, en réclamant 7'200 fr. à titre de différence de salaire sur 24 mois, 2'139 fr. 10 à titre de paiement de 1222.34 heures complémentaires en 2004 et 2005, 470 fr. 70 pour les heures supplémentaires de 2004 et 5'426 fr. pour celles de 2005 et 6'500 fr. pour le salaire de janvier 2006.

S'agissant des faits, T___ a exposé n'avoir pas reçu de formation et avoir appris son métier au contact de convoyeurs expérimentés. Il a contesté avoir commis la moindre erreur lors du transport qui a justifié son licenciement.

Pour sa part, E___ a confirmé que la disparition d'un colis impliquait nécessairement une faute des convoyeurs, laquelle rompait la relation de confiance existante et rendait impossible la poursuite des rapports de travail.

k) Il ressort encore ceci des documents produits et des témoignages recueillis :

- A l'occasion d'un passage d'employés de A1___ à E___, en 2002 et en 2004, cette transition a été négociée et la mention de « transfert » a été spécifiquement incluse dans la correspondance accompagnant le nouveau contrat (cf. pces 14 et 15 E___).
- Selon R___ et S___, amis de T___, ce dernier avait très mal vécu son licenciement et les accusations qui l'accompagnaient, allant même jusqu'à parler de suicide. S___ a par ailleurs expliqué l'avoir engagé depuis lors, précisant qu'il s'agissait d'un employé très respectueux des consignes.
- U___, agent d'intervention chez A1___, a expliqué que T___ l'avait contacté durant la nuit du 11 au 12 octobre 2005, lui demandant de vérifier si un colis était resté dans les locaux de E___, ce qui n'était pas le cas.
- V___, commis à la réception des marchandises et à la préparation des livraisons pour les convoyeurs de fonds, avait lui-même chargé le sac d'or litigieux. Il a été informé de sa disparition par T___, au matin du 12 octobre 2005, vers 4h00 ou 5h00. V___ lui avait dit d'avertir la hiérarchie, le traitement de cette disparition excédant ses compétences. Par ailleurs, V___ savait qu'à Lausanne, l'un des convoyeurs allait chercher les cafés pour les autres, qui demeuraient à côté du fourgon. Selon lui, T___ savait qu'il ne fallait jamais laisser le fourgon sans surveillance.
- Un autre convoyeur de E___, P___, a exposé être arrivé de chez A1___ et avoir bénéficié d'un transfert, en conservant ainsi les droits découlant de son ancienneté. Il lui était arrivé de faire équipe avec T___; lorsqu'ils étaient à Lausanne, l'un d'eux restait en principe près du fourgon, même s'il était arrivé que le fourgon restât sans surveillance, lorsque l'un allait chercher les cafés et que l'autre se rendait aux toilettes. Il n'avait pas été instruit du fait qu'un blindé ne devait pas rester sans surveillance.

- Q___, responsable de l'agence de Lausanne, a expliqué qu'un convoyeur qui s'apercevait d'une perte de marchandise devait s'immobiliser immédiatement et informer aussitôt sa hiérarchie, n'étant pas autorisé à mener une enquête. Ces consignes n'étaient pas remises aux convoyeurs, mais ils en connaissaient la teneur.

EN DROIT

1. *1.1.* Interjetés dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), les appels principal et incident sont recevables.

1.2. Il n'est pas contesté 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. Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que le lieu habituel de travail de l'appelant se trouvait dans le canton de Genève.

2. L'appelant soutient tout d'abord que la résiliation des rapports de travail constitue un licenciement abusif et s'oppose par conséquent au raisonnement du Tribunal.

2.1.1. Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas

expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116/117; 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2 p. 537/538).

Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538/539; 125 III 70 consid. 2b p. 73).

2.1.2. La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC; ATF 123 III 246). Cependant, la preuve ayant souvent pour objet des éléments subjectifs, 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 fictif le motif avancé par l'employeur, et le motif abusif plus plausible. Cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve. 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 (SJ 1993, p. 360; ATF 115 II 484, consid. 2b; Streiff/Von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 16 *ad* art. 336 CO; SJ 1993, p. 360).

2.2. Il convient donc d'examiner, à l'aune de ces principes, si le licenciement de l'intimé peut être qualifié d'abusif compte tenu des circonstances d'espèce (ATF 121 III 60 consid. 3d p. 63).

L'appelant a été licencié en raison d'une rupture du rapport de confiance nécessaire entre l'employeur et le travailleur, consécutivement à la disparition d'un colis de valeur dans un fourgon dont l'appelant avait la

responsabilité. Compte tenu de la nature de la société intimée et du travail à accomplir par l'appelant, on ne voit pas en quoi le licenciement d'espèce pourrait être taxé d'abusif. Il est indiscutablement dans l'ordre des choses qu'un employeur se sépare d'un convoyeur de fonds lorsque celui-ci est impliqué, de quelque manière que ce soit, dans la disparition d'un bien mobilier de valeur. Incontestablement, en laissant un fourgon sans la moindre surveillance, fait dûment établi en l'espèce, l'appelant a commis une faute propre à ruiner la confiance que son employeur avait en lui. Cette faute intervenant alors que les rapports de service ne duraient que depuis moins de deux ans, l'appelant ne saurait se prévaloir d'une longue expérience, exempte de défaillances, qui pourrait éventuellement justifier une marque de mansuétude. Par ailleurs, l'intimée a réagi sans délai, traitant les deux employés concernés de manière identique, et la lettre de licenciement ne comporte aucun terme qui ne serait pas conforme à la réalité ou qui pourrait être considéré comme inconvenant par l'appelant. Notamment, l'intimée ne fait état d'aucun soupçon à son égard. On ne voit pas en définitive en quoi l'attitude logique et correcte adoptée par l'appelante pourrait être constitutive d'un licenciement abusif.

2.3. L'appelant considère néanmoins que son congé est abusif, car l'intimée ne lui a accordé aucun suivi psychologique après la disparition du sac, et a mis en doute sa probité, invoquant en cela la protection de l'art. 328 CO.

L'art. 328 CO régit la protection de la personnalité du travailleur dans les rapports de travail. Il s'applique principalement en cas de mobbing, ou harcèlement psychologique, qui se définit comme un enchaînement de propos ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail.

Cette norme de protection est citée à mauvais escient par l'appelant, qui ne décrit aucun comportement répréhensible de l'intimée avant sa mise à pied, laquelle était, on l'a vu, justifiée. L'appelant se trompe également lorsqu'il se réfère à une jurisprudence du Tribunal fédéral ayant admis le licenciement

d'un cadre bancaire, pour servir de « fusible », dont le seul tort était, semble-t-il, sa qualité de supérieur hiérarchique d'un employé ayant commis de graves infractions au patrimoine. En effet, en l'espèce, l'appelant n'a pas été traité en tant que « bouc émissaire » ou « fusible » pour couvrir l'activité d'un tiers, mais en tant que convoyeur ayant failli à une obligation élémentaire, soit la surveillance constante de son fourgon. C'est ce manquement qui a justifié son licenciement, et non pas une mise en cause de sa probité. On ne voit pas non plus que l'employeur aurait eu, en pareille circonstance, l'obligation de gérer le stress de son employé, étant précisé que celui-ci n'a rien démontré à ce sujet. De même, la mise en cause de sa probité, dont il se plaint, n'est pas établie.

2.4. En conséquence, le congé n'est pas abusif, ne contrevient nullement à l'art. 328 CO et n'ouvre la voie au versement d'aucune indemnité.

3. L'appelant considère que son ancienneté au sein du groupe A___ lui confère des droits que le Tribunal ne lui a pas reconnus, qu'il s'agisse du délai de congé, du salaire, du montant dû pour les heures complémentaires ou supplémentaires, ainsi que pour les vacances. A son avis, le Tribunal a examiné ses prétentions en se fondant à tort sur les dispositions régissant le transfert des relations de travail.

3.1.1. A teneur de l'art. 333 CO, un transfert d'entreprise met en jeu trois parties - l'employeur, le travailleur et l'acquéreur. D'un autre point de vue, l'application de l'art. 333 CO suppose que l'employeur transfère l'entreprise à un tiers, qui s'engage à reprendre les rapports de travail, de sorte que l'entreprise doit rester identique avant et après l'opération.

3.1.2. En l'occurrence, s'il y a bien eu transfert d'entreprise en 2000 entre A1___ et l'intimée, celui-ci ne concernait nullement l'appelant, qui est alors resté dans la même entreprise.

3.2.1. La question que pose le cas d'espèce est plutôt de savoir si l'appelant,

en restant dans le même groupe, a droit à la prise en compte de toutes les années passées au sein dudit groupe pour le calcul de l'ancienneté.

3.2.2. La spécificité du cas d'espèce tient au fait que l'appelant a décidé, seul, de quitter l'une des entreprises du groupe. Il a ensuite approché une personne qu'il connaissait, dans une autre entreprise de ce groupe, pour savoir s'il pourrait être engagé. Après avoir été engagé, les partenaires ont négocié leur contrat. Cela résulte de la date de sa signature (14.01.2004) par rapport à la date de l'engagement (01.01.2004).

3.2.3. Il convient donc d'examiner si, malgré l'absence de transfert au sens de l'art. 333 CO, la durée du contrat passé avec A1___ s'ajoute à la durée du contrat signé avec l'intimée.

En l'espèce, le dossier démontre que l'appelant avait décidé de quitter A1___ parce qu'il ne s'entendait plus avec son supérieur, décision qui n'était pas liée avec son prochain emploi, dont il ignorait tout au moment de l'envoi de sa lettre de licenciement. C'est l'appelant qui, après avoir donné son congé, a pris contact avec une connaissance, employée de l'intimée, sans faire référence à son précédent emploi ni demander à son précédent employeur un éventuel accord. Le nouveau contrat a été négocié comme un premier contrat. Les particularités du cas d'espèce ne permettent pas, au regard des règles de la bonne foi de retenir la continuité des rapports de travail. L'appelant n'a donc pas droit à l'ancienneté qu'il invoque.

4. L'appelant considère que les parties ne se sont pas entendues sur un salaire déterminé, mais pour une rémunération qui tiendrait compte des heures supplémentaires et complémentaires régulièrement accomplies.

4.1.1. Selon l'art. 322 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

L'art. 322 al. 1 CO exprime l'idée qu'en droit suisse, la rémunération du

travailleur est soumise, en premier lieu, au principe de la liberté contractuelle, notion faisant appel à l'autonomie de la volonté des parties et donc à leur volonté subjective (ATF 122 III 110 = JdT 1996 I 618 (rés.)). La volonté subjective des parties concernant le montant de la rémunération peut, du fait que le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme particulière, être exprimée, par écrit, oralement ou même tacitement, par actes concluants (Rehbinder, Basler Kommentar, ad art. 320 n° 9 – 11; Wyler, Droit du travail, 2002, p. 58).

4.1.2. Pour tenter de déterminer quel a été le salaire convenu, au sens de l'art. 322 al. 1 CO, il y a lieu de rechercher, tout d'abord et comme le rappelle l'art. 18 al. 1 CO, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations éventuellement erronées utilisées par elles. L'art. 18 al. 1 CO a servi de base au développement, par le Tribunal fédéral, d'une véritable méthode d'interprétation réglant non seulement les cas où les parties sont parvenues à un accord, mais aussi ceux où l'accord n'est pas complet ou fait défaut (Winiger, Commentaire romand, n° 132, ad art. 18 CO). Conformément au principe de la primauté de la volonté subjective, consacrée par l'art. 18 CO (ATF 121 III 118; ATF 123 III 35), le juge doit en premier lieu rechercher la volonté subjective des parties (ATF 125 III 263; Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n° 834; Zeller, Basler Kommentar, n° 31 ad art. 18). A cet égard, il peut s'inspirer des circonstances antérieures ou survenues postérieurement à la conclusion du contrat et pouvant constituer des indices de la volonté des parties (ATF 4C. 246/2003; ATF 118 II 365; SJ 1996, p. 553; Winiger, op. cit., n° 133, ad art. 18 CO).

Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée ou hypothétique des parties en interprétant leurs manifestations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner, même si les parties ne se sont exprimées que par actes concluants (ATF 4C. 246/2003; SJ 1996, p. 552; ATF 110 II 344; ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). C'est alors le contenu objectivé du contrat qu'il y a lieu de déterminer. Pour

y parvenir, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion, du but poursuivi par les parties et des usages (ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72= JdT 1972 I 531).

4.2. En l'espèce, le seul document signé par les parties, soit le contrat de travail, mentionne sans ambiguïté que la somme de 4'400 fr. ne constitue que le salaire de base et doit être systématiquement accrue du montant correspondant aux « *heures effectivement travaillées pendant le mois civil* ».

L'appelant a précisément reçu une rémunération différente chaque mois, qui tenait compte de sa prestation effective. Il s'ensuit que le salaire réel convenu, sur la base duquel il doit être rémunéré pendant le préavis de congé mais aussi à l'occasion du treizième salaire ou des jours de vacances, doit être calculé en fonction de la moyenne de ce qu'il a perçu durant toute la durée de son engagement effectif, soit théoriquement du 1^{er} janvier 2004 au 13 octobre 2005. Néanmoins, par simplification, il ne sera pas tenu compte du mois d'octobre, tronqué.

Le revenu total à prendre en compte pour les vingt-et-un mois en cause s'inscrit donc à 135'033 fr. 30, soit 6'430 fr. 15 par mois (78'285.90 [2004] + 56'453.80 [01.01.05 - 30.09.05] + 293.60] - cf. ad c. supra).

Pour les trois mois restants, l'appelant a reçu 19'427 fr. 20 (5'095.60 + 4'399.95 + 5'531.65 + 4'400.00), alors qu'il aurait dû percevoir 25'720 fr. 60 (4x 6'430.15 - 13^{ème} mois inclus), soit une différence en sa faveur de 6'293 fr. 40. En 2004, son treizième salaire aurait aussi dû tenir compte de son salaire réel moyen, de sorte qu'il lui reste dû 2'030 fr. 15 à ce titre.

A cela s'ajoute la même différence pour les vacances payées (art. 14 CCT), soit vingt jours de travail par année. L'appelant étant resté exactement deux ans au service de l'intimée, il a donc droit à quarante jours et il lui reste dû 3'733 fr. 60 ((6'430.15 - 4'400.00) 2'030.15 ./ 21.75 x 40).

L'intimée doit donc encore 12'057 fr. 15 à l'appelant; la décision entreprise

sera modifiée en conséquence.

5. Chaque partie succombe, partiellement ou totalement, dans son appel.
En conséquence, l'émolument versé par l'appelant reste acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4,

A la forme :

Reçoit les appels interjetés par T___ et E___ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 octobre 2006 rendu en la cause n° C/3375/2006 - 4 ;

Au fond :

Annule ledit jugement;

Puis statuant à nouveau :

Condamne E___ à payer à T___ la somme brute de 12'057 fr. 15 avec intérêts à 5 % dès le 31 décembre 2005, à charge pour elle de procéder aux déductions légales;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président