



Monsieur T _____
Dom. élu :
Me Philippe EHRENSTRÖM
Avenue de Frontenex 5
1207 GENEVE

E _____
Dom. élu : Me Alain TRIPOD
Rue Général-Dufour 15
Case Postale 5556
1211 GENEVE 11

Partie appelante

Partie intimée

CAISSE DE CHÔMAGE _____

Rue _____
Case Postale

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRET

du jeudi 15 septembre 2005

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mme Rose-Marie MATHIER et Pierre KLEMM, juges employeurs

Mme Geneviève PAGNOD et M. Jean-David URFER, juges salariés

M. Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé le 25 avril 2005 au greffe de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, T_____ appelle d'un jugement du Tribunal de la même juridiction du 31 mars 2005 condamnant E_____ (ci-après E___) à lui verser la somme brute de 883 fr. 25 avec intérêts à 5% l'an dès le 1er mars 2004, déboutant la Caisse de Chômage_____ de ses conclusions et déclarant irrecevable le chef de conclusions de E___ tendant à la réserve de ses droits à l'encontre de T_____. Ce dernier demande l'annulation de ce jugement et la condamnation de E___ à lui verser les sommes brutes de 13'042 fr. 70, 1'735 fr. 60 et 14'750 fr., portant toutes intérêts à 5% l'an dès le 1er mars 2004.

E___ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris. La Caisse de chômage, qui n'a pas répondu à l'appel, a persisté dans ses conclusions de première instance lors de l'audience qui s'est tenue devant la Cour d'appel.

B. La Cour d'appel tient les faits suivants pour établis :

- a.** T_____ a été engagé avec effet au 1^{er} octobre 2000 par E___ en qualité d'agent de sécurité pour une durée déterminée de six mois. Il ne faisait à l'époque l'objet d'aucune poursuite (pièces 3, 4 et 5 int.).
- b.** En date du 1er décembre 2000, E___ a pris à son nom le bail d'un appartement à Genève pour lequel elle a versé une garantie de loyer à hauteur de 3'300 fr. Cet appartement était destiné à T_____ (pièces 33, 34 et 35 int.).
- c.** Dès le 1^{er} mars 2001, T_____ a été engagé en tant que cadre responsable de l'informatique de la centrale de gestion et des alarmes pour une durée indéterminée. Son salaire mensuel brut s'élevait alors à 6'000 fr. par mois. Il avait droit à vingt jours ouvrables de vacances par année. Un véhicule était mis à sa disposition du lundi au vendredi. Sa tâche consistait en la maintenance, le développement et la mise en place de nouvelles

structures avec des améliorations sur la structure existante, ainsi que la formation du personnel exploitant. Son responsable direct était A_____, le directeur général (pièce 6 int.). Le « Règlement d'entreprise à l'usage des agents mensuels » faisait partie intégrante du nouveau contrat (pièce 8 int.).

Le salaire mensuel de T_____ a été augmenté à 6'500 fr. le 1^{er} juillet 2001 (pièce 4 app.), puis à 7'500 fr. le 1er novembre 2002 (pièce 5 app.).

- d.** Dès le 4 juillet 2001, T_____ a également exercé la fonction d'administrateur secrétaire au sein de la société E___A_____ (EA_____ ; pièce 22 int.).
- e.** Le 15 octobre 2001, E___ a décidé d'attribuer une prime exceptionnelle à T_____, qui s'élevait à 6'000 fr., dont 5'000 fr. (250 fr. + 4'750 fr.) ont été utilisés au remboursement d'un emprunt contracté auprès de E___ (pièces 10 et 11 int.). En novembre 2001, E___ a versé une gratification exceptionnelle d'un montant de 8'000 fr., dont 3'250 fr. ont été utilisés pour le remboursement du prêt (pièces 12 et 13 int.). Une « gratification cadres » respectivement de 6'665 fr. et 6'000 fr. a enfin été versée en décembre 2002 et janvier 2003 (pièces 15 et 16 int.).
- f.** Le 16 juillet 2002, E___ a adressé un avertissement à T_____. La société venait d'apprendre qu'il exerçait une activité extra professionnelle en travaillant dans le service de sécurité du club « J_____ » de 4h00 à 10h00. T_____ avait en outre détourné du personnel afin de le seconder dans cette activité. E___ considérait cela comme une faute grave (pièce 17 int.).

T_____ a reconnu avoir eu une activité en marge de sa fonction au sein de E_____. Celle-ci lui a notifié, le 7 août 2002, un dernier avertissement précisant que la moindre récidive entraînerait un licenciement immédiat. Elle lui a, par le même courrier, confirmé que dès le 1er août 2002, il exerçait la fonction de responsable de département technique sur Genève,

Lausanne et Saint-Moritz et non plus celle de responsable de la centrale (pièce 18 int.).

- g.** Selon les décomptes de salaire du 4 décembre 2002 et du 8 janvier 2003, T_____ fait l'objet d'une saisie sur salaire de 2'000 fr. par mois.
- h.** En mars 2003, T_____ a obtenu un crédit personnel de 100'000 fr. auprès de Z____, pour lequel E___ s'est portée garant. Les intérêts, les amortissements et les frais dudit crédit devaient être débités du compte salaire de T_____ auprès de Z____ (pièce 26 int. ; PV du 5 sept. 2005).
- E___ a également accordé plusieurs prêts à T_____ (pièce 13 app.). Celui-ci ne les remboursant pas, elle a retenu, avec son accord, des montants sur son salaire.
- i.** Par pli recommandé du 14 juillet 2003, E___ a invité T_____ à réorganiser son département et à le suivre et le diriger de manière professionnelle. La société lui interdisait en outre de se mêler des autres départements et lui rappelait qu'il devait appliquer les procédures mises en place par la direction et les différents départements. Elle l'avertissait du fait qu'elle ne tolérait plus les gC_____èretés de langage et le mobbing qu'il aurait commis. De même, elle l'enjoignait de ne plus mener de discussions concernant la société sur la voie publique et dans les bistrotts. Enfin, elle lui rappelait que sa tenue devait être impeccable et soignée. La société précisait que le non-respect des directives énoncées donnerait lieu à des mesures administratives (pièce 20 int.).
- j.** Au mois d'août 2003, T_____ a démissionné du Conseil d'administration de EA_____ (pièces 19, 21 et 22 int.).
- k.** En septembre 2003, la société a prié son employé de lui fournir des explications quant à l'imprimante ayant coûté 8'000 fr. et qui était en réparation depuis trois mois. Elle lui a ordonné de configurer d'ici au 30 septembre 2003 une autre imprimante. Finalement, elle l'informait que

vu qu'il ne s'acquittait plus du loyer de son appartement dont elle s'était portée caution, une retenue sur son salaire serait opérée à l'avenir (pièce 23 int.).

- l.** A partir du 1^{er} janvier 2004, T_____ est devenu responsable de toute la technique de la centrale. Il s'agissait d'une nouvelle désignation pour son poste ; cela ne comportait aucune modification de ses attributions (PV du 5 sept. 2005).
- m.** Le 20 janvier 2004, E___ a reçu un questionnaire de l'Office des poursuites de _____ en vue d'une saisie sur le salaire de T_____ (pièce 39 int.). Par la suite, E___ a appris que T_____ faisait l'objet de poursuites depuis 2001 déjà (pièces 40 et 41 int.).
- n.** Le 5 février 2004, T_____ a adressé un courrier à E___ réclamant un complément de la prime de cadre, qui, pour 2003, ne s'était élevée qu'à 4'000 fr. (pièce 6 app.).
- o.** Z___ a informé T_____, par courrier du 11 février 2004, dont copie était réservée à E___, que le solde débiteur du compte s'élevait à 27'726 fr. 40 et devait être réglé avant le 1^{er} mars 2004. Les intérêts n'étaient plus payés depuis janvier 2004 (pièces 19 et 20 app.).
- p.** Le 12 février 2004, E___ a licencié T_____ avec effet immédiat. E___ lui a reproché de ne pas respecter ses engagements envers Z___ et d'avoir donné, sans avertir les dirigeants de E___, des instructions à la comptabilité de celle-ci de ne plus verser son salaire sur le compte auprès de Z___, de sorte que les intérêts et amortissements restaient impayés.

E___ reprochait par ailleurs à son employé de ne pas avoir payé le loyer d'octobre 2003, de ne pas rembourser les prêts qu'elle lui avait accordés, d'utiliser le véhicule professionnel à des fins privées, de ne pas avoir signalé son déménagement à _____, d'avoir commandé du matériel qui n'a jamais été utilisé ou était inutilisable et de ne pas avoir, malgré les nombreuses requêtes, fourni à la société les informations indispensables au

sujet du coût de la centrale de redondance, ce qui risquait de causer un préjudice important.

p. T_____ s'est opposé le 1er mars 2004 à son licenciement immédiat en faisant valoir que le non-paiement des intérêts sur le prêt accordé par E___ était indépendant de sa volonté et que la société avait accepté les risques en toute connaissance de cause (liasse 1 Trib.).

C.a. Par demande déposée le même jour, T_____ a assigné E___ en paiement de 41'140.65 fr., plus intérêts moratoires à 5% dès le 1er mars 2004. Ladite somme se décompose comme suit :

- 8'500.-- fr. à titre de salaire du mois de février 2004 ;
- 17'000.-- fr. à titre de salaire pour le délai de congé, soit les mois de mars et avril 2004 ;
- 2'640.65 fr. à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature en 2004;
- 13'000.-- fr. à titre de solde bonus cadre pour la fin de l'année 2003.

T_____ a également conclu à la délivrance du « décompte du bonus en sous-sol 2003/2004 ». Il a exposé que les divers prêts accordés par son employeur et le cautionnement auprès de Z___ avaient pour but qu'il ne soit pas mis aux poursuites par ses créanciers, car en qualité d'administrateur d'une société de sécurité et de détenteur de la patente de chef d'entreprise, il ne pouvait en faire l'objet. Du 1er mars 2001 à janvier 2002, il aurait assumé seul ses tâches. Par la suite, après le licenciement de deux personnes qui devaient l'épauler, il aurait dû à nouveau travailler seul jusqu'au 1er novembre 2003 pour un service qui devait comprendre quatre personnes.

Il aurait démissionné de son poste d'administrateur de EA_____ vu que son salaire n'avait pas été augmenté comme promis. Il a admis ne pas avoir respecté ses engagements envers Z___. Il a indiqué que pour les autres prêts, il avait subi une retenue sur salaire d'avril à novembre 2003. Il n'a pas payé le loyer du mois d'octobre 2003, car la comptabilité lui aurait confirmé qu'il avait été payé par E___. En ce qui concernait son déménagement à _____, son employeur en aurait été informé

verbalement dès le mois d'octobre 2003.

- b. E___ s'est opposée à la demande et a confirmé le licenciement avec effet immédiat (pièce 30 int.). Elle a exposé que les rapports de travail se sont dégradés en raison du comportement de T_____, décrit dans la lettre de licenciement du 12 février 2004, qui malgré les nombreux avertissements écrits et oraux ne se modifiait pas. L'ensemble des reproches qu'elle lui adressait avait justifié le licenciement. Elle a au surplus demandé qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle se réservait le droit de réclamer à T_____ le remboursement de toute somme qu'elle serait amenée à payer en raison de son comportement.

Les gratifications exceptionnelles, les prêts accordés s'élevant à 72'190 fr.30 au total et la garantie sur le prêt de son employé auprès de Z___ avaient pour but d'éviter que ce dernier ne soit poursuivi par ses créanciers, ce qui n'aurait pas été compatible avec sa qualité de responsable de EA_____. Malgré cela, celui-ci a continué à s'endetter. T_____ ne pouvait louer un appartement à son nom en raison de sa situation financière et du fait qu'il se trouvait au chômage.

T_____ a exercé une activité extra-professionnelle, rencontrait des difficultés à travailler avec autrui et a eu des propos déplacés avec des collaborateurs. La fonction de responsable de la centrale avait dû lui être retirée. Vu que son comportement ne se modifiait pas, E___ ne lui a alloué en 2003 qu'une gratification de 4'000 fr., destinée à lui permettre de rembourser son emprunt. T_____ a en outre utilisé abusivement le véhicule de fonction et a fait procéder à l'acquisition de logiciels inutilisables pour la société. La solution antivirus qu'il avait mise en place ne fonctionnait pas et le système n'avait pas de sauvegarde régulière. Plusieurs sociétés se sont étonnées d'avoir en dépôt depuis plus d'une année du matériel sans avoir reçu d'instructions.

- c. Le 9 mars 2004, Z___ a résilié le contrat de prêt personnel de T_____ et lui a réclaté le remboursement du capital de 77'660 fr. pour le 20 avril 2004. A défaut, elle actionnerait la garantie (pièce 31 int.).

E___ a alors fait savoir à T_____ qu'elle lui réclamerait le remboursement de tous les montants qu'elle devrait payer.

- d. La Caisse de chômage_____ est intervenue dans la procédure, réclamant le montant de 16'426 fr. 45 net, correspondant aux indemnités journalières de chômage versées à T_____.
- e. E___ a signalé en septembre 2004 qu'à la suite de la décision de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) du 30 août 2004, E___ a été condamnée à payer un montant de fr. 19'557.85, ainsi que les frais de procédure de 230 fr. Elle se réservait le droit d'en réclamer le remboursement à T_____ (liasse Trib. 7).
- f. A l'audience 20 septembre 2004, T_____ a réduit ses prétentions de salaire pour le mois de février à 3'400 fr. Il a également renoncé à sa demande tendant à la délivrance du « décompte bonus sous-sol 2003/2004 ». Par ailleurs, il a précisé qu'il demandait 13'000 fr. à titre de solde de bonus car il avait déjà perçu 4'000 fr. à ce titre. Il a encore déclaré ne plus être au chômage depuis le 31 mai 2004.

E___ a contesté les 9.32 jours de vacances non pris en nature et a demandé que, subsidiairement, ce poste soit compensé par les sommes qui lui sont dues. Pour le surplus, elle s'est référée à ses écritures.

- g. Les enquêtes ont établi que :
- T_____ a eu une attitude incorrecte par rapport à plusieurs subordonnés, leur faisant des remarques déplacées ou les tutoyant sans leur accord (tém. B_____, C_____). Certains employés s'en étaient plaints à la direction (tém. C_____ et D_____) et ont demandé à changer d'affectation (tém. D_____). T_____ a mené des discussions concernant la société sur la voie publique et dans les bistrot (pièce 20 int.). Il avait une attitude agressive envers les autres collaborateurs (tém. F_____, PV du 29.11.2004, p. 8).

- Malgré les deux avertissements écrits (pièces 17 et 18 int.) à la suite de l'activité concurrentielle commise et reconnue par T_____ en 2002, celui-ci a continué en 2003 à exercer une activité extra professionnelle dans le domaine du service de sécurité. Le témoin G_____ a en effet indiqué qu'il avait eu l'occasion, en 2003, de faire, pour le compte de la société Y_____ des missions avec T_____ (PV du 29.11.2004, p. 6). T_____ a en outre eu des contacts en vue d'une nouvelle mission avec la même société en janvier 2004 (tém. H_____, PV du 29.11.2004, p. 3).

- Le travail de T_____ ne donnait pas satisfaction. Il organisait mal son département, ne le suivait pas de manière adéquate, se mêlait des autres départements, ne respectait pas les procédures mises en place par la direction et les différents départements (pièce 20 int.). E___ a dû lui fixer des délais pour qu'il accomplisse les tâches qui lui incombait (pièce 23 int.). T_____ n'a pas formé correctement les agents de la centrale, alors qu'il aurait eu le temps de le faire (tém. I_____, PV du 29.11.2004, p. 7). Lors d'un contrôle effectué pendant sa maladie, il est apparu qu'il a commandé du matériel pour environ 200'000 fr., qui n'a pas été installé ni testé. Il a également acheté un logiciel, qui ne correspondait pas aux besoins de la société, et n'était pas allé chercher ou faire chercher trois ordinateurs qui se trouvaient depuis une année chez une société qui les avait réparés. Plusieurs abonnements de téléphone portable étaient inutiles. Le back-up du système informatique n'était pas opérationnel et les serveurs n'étaient pas munis d'un système anti-virus. Il s'agissait de tâches que T_____ aurait dû remplir (PV du 29.11.2004, p. 8).

- T_____ ne remplissait par ailleurs pas, malgré plusieurs rappels, les fiches véhicule permettant de déterminer la consommation et le kilométrage du véhicule mis à disposition par son employeur à des fins professionnelles. Le véhicule devait uniquement servir au transport de matériel informatique. T_____ l'a cependant utilisé à des fins privées, faisant en un mois jusqu'à 1'500 km. Pendant la période où T_____ était en incapacité de travail, il continuait à utiliser le véhicule de fonction. (tém. D_____, PV du 29.11.2004, p. 5).

- T_____ a reconnu ne pas avoir payé le loyer d'octobre 2003 de l'appartement pour lequel E___ s'était portée caution.
 - Le prêt de 100'000 fr. auprès de Z___ a effectivement été accordé à T_____ uniquement parce que son employeur s'est porté garant. Il était convenu que l'amortissement, les frais et les intérêts devaient être débités de son compte salaire auprès de cette banque. T_____ a donné des instructions au mois de janvier 2004 pour que son salaire ne soit plus versé sur ce compte. Il n'en a pas informé ses supérieurs. Le comptable ayant reçu ces instructions n'occupe pas de fonction dirigeante au sein de E___ (PV du 5.9.2005 ; pièce 26 int.).
 - L'Office des poursuites et faillites de _____ a interrogé T_____ le 20 janvier 2004 et lui a précisé qu'il devait traiter ses créanciers saisissants de manière égalitaire. Une fois la saisie de salaire en cours, il ne pouvait disposer de son salaire que dans le cadre du montant laissé à sa disposition. L'office lui a indiqué ne pouvoir prendre en compte d'autres remboursements que ceux figurant dans son minimum vital et lui a confirmé que les remboursements effectués à un établissement bancaire ou à E___ ne pouvaient être inclus dans son minimum vital. T_____ a informé l'Office de ce qu'il ne pouvait plus s'acquitter du remboursement de 2'500 fr. par mois auprès de Z___. T_____ n'a pas informé E___ de cet entretien et des conséquences de celui-ci.
 - T_____ a été condamné en raison d'une infraction à la loi fédérale sur les télécommunications pour avoir utilisé le spectre des fréquences sans avoir obtenu de concession, sachant qu'il lui incombait de les demander et de respecter les conditions auxquelles elles étaient octroyées (pièces 42 et 43 int.). La condamnation de T_____ par l'OFCOM se rapportait à une période et à des faits dont celui-ci répondait exclusivement (pièce 42 int.).
- h.** Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé dans le délai et la forme prescrits (art. 59 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).

2. L'appelant conteste que les conditions à un renvoi immédiat soient réunies. Il estime qu'il n'avait, après l'entretien avec l'officier de poursuites, d'autre choix que de faire virer son salaire sur un autre compte. L'intimée était au demeurant au courant de ses difficultés financières. L'appelant admet ne pas avoir payé le loyer de l'appartement pour lequel l'intimée s'est portée caution et avoir fait un usage abusif du véhicule professionnel. Il ne conteste pas avoir eu un comportement irrespectueux avec des subordonnés. Ces faits étaient toutefois connus de l'intimée bien avant le licenciement ; ils n'étaient ainsi plus dans un rapprochement temporel suffisant pour justifier un licenciement immédiat. Il semble également admettre les reproches quant à la qualité de son travail, mais estime que des mauvaises prestations professionnelles ne justifient pas, à elles seules, un congé avec effet immédiat. Les faits ayant motivé sa condamnation se rapportent à une période à laquelle il n'était pas employé de l'intimée et les activités annexes qu'il conteste et qui lui ont été reprochées après le licenciement, seraient sans rapport avec son travail et sans incidence sur ses prestations.

- 2.1 Selon l'art. 337 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels 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 (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 213 consid. 3.1; 127 III 351 consid. 4a et les références citées). Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. 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 130 III 213 consid. 3.1; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité (cf. art. 321a al. 1 CO), ou l'obligation d'exécuter le travail (ATF 127 III 351 consid. 4a et les arrêts cités), mais d'autres facteurs peuvent aussi justifier un licenciement immédiat (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2.).

A raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire. Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 127 III 86 consid. 2c et les références).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). 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 127 III 351 consid. 4a; 116 II 145 consid. 6a).

Selon la jurisprudence, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut, pour justifier un licenciement immédiat, se prévaloir d'une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas ou ne pouvait pas connaître. Il faut se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avaient connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat avec effet immédiat. Cependant, les faits postérieurs au licenciement immédiat ne sauraient être pris en considération (ATF 127 III 310 consid. 4a; 124 III 25 consid. 3c; 121 III 467 consid. 5a et b).

- 2.2** En l'occurrence, c'est le cumul des reproches adressés à l'appelant qui a justifié son licenciement.

L'appelant a admis ne plus respecter ses engagements envers Z____. Il ressort également des enquêtes que l'appelant a donné instruction au comptable de l'intimée de ne plus verser son salaire sur le compte auprès de Z____ duquel les intérêts du prêt devaient être débités. Afin de se conformer aux instructions de l'Office des poursuites, il n'était pas besoin que l'appelant procède à ce changement. Cela étant, il est surtout reproché à l'appelant de ne pas avoir informé son employeur, qui s'était porté garant du crédit de 100'000 fr., des difficultés qu'il rencontrait à payer les intérêts et amortissement du prêt et du fait que son salaire n'était plus versé auprès de Z____. En procédant de la sorte, l'appelant a violé son devoir de diligence et de fidélité et abusé de la confiance que son employeur lui a fait. En effet, si les intérêts et amortissements n'étaient plus payés par l'appelant, l'intimée se voyait exposée au risque de devoir déboursier l'intégralité du montant en souffrance, soit plus de 77'000 fr., ce qui était de nature à nuire à ses intérêts légitimes. Dès lors que le comptable n'occupait pas une fonction dirigeante au sein de l'intimée, la connaissance qu'il avait du changement de compte sur lequel le salaire était versé ne peut être imputée à l'intimée. Contrairement à ce que soutient l'appelant, l'intimée a tout de suite réagi lorsqu'elle a appris de la banque ce qui s'était passé. Il n'y a donc pas eu de décalage temporel permettant à l'employé de considérer que l'intimée aurait accepté cette situation.

L'appelant a encore porté atteinte aux intérêts légitimes de son employeur en violation de son obligation de diligence et de fidélité et a abusé de la confiance de son employeur en ne s'acquittant pas du loyer du logement pour lequel l'intimée s'est portée caution. L'appelant a en outre fait un usage abusif du véhicule mis à disposition par son employeur et ne se conformait pas aux règles internes quant aux fiches à remplir. La qualité de son travail laissait par ailleurs à désirer. Les manquements de l'appelant ont même nécessité un rappel écrit de ses obligations (pièce 20 int.).

Ce dernier ne s'est pas non plus conformé aux conditions auxquelles l'octroi

d'une seconde fréquence a été accordée à l'intimée par l'OFCOM à la requête de l'appelant. Ce fait n'a été découvert par l'intimée qu'après la résiliation du contrat de travail. Il y a toutefois lieu d'en tenir également compte dans la mesure où il s'agit d'un fait grave, qui aurait justifié un licenciement immédiat. En effet, l'intimée pouvait attendre de l'appelant, qui était responsable technique, qu'il veille à ce que la société utilise les fréquences radio conformément à la loi et lui signale si tel n'était pas le cas. Quand bien même ce manquement ne devrait pas justifier un licenciement immédiat, il est révélateur de la mauvaise qualité du travail de l'appelant.

Enfin, malgré l'avertissement clair de l'intimée du 7 août 2002 que toute activité déployée dans le domaine de la sécurité en parallèle avec l'emploi de l'appelant auprès de l'intimée entraînerait le licenciement immédiat de ce dernier (pièce 18 int.), celui-ci a continué au courant de l'année 2003 à exercer une activité extra professionnelle et a même cherché des nouveaux contacts en janvier 2004 pour des activités extra professionnelles. Bien que l'intimée n'ait pris connaissance de ces activités qu'après le licenciement, elle pouvait valablement invoquer ce motif dans la procédure, dès lors qu'au vu de l'avertissement clair qu'elle avait donné à son employé, il est évident que si elle avait eu connaissance de cette activité, celle-ci aurait justifié un licenciement immédiat. Ce motif de licenciement est au demeurant de même nature que celui relatif au fait que l'appelant n'a pas informé l'intimée du fait qu'il ne payait plus les intérêts du prêt depuis janvier 2004, ayant fait virer son salaire sur un autre compte. Ces deux comportements reprochés se rapportent en effet à la violation de l'obligation de fidélité du salarié.

En tant que l'appelant soutient que son droit d'être entendu aurait été violé du fait que le témoignage de I_____ H_____ aurait été retenu sans qu'il soit ordonné à ce dernier de produire la pièce à laquelle il se référait et sans donner la possibilité à l'appelant de présenter des contre-preuves, son grief tombe à faux. D'une part, le Tribunal ne s'est pas fondé sur une pièce citée par ce témoin pour retenir à la charge de l'appelant une activité concurrentielle. D'autre part, l'appelant pouvait aisément demander la réouverture des enquêtes en appel et apporter ainsi les contre-preuves qu'il souhaitait, de sorte que la violation alléguée de son droit d'être entendu

aurait pu être réparée. De toute manière, le seul témoignage de G_____ suffit à retenir que l'appelant a continué, malgré les deux avertissements formels de son employeur, à déployer une activité extra professionnelle dans le domaine de la sécurité.

L'appelant a reçu plusieurs avertissements écrits au sujet des faits susmentionnés et également concernant son comportement inadéquat et irrespectueux envers ses collaboratrices et collaborateurs. La Cour de céans partage ainsi l'avis des premiers juges, qui ont considéré que le cumul de reproches adressés à l'appelant était à même de ruiner le rapport de confiance, ce qui justifiait un licenciement immédiat. L'appel est donc, sur ce point, mal fondé. L'on ne peut par ailleurs reprocher à l'intimée, comme le fait l'appelant, d'avoir attendu trop longtemps avant de procéder au licenciement et d'avoir ainsi renoncé à se prévaloir des différents griefs pris isolément. Lorsque l'intimée a appris le dernier manquement important de l'appelant, à savoir qu'il ne respectait plus ses engagements envers la banque et qu'il avait donné des instructions pour que son salaire soit versé sur un autre compte, elle a immédiatement - soit le jour même - réagi. Le jugement querellé sera donc confirmé en tant qu'il considère le congé avec effet immédiat comme justifié.

3. L'appelant fait ensuite valoir que compte tenu du fait que le congé était injustifié, le solde des vacances non prises en 2004 doit être calculé jusqu'à fin mars 2004. Il ne conteste en revanche pas la manière dont l'indemnité par jour de vacances a été calculée par les premiers juges (PV du 5.9.2005).

Dès lors que, comme on l'a vu, le contrat de travail a pris fin le 12 février 2004, le calcul effectué par les premiers juges de la somme due à titre de vacances non prises en 2004 sera confirmé. Ce calcul, correct, ne prête au demeurant pas le flanc à la critique.

4. L'appelant fait finalement valoir qu'au vu des gratifications reçues pendant les deux premières années d'emploi, il pouvait, de bonne foi, s'attendre à une gratification de deux mois de salaires en 2003 et 2004.

- 4.1** La gratification est une prestation volontaire de l'employeur accordée en sus du salaire à certaines occasions. Le travailleur n'y a droit que lorsqu'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 1er CO).

La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Une obligation peut résulter, pendant la durée du contrat de travail, d'actes concluants, par exemple si un certain montant a été versé de manière régulière et sans réserve (ATF du 22 janvier 2002 en la cause 4C.263/2001, consid. 4b ; Brühwiler, op. cit., n. 3 ad art. 322d CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 5 ad art. 322d CO).

C'est l'application du principe de la confiance qui déterminera si, en cas de versements répétés et sans réserve, la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation pour l'employeur. Ce n'est par conséquent pas le paiement régulier comme tel qui est déterminant pour savoir si le travailleur peut exiger une gratification future mais l'ensemble des circonstances qui entourent le versement. La doctrine et la jurisprudence admettent que le versement d'une gratification a été convenu selon le principe de la confiance lorsqu'elle a été versée sans réserve durant au moins trois années consécutives (ATF du 6 décembre 1995 en la cause 4C.359/1995, consid. 2 ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 6 s. ad art. 322d CO ; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 13 ad art. 322d CO ; Wyler, op. cit., p. 120). L'accord peut toutefois ne porter que sur le principe du versement d'une gratification. Ensuite, l'employeur peut verser des montants variables, en fonction de la qualité de la prestation de travail, du cours des affaires et d'autres critères, qu'il est libre de déterminer (Rehbinder, op. cit., n. 16 ad art. 322d CO).

- 4.2** En l'occurrence, le contrat conclu ne prévoyait pas le versement d'une gratification. L'appelant a reçu des gratifications exceptionnelles dont le montant était variable, à savoir 6'000 fr. en octobre 2001, 8'000 fr. en novembre 2001, 6'665 fr. en novembre 2002, 6'000 fr. en décembre 2002 et 4'000 fr. en décembre 2003. Presque la totalité des gratifications accordées

était destinée au remboursement des divers prêts octroyés à l'appelant par l'intimée, et les courriers accompagnateurs précisait leur caractère exceptionnel (pièces 6 et 7 app. ; pièce 37 int.). En 2002, l'appelant exerçait encore la fonction d'administrateur au sein de EA_____ et l'intimée a exposé qu'il était alors important que l'appelant n'ait pas de poursuites à son encontre. La Cour est ainsi convaincue que ces « gratifications » étaient avant tout destinées à permettre à l'appelant de faire face à ses engagements financiers. L'on ne peut déduire de ces versements qu'ils soient devenus partie intégrante du salaire ni que les montants versés lieraient l'employeur. L'appelant ne pouvait ainsi prétendre au versement d'une gratification.

Par ailleurs, au cours de l'année 2003, celui-ci a fait l'objet de deux courriers lui rappelant ses obligations contractuelles, lui demandant des explications au sujet de son travail et lui fixant un délai pour certaines tâches qu'il n'avait pas exécutées (pièces 15 et 16 app.), dénotant que son employeur n'était pas satisfait de ses prestations. L'appelant n'a en outre pas payé son loyer que l'intimée a dû régler, puis récupérer sur le salaire de l'appelant. Dans ces conditions, l'appelant n'est pas fondé à demander que le montant de 4'000 fr. alloué à titre de « prime cadre » pour 2003 soit revu à la hausse par la Cour.

- 4.3** Dès lors que la prétention à un bonus pour 2004 n'a été formulée qu'en appel, ce chef de conclusions n'est pas recevable. Si la procédure applicable à la juridiction des prud'hommes permet l'amplification des conclusions en cours de procédure (art. 48 LPJ), elle n'admet pas la modification de l'objet du litige en appel (art. 312 LPC applicable par renvoi de l'art. 11 LPJ). Cela étant et comme on l'a vu, ni le principe d'une gratification ni le montant de celle-ci ne sont acquis, de sorte que l'appelant ne peut prétendre à une gratification au pro rata de 2004.
- 5.** Dans la mesure où la Caisse de chômage n'a pas appelé du jugement entrepris, il n'y a pas lieu de revenir sur ses prétentions. Celles-ci ont au demeurant été rejetées à juste titre, dès lors que l'indemnité de vacances à verser par l'employeur ne correspond pas à une prétention de l'employé à laquelle la Caisse de chômage peut se subroger.

6. Mal fondé, l'appel devra donc être rejeté et le jugement attaqué confirmé. La procédure étant gratuite, il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée (art. 343 CO, 76 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement rendu le 31 mars 2005 par le Tribunal de la juridiction des prud'hommes dans la cause C/4583/2004-5.

Au fond :

- Rejette l'appel et confirme le jugement entrepris.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente