

# **GE\_GERICHTE CAPH/144/2005 vom 1. Juli 2005**

GE Cour de justice, 2005-07-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_144\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_144_2005)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/144/2005 du 1 juillet 2005

IT: GE\_GERICHTE CAPH/144/2005 del 1 luglio 2005

## **Regeste**

Résumé: T et A ont créé E SA, dont ils détiennent chacun la moitié des actions, et dont ils sont les co-directeurs salariés. Suite à de profondes dissensions entre les associés, T a été licencié avec effet immédiat. La Cour examine les différents motifs avancés par E SA. S'agissant du grief lié à l'activité que T déployait pour son propre compte sur son temps de travail, elle a considéré que ni la répartition des tâches ni le temps que chacun des deux directeurs devait consacrer à la société n'avait été strictement défini, de sorte le licenciement pour cette raison n'était pas justifié. De même, les autres reproches contenus dans la lettre de congé ont été jugés insuffisants. Avec les premiers juges, la Cour considère en effet que ni le déplacement à Paris de T pendant son congé maladie, ni l'absence de déclaration immédiate à l'assurance au sujet du vol d'un ordinateur portable ni, non plus, l'existence d'une procuration contrefaite en faveur de T ne pouvaient fonder, dans le cas d'espèce, un juste motif de licenciement. Pour le surplus, les prétentions de T en versement d'une indemnité pour tort moral ont été rejetées au motif que la double finalité, punitive et réparatrice, de l'indemnité prévue à l'alinéa 3 de l'article 337c CO comprend déjà la réparation du tort moral.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

L'appelant s'est interrogé sur l'existence même d'un contrat de travail tout en reconnaissant la compétence des juridictions des prud'hommes.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 13 -

\* COUR D'APPEL \*

Le travailleur n'a pas à prouver la conclusion d'un tel contrat. Il peut se prévaloir de la présomption irréfragable de l'art. 320 al. 2 CO, qui s'applique même si la preuve de la conclusion d'un contrat de travail (i. e. par un échange de volontés) n'a pas été apportée ( ATF 4C.419/1999 du 19.

### **E. 4**

4.1.1 Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérés comme de justes motifs, 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 (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

4.1.2 Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806 ; ATF 116 II 142 c. 5c ; ATF 112 II 41 c. 3a ; ATF 108 II 444 c. 2).

4.1.3 Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail (ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a) ; (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « ultima ratio » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92).

4.1.4 Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149 ; ATF 117 II 72 c. 3).  
Le

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 16 -

\* COUR D'APPEL \* comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF 111 II 245 c. 3 ; ATF 104 II 28 c. 1).

4.1.5 Lorsque le manquement est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur, constituant une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'art. 107 CO, soit une démarche nécessaire, sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur que cette sommation serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO; ATF non publié du 3.1.95 N. c/ S. cause n° 4C.327/94). L'avertissement préalable doit être déclaré en termes clairs. La personne menacée du licenciement immédiat doit clairement comprendre, à travers l'avertissement, quels risques elle encourt. Il est nécessaire d'indiquer distinctement la sanction à laquelle le destinataire s'expose en cas de persistance du comportement critiqué (Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs, Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 56-57; CAPH du 4.7.95 en la cause no VI/402/94).

Ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que le comportement imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 127 III 153, consid. 1 c).

4.1.6 La partie qui entend se prévaloir de justes motifs doit le faire en principe sans délai, par quoi il faut entendre une manifestation de volonté intervenant après un bref temps de réflexion ; une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen (ATF n.p. du 12.12.96, cause 4C.419/1995 ; SJ 1987 p. 559 et réf. citées). La durée dépend des circonstances, mais un délai de un à trois jours est généralement

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 17 -

\* COUR D'APPEL \* considéré comme admissible, week-ends et jours fériés non compris (ATF n.p. du 13.1.97, cause n° 4C.323/1996; ATF du 2.8.93 publié in SJ 1995 p. 806; CAPH du 10.8.93, cause n° VI/39/92; ATF 93 II 19). Le fardeau de la preuve que la résiliation est intervenue à temps incombe à la partie qui résilie (article 8 CC; ATF n.p. du 12.12.96, cause n° 4C.419/1995).

Un motif, se fondant sur un fait préexistant au congé, ne peut être invoqué postérieurement au licenciement que s'il reste en étroite corrélation avec le motif déjà invoqué ou s'il formait un tout avec ce dernier (ATF du 15.7.92 publié in SJ 1993 p. 368; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105 qui laisse toutefois la question indécise).

4.2.1 En l'occurrence, l'intimée a justifié le licenciement immédiat sur les cinq griefs suivants : une activité de l'appelant en Algérie concurrente à l'activité de l'intimée, le commerce de programmes informatiques en Algérie par l'appelant à son seul profit, l'existence d'une procuration contrefaite, en faveur de l'appelant, un voyage de plusieurs jours de l'appelant à Paris durant l'incapacité de travail et l'absence d'annonce à la société d'assurance de ce qu'un ordinateur portable déclaré volé, avait été retrouvé.

4.2.2 Les premiers juges ont considéré que l'intimée avait apporté la preuve que l'appelant avait développé une activité pour son propre compte en Algérie en partie sur son temps de travail. Ils ont aussi considéré que l'appelant avait participé au commerce de programmes informatiques. Selon les premiers juges ses comportements justifiaient pleinement la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat, et le fait qu'il ne soit pas possible de déterminer précisément le temps passé à ces activités et le profit tiré n'est pas décisif.

Selon le Tribunal des prud'hommes, ni le déplacement à Paris de l'appelant pendant son congé maladie, ni l'absence de déclaration à l'assurance au sujet du vol de l'ordinateur portable, ni, non plus, l'existence d'une procuration contrefaite, en faveur de l'appelant ne peut fonder, dans le cas d'espèce, un juste motif de licenciement.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 18 -

\* COUR D'APPEL \*

Les premiers juges ont encore considéré que même si les activités accessoires de l'appelant en Algérie et son commerce de programmes d'informatique n'avaient pas été démontrées, il aurait néanmoins fallu considérer le licenciement avec effet immédiat comme justifié dans

la mesure où, par son comportement, l'appelant avait définitivement ruiné la confiance de l'intimée.

Pour le Tribunal des prud'hommes, le congé immédiat n'a pas été signifié de manière tardive. Se fondant notamment sur les déclarations d'un des employés de l'intimée, qui a expliqué avoir à la suite du licenciement de l'appelant, découvert diverses informations concernant des recherches de candidats ou des ventes de logiciels, les premiers juges ont finalement considéré au vu de la complexité de l'affaire, ainsi que la nécessité d'analyser de nombreuses pièces découvertes, que le licenciement ne saurait être considéré comme tardif.

4.2.3 En l'espèce, s'agissant du grief lié à l'activité que l'appelant aurait déployé pour son propre compte en Algérie en partie sur son temps de travail, il ressort de l'instruction que ni la répartition des tâches ni le temps que chacun des deux directeurs de l'intimée devaient consacrer à cette dernière n'avait été strictement défini et formalisé entre les deux dirigeants et propriétaires de l'intimée, dont l'appelant. A cet égard, A\_\_\_\_\_ a admis qu'en 2001 l'activité de l'appelant avait généré 60% du chiffre d'affaires et sa propre activité 20%. Selon lui, cette répartition s'est inversée en 2002.

D'autre part, les enquêtes n'ont pas permis d'établir si les activités de l'appelant en Algérie après mars 2002 allaient au-delà de la simple terminaison des relations en cours au moment de la décision.

L'instruction a en revanche établi que les activités respectives de l'appelant et A\_\_\_\_\_ et leurs agendas faisaient problèmes entre eux bien avant la date de licenciement immédiat. Ainsi, lors des réunions avec le personnel de l'appelante, ils avaient d'un commun accord décidé de ne plus s'occuper de ce que faisait l'autre, ce que A\_\_\_\_\_ a confirmé par écrit à l'appelant le

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 19 -

\* COUR D'APPEL \* 21 août 2002.

Dans ces circonstances, la Cour considère que les activités que l'appelant aurait continuées d'avoir en Algérie après la décision de mars 2002 de mettre un terme à celles-ci ne justifient pas un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO. A cet égard, les relevés téléphoniques des appels en Algérie de l'appelant ne sont d'aucune utilité.

Ne constituent pas davantage un motif de licenciement immédiat, compte tenu de toutes les circonstances, les autres reproches contenus dans la lettre de l'intimée. Avec les premiers juges, la Cour considère que ni le déplacement à Paris de l'appelant pendant son congé maladie, ni l'absence de déclaration immédiate à l'assurance au sujet du vol de l'ordinateur portable, ni, non plus, l'existence d'une procuration contrefaite en faveur de l'appelant ne peut fonder, dans le cas d'espèce, un juste motif de licenciement.

4.2.4 Lorsque la résiliation immédiate du contrat est injustifiée, la personne licenciée a droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO).

L'intimée doit donc à l'appelant les salaires des mois de novembre et décembre 2002, soit 18'200 fr.

L'appelant a également droit au remboursement des frais de téléphone de septembre et d'octobre 2002 de respectivement 1'323 fr. 35 et 1'093 fr. 40 dès lors que l'intimée prenait en charge les factures de téléphones des domiciles privés respectifs de A\_\_\_\_\_ et de l'appelant.

### **E. 5.1**

Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire du travailleur, dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment les situations sociale et économique

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 20 -

\* COUR D'APPEL \* des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5).

### **E. 5.2**

L'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO ne représente pas des dommages- intérêts au sens classique; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c ; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (116 II 300 consid. 5a).

Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC), en tenant compte de toutes les circonstances, à savoir, entre autres éléments, la durée des rapports de travail, l'âge du travailleur, sa situation sociale, sa réinsertion professionnelle (SJ 1999 280; ATF 123 III 391; SJ 1995 p. 802; ATF non publié du 12 août 1997 en la cause n° 4C.459/1996), ou encore la situation économique respective des parties (FF 1984 II 624, SJ 1999 281; ATF 123 III 391).

### **E. 5.3**

En l'occurrence, les relations contractuelles entre les parties ont duré environ deux ans. L'appelant est aujourd'hui âgé de 44 ans. Il est père de quatre enfants qui sont encore à sa charge. Selon ses déclarations, il n'a pas encore retrouvé d'emploi.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 21 -

\* COUR D'APPEL \*

Compte tenu de toutes les circonstances, la Cour allouera une indemnité correspondant à deux mois de salaire soit 18'200 fr. ; ce montant porte intérêt à 5% l'an dès le 1er novembre 2002.

### **E. 6.1**

L'appelant a réclamé encore une indemnité de 20'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral. Il explique avoir été plongé dans une profonde dépression et de désarroi à la suite de son licenciement et la procédure qui a suivi. Il se plaint du comportement de son associé et « ami » A\_\_\_\_\_. Il soutient également que le jugement entrepris ne permet pas une amélioration de son état de santé.

Les premiers juges ont considéré qu'aucun élément résultant des enquêtes, aucune pièce produite, ni même aucun indice ne corroborait le fait que l'appelant aurait subi un tort moral.

### **E. 6.2**

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703 ; Deschenaux/Steinauer, Personne physique et tutelle, n. 624 ; Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

En outre, selon la jurisprudence, les indemnités prévues à l'art. 337c al. 3 CO ont une double finalité, punitive et réparatrice. Du fait de leur finalité réparatrice, lesdites indemnités ne laissent guère de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO, car elles embrassent toutes les atteintes à la

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 22 -

\* COUR D'APPEL \* personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive ou injustifiée du contrat. Demeure réservée l'hypothèse dans laquelle une telle atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer. Sous cette réserve, l'application de l'art. 49 CO, parallèlement à l'art. 337c al. 3 CO, ne saurait entrer en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles.

### **E. 6.3**

En l'occurrence, la Cour a considéré qu'une indemnité correspondant à deux mois de salaires était justifiée en application de l'art. 337c al. 3. Cette indemnité répare intégralement les atteintes qui découlent de la résiliation injustifiée. L'appelant n'a pas établi la présence de circonstances exceptionnelles qui justifierait en plus l'application de l'art. 49 CO.

Dans ces circonstances, il n'y pas lieu d'accorder une indemnité pour tort moral à l'appelant.

## **E. 7**

7.1.1 L'appelant se plaint que les premiers juges l'aient condamné à verser 10'000 fr. à l'intimée en application des art. 321b, 321e et 42 al. 2 CO en réparation du préjudice que cette dernière aurait subi du fait des activités accessoires que l'appelant aurait eu pour son propre compte. 7.1.2 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Cette disposition ne fait que reprendre le principe général de la responsabilité contractuelle, énoncé à l'art. 97 al. 1 CO, qui est subordonnée aux quatre conditions usuelles en la matière, soit dans le cadre d'un contrat de travail, l'existence d'un dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles, le rapport de causalité naturelle et adéquate entre cette violation et le dommage ainsi que la faute (ATF du 17.08.1998, Jar 1999, 292 ; ATF 97 II 142 : JT 1972 I 157). C'est à l'employeur qu'il appartient de prouver les deux premières conditions ainsi que l'existence de rapport de causalité naturelle. S'agissant de la faute, la notion n'est pas différente dans le domaine du droit du travail de celle développée à l'art. 97 al. 1 CO (Rehbinder, Berner Kommentar, p. 193 n. 1, art. 321e CO ; Tercier, Les contrats spéciaux, 2ème édition, 1995, p. 321 n. 2623).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 23 -

\* COUR D'APPEL \* Si, en matière contractuelle, la faute est présumée (art. 97 al. 1 CO), l'art. 321e al. 2 CO atténue considérablement l'étendue de la responsabilité civile du travailleur puisque, dans l'appréciation de cette dernière, la mesure de la diligence qui lui incombe se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que les aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent être également prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO), et le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (Wylter, Droit du travail, 2002, p. 102 et les références citées).

Si l'employeur rapporte la preuve de la violation du contrat par l'employé, il appartient alors à ce dernier d'établir qu'il a commis aucune faute ou une faute de peu d'importance (art. 97 al. 1 CO ; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, no 13 ad. art 321e CO, p. 95 ; BERNSTEIN, la responsabilité civile du travailleur en droit suisse, p.15, in Rehbinder, Die Haftung des Arbeitnehmers, p. 12-13).

7.1.3 En l'espèce, l'intimée, qui supportait le fardeau de la preuve à cet égard (art. 8 CC), n'a établi ni l'existence d'une violation du devoir de fidélité ni l'existence d'un dommage. Il ressort notamment de l'instruction de la cause que la répartition des tâches au sein de l'intimée entre A\_\_\_\_\_ et l'appelant était imprécise et laissait une large autonomie à chacun d'eux dans l'exécution de celles-ci. Ils avaient en outre convenu de ne pas s'immiscer dans ce que faisait l'autre.

A cet égard, il ressort également des déclarations de A\_\_\_\_\_ qu'aussi bien l'appelant que lui-même ont contribué de manière inégale aux résultats de l'intimée, A\_\_\_\_\_ ayant déclaré qu'en 2001 l'activité de l'appelant avait généré 60% du chiffre d'affaires et sa propre activité 20%. Il a aussi déclaré que cette répartition s'était inversée en 2002.

L'intimée n'a pas prouvé que l'appelant a généré un quelconque revenu en vendant des logiciels. Elle n'a pas davantage établi que les activités

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 24 -

\* COUR D'APPEL \* déployées en Algérie par l'appelant après mars 2002 avaient produit un quelconque profit.

Il découle ainsi de ce qui précède que faute d'avoir prouvé l'existence, soit d'une violation des obligations contractuelles de l'appelant à son égard, soit d'un préjudice résultant de telles violations, l'intimée ne peut prétendre à l'indemnité de 10'000 fr. retenue par les premiers juges.

Le jugement sera ainsi annulé sur ce point.

7.2.1 L'appelant se plaint encore que les premiers juges aient considéré, sur la base d'un décompte informatique établi par la comptable de l'intimée, qu'il avait excédé son droit aux vacances et qu'il était tenu à ce titre au remboursement de 1'003 fr.

L'employeur accorde au travailleur, pour chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins (art. 329a al. 1 CO).

Il appartient en outre à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit en fonction de la durée des rapports de travail (ATF non publié du 15 septembre 1999 A et A c/ B cause n° 4C.230/1999, consid. 4 ; Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 133 et Favre/Munoz/Tobler, op. cit., p. 278).

L'employé qui a excédé son droit aux vacances lorsque la relation contractuelle prend fin, doit en principe les rembourser (Wyler, op. cit., p. 269 et les références à la note 886 ; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., p. 116). En cas de résiliation du contrat, cette obligation perdure si le licenciement est imputable au travailleur (Wyler, op. cit., p. 269 et la référence à la note 887).

7.2.2 En l'occurrence, l'appelant avait droit à quatre semaines de vacances par année soit vingt jours. Dès lors que le contrat de travail s'est terminé le 31 décembre 2002, l'appelant peut prétendre à vingt jours de vacances pour 2002. Selon l'intimée, l'appelant a pris vingt jours de congé entre le

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 25 -

\* COUR D'APPEL \* 1er janvier 2002 et le 31 octobre 2002.

Il en découle que l'appelant n'a pas excédé son droit aux vacances en 2002. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera annulé sur ce point.

7.3.1 L'appelant considère encore que c'est à tort que les premiers juges l'ont condamné au paiement de 1'275 fr. correspondant à la rétribution versée par l'intimée pendant son déplacement à Paris des 29 et 30 août 2002 ainsi que le 2 septembre 2002 pour accompagner son amie qui devait y subir une intervention chirurgicale à la rétine et qui nécessitait sa présence. L'appelant indique aussi avoir été malade pendant cette période. Il indique aussi que les rapports de travail n'étaient pas réglementés et que si une telle

réglementation avait été mise en place il aurait pu faire valoir une créance d'heures supplémentaires à l'égard de l'intimée.

Selon les premiers juges l'absence de l'appelant est fautive dès lors qu'il aurait dû obtenir l'accord de l'intimée pour se rendre à Paris avec son amie et produire un certificat médical attestant de son état de santé et de l'autorisation expresse du médecin d'effectuer néanmoins ce déplacement à Paris.

7.3.2 Selon l'art. 324a al. 1 CO, l'employeur est tenu de continuer de verser le salaire pendant un certain temps lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, notamment pour cause d'accident.

A teneur de l'art. 329 al. 3, l'employeur accorde au travailleur les heures et jours de congé usuels soit ceux que l'usage commande d'accorder au salarié tels que maladie ou mort d'un proche. Dans ce cas, on peut attendre que le travailleur compense le temps non travaillé ou renonce à son salaire ( Commentaire romand, Gabriel Aubert, n° 5 ad art. 329 ).

7.3.4 En l'espèce, il est établi que l'appelant a accompagné son amie à Paris qui devait subir une intervention chirurgicale à la rétine du 29 août au 2 septembre 2002. Bien qu'il n'ait pas produit de certificat médical, l'appelant soutient qu'il était malade et n'aurait de toute façon pas pu travailler.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 26 -

\* COUR D'APPEL \*

Dans ces circonstances, l'absence de l'appelant du 29 août au 2 septembre 2002 ne saurait être tenue pour fautive.

Il ne ressort pas du dossier que l'intimée exigeait un certificat médical dès le premier jour d'incapacité de travail. Il ne ressort pas non plus du dossier que l'intimée exigeait la compensation du temps pour les congés usuels ou l'imputait sur le salaire de l'employé. La Cour relèvera encore que tant l'appelant et que A\_\_\_\_\_ jouissait d'une grande liberté dans l'organisation de leur temps de travail.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'astreindre l'appelant au remboursement de la rétribution touchée pendant son déplacement à Paris.

### **E. 8.1**

L'appelant conclut à ce que l'intimée soit condamnée à une amende pour téméraire plaideur. Il n'indique pas précisément par comportement de l'intimée justifierait une telle sanction. L'art. 40 LPC permet de condamner à l'amende le plaideur qui : a) fonde sa demande ou sa défense sur des allégations intentionnellement inexacts, des imputations calomnieuses ou tout autre moyen de mauvaise foi; b) se fait accorder des délais en invoquant de faux motifs; c) fait un emploi abusif des procédures, notamment en agissant ou défendant de manière téméraire; d) au mépris d'une décision exécutoire, enfreint les défenses qui lui sont faites ou ne satisfait pas aux injonctions qui lui sont adressées.

### **E. 8.2**

In casu, seuls les art. 40 litt. b) et c) peuvent entrer en ligne de compte.

L'art. 40 LPC trouve sa source dans le principe que la loyauté et la sérénité du débat judiciaire implique que les parties et leurs conseils se comportent d'une manière conforme à la bonne foi (ATF 84 I 61), la faculté pour les cantons d'instituer des contraventions de procédure étant expressément réservée à l'art. 335 ch. 1 al. 2 CP (ATF 76 IV 278).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/26085/2002 - 4 - 27 -

\* COUR D'APPEL \*

Le devoir de loyauté implique en particulier l'interdiction de recourir à des moyens dilatoires en vue d'éloigner l'issue du procès ou qui procèdent de manière abusive ou téméraire. Il convient toutefois d'être prudent dans l'appréciation du caractère abusif ou téméraire de l'attitude d'un plaideur, celui qui multiplie les procédés inutiles ou qui s'obstine à soutenir des moyens infondés méritant toutefois sanction (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. no 4 ad art. 40 LPC et réf. citées).

### **E. 8.3**

En l'espèce, bien que les conclusions reconventionnelles de l'intimée relatives à la remise du gain ainsi qu'au remboursement des congés et vacances aient été déclarées en appel mal fondées, il ne peut être considéré qu'elle a plaidé de manière téméraire, utilisé des mesures dilatoires ou que sa demande reconventionnelle était dénuée de toute chance de succès.

### **E. 9**

L'application de l'art. 29 al. 2 LACI n'a à juste titre pas été contestée en l'espèce et la somme de 4'325 fr. 85 net devra être acquittée en mains de la caisse de chômage par l'appelante.

### **E. 10**

L'appel est pour l'essentiel fondé, ce qui justifie de condamner l'intimée, à rembourser à l'appelant l'émolument d'appel dont il s'est acquitté, soit 2'000 fr..

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.