

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6994/2019-5

CAPH/184/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 24 SEPTEMBRE 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE], appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 28 septembre 2020 (JTPH/310/2020), comparant par le syndicat **B**_____, chemin _____, Genève, en les bureaux duquel il fait élection de domicile,

et

ASSOCIATION C_____, sise _____ [GE], intimée, comparant par Me Olivier ADLER, avocat, quai Gustave-Ador 26, case postale 6253, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 octobre 2021.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPH/310/2020 rendu le 28 septembre 2020, notifié le lendemain aux parties, le Tribunal des prud'hommes (ci-après : le Tribunal) a débouté A_____ de ses conclusions en paiement dirigées contre ASSOCIATION C_____ (chiffre 2 du dispositif), débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 3), arrêté les frais de la procédure à 1'410 fr. (ch. 4), mis à la charge de A_____ (ch. 5) et compensés avec l'avance versée par celui-ci, laquelle restait acquise à l'Etat de Genève (ch. 6), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 15 octobre 2020 au greffe de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (ci-après : la Cour), A_____ a formé appel de ce jugement et sollicité l'annulation des chiffres 2 et 3 de son dispositif. Cela fait, il a conclu à la condamnation d'ASSOCIATION C_____ au paiement de la somme brute de 140'875 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 12 août 2017, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- b.** ASSOCIATION C_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- c.** Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.
- d.** Par avis du 22 janvier 2021, la Cour a informé les parties que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** ASSOCIATION C_____ (ci-après : C_____, l'association ou l'employeuse) est une association de droit suisse dont le but est l'offre d'emplois d'insertion professionnelle et formation aux personnes en situation précaire, notamment aux requérants d'asile, réfugiés, personnes au bénéfice de l'assistance sociale, jeunes et chômeurs en fin de droit, ainsi que la promotion du développement durable, de l'écomobilité, de la santé et de l'écotourisme par _____.
- Selon son rapport d'activité 2018, C_____ employait 222 personnes en insertion, dont 37 emplois de solidarité - soit une catégorie d'emplois sociaux sur laquelle il sera revenu ci-après - ainsi que 11 salariés, dont un directeur, un directeur adjoint, un responsable ressources humaines et une adjointe de direction.
- b.a** Par contrat de travail à durée indéterminée signé le 5 mai 2008, A_____ (ci-après : A_____ ou l'employé), qui avait épuisé ses droits découlant de l'assurance-chômage, a été engagé par C_____ en qualité de "*responsable informatique*" à temps plein à partir du 21 avril 2008.

b.b Il était expressément prévu que cette embauche s'inscrivait dans le cadre de la loi cantonale en matière de chômage (LMC; RS GE J 2 20) qui avait à cette époque introduit un programme de création d'emplois sur le marché complémentaire de l'emploi (cf. *infra*), dénommés "*emplois de solidarité*" et destinés aux personnes qui avaient épuisé leurs droits à l'assurance-chômage.

Selon le Conseil d'Etat genevois, le programme d'emplois de solidarité s'adressait aux demandeurs d'emploi en fin de droit dont les chances d'insertion sur le marché principal de l'emploi étaient réduites et qui présentaient un risque de perte de lien social. Dans le cadre de la LMC, l'Etat collaborait avec des institutions privées ou associatives, à but non lucratif, poursuivant des buts d'intérêt collectif et déployant des activités sur le marché complémentaire de l'emploi. Ce marché rassemblait toutes les activités de production de biens ou de services jugées insuffisamment rentables par les entreprises privées. Ces activités, délaissées par le secteur privé, étaient cependant d'une utilité certaine pour la collectivité et pouvaient, avec le soutien de l'Etat (notamment par le co-financement du salaire de l'employé de solidarité), être maintenues ou créées dans un marché du travail complémentaire. Elles permettaient à des personnes en fin de droit d'être actives et de (ré)acquérir le savoir-faire et le savoir être indispensables à la reprise d'un travail. L'emploi de solidarité constituait un moyen de (re)devenir actif et de recouvrer les compétences professionnelles et sociales indispensables au retour sur le marché principal de l'emploi (ou secteur primaire de l'emploi). Il permettait de maintenir et tisser des relations essentielles à une insertion sociale réussie. Dans certains cas, par ex. pour les employés âgés, il permettait d'achever dignement une carrière professionnelle interrompue par une longue période de chômage (Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur l'évaluation de la nouvelle loi sur le chômage, 2011, RD 873, p. 37 ss).

b.c Selon l'art. 3 du contrat, celui-ci était conclu dans le cadre de la LMC et de son règlement d'exécution (RMC; RS GE J 2 20.01). Le salaire mensuel brut était fixé par l'Office cantonal de l'emploi, en vertu de l'art. 43 aRMC applicable aux emplois de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi, selon le barème suivant

(cf. consid. **2.1.3** *infra*) :

- 3'000 fr. pour une fonction ne requérant aucune formation spécifique;
- 3'500 fr. pour une fonction identique à la précédente, mais occupée par un titulaire du certificat fédéral de capacité ou d'un diplôme professionnel équivalent; et
- 4'000 fr. pour une fonction spécialisée ou à responsabilités, dont l'exercice requérait impérativement le certificat fédéral de capacité ou un diplôme professionnel équivalent.

b.d Concernant A_____, le salaire mensuel brut a été arrêté à 4'000 fr., au vu de son niveau de formation et de la fonction occupée. Puis, par avenant au contrat de travail applicable dès le 1^{er} janvier 2011, le salaire mensuel brut a été porté à 4'225 fr., toujours en application de la LMC et du RMC et dans le cadre d'un emploi de solidarité.

Sur chaque document contractuel, la soumission au régime de l'emploi de solidarité était expressément mentionnée.

c. Un nouveau contrat de travail a été conclu le 12 janvier 2016 entre les parties avec entrée en vigueur le 1^{er} février 2016 - ce dans le cadre d'une révision législative ayant conduit à l'abandon du barème évoqué à l'attendu précédent (cf. consid. **2.1.3** *infra*) -, à nouveau en application de la LMC et du RMC. Le salaire est demeuré inchangé, de même que les autres conditions d'emploi. Il était expressément stipulé que l'activité fournie par A_____ s'inscrivait dans le cadre d'un emploi de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi.

Par avenant applicable dès le 1^{er} mars 2016, le salaire mensuel brut a été porté à 4'475 fr., toujours en application de la LMC et du RMC.

d. En mars 2014, C_____ a publié sur son site internet la grille des salaires applicable à ses collaborateurs du secteur primaire. Il y était spécifié que les salaires des personnes en statut d'emploi de solidarité étaient fixés par la LMC, de sorte que la grille des salaires concernait uniquement les collaborateurs dont l'association était libre de fixer la rémunération. Cette grille salariale prévoyait notamment un salaire annuel minimal de 64'800 fr. et maximal de 102'000 fr. pour les "*responsables de département*". C_____ a également publié les principes guidant sa politique salariale, au nombre desquels l'égalité de traitement entre employés.

Selon le témoin D_____, sociologue ayant travaillé pour C_____ depuis 2007, puis dirigé l'association de 2012 à 2020, il avait toujours été exclu d'appliquer cette grille aux employés de solidarité. En particulier, lorsque l'Etat de Genève avait cessé de déterminer le niveau des salaires des emplois de solidarité en 2016, l'ensemble des employeurs de solidarité avait décidé de continuer à appliquer le même barème, car, parallèlement, l'Etat les avait mis sous pression pour maximiser le nombre de retours à l'emploi sur le marché principal : une augmentation de salaire aurait compromis ce but, car il aurait pu conduire à une plus grande fidélisation des employés de solidarité.

e.a Devant le Tribunal, A_____ a produit un descriptif - établi par l'employeuse - du poste qu'il occupait au sein de C_____, à savoir un poste de "*Gestionnaire IT*". A teneur de ce descriptif, son supérieur direct était le "*Responsable administratif*" et ses subordonnés les "*Assistant-e IT*". Sa mission consistait à fournir des ressources informatiques et de télécommunication adéquates à

l'ensemble du personnel C_____. En particulier, il devait assurer la responsabilité de la gestion du parc informatique, gérer l'achat et le suivi avec les fournisseurs de services internet et téléphonie, gérer l'administration des réseaux, assurer la logistique informatique des succursales et le support aux utilisateurs, gérer le stock et l'achat du matériel informatique, des cartouches d'encre et des toners, assurer l'encadrement et participer à la formation des assistants IT et, si besoin, participer à la formation des collaborateurs dans le domaine informatique. Selon le profil du poste, il devait être titulaire d'un CFC en informatique ou équivalent, disposer d'une expérience en gestion d'un parc informatique en entreprise et d'un "helpdesk" et maîtriser les outils informatiques Windows, Office, etc. Les compétences et aptitudes recherchées étaient décrites comme suit : *"excellent sens organisationnel, rigueur, autonomie, proactivité, aisance relationnelle et entregent"*.

e.b Les parties s'opposent sur le niveau de compétence et de responsabilité requis par le poste occupé par A_____. Selon celui-ci, il s'agissait d'un poste à responsabilité importante, l'assimilant à un responsable de département au sens de la grille salariale de C_____. Celle-ci soutient, au contraire, que les tâches informatiques confiées étaient plutôt élémentaires, toute activité plus complexe étant confiée à des tiers spécialistes (software, site internet, etc.). L'appellation volontairement ambitieuse du poste (responsable informatique ou gestionnaire _____) tendait à le faire bénéficier du salaire le plus élevé prévu pour les emplois de solidarité, à valoriser son travail et à lui redonner confiance en lui.

e.c Interrogé par le Tribunal, A_____ a exposé qu'avant de se retrouver au chômage, il était vendeur et réparateur informatique pour l'entreprise E_____. Pendant sa période de chômage, il avait obtenu des certifications Microsoft qui lui avaient permis de travailler pour C_____, car son emploi auprès de celle-ci lui demandait plus de compétences informatiques.

e.d Plusieurs témoins ont été entendus par le Tribunal. H_____ a déclaré avoir travaillé pour C_____ en qualité d'apprentie employée de commerce de 2013 à 2019; les deux dernières années, elle avait travaillé comme *"aide informatique"*. Son supérieur hiérarchique était le directeur de l'association, mais elle dépendait de A_____ lorsqu'elle se trouvait au service informatique. Le précité avait, dans son service, un assistant qu'il supervisait et des stagiaires comme elle.

F_____, comptable, avait été employé par C_____ de juillet à octobre 2017 comme responsable administratif et financier, étant précisé qu'il ne s'agissait pas d'un emploi de solidarité. A ce titre, il avait été le responsable hiérarchique de A_____. Celui-ci était responsable du fonctionnement informatique et électronique de l'association et disposait de deux personnes travaillant à temps partiel sous ses ordres, soit un employé de solidarité et une personne présentant des troubles psychiques, qui n'était peut-être pas rémunérée.

G_____ travaillait au service de C_____ depuis 2013 comme responsable du service des mécaniciens volants, étant précisé qu'il ne s'agissait pas d'un emploi de solidarité. A ce titre, il avait collaboré avec A_____. Selon lui, le précité n'aurait pas pu occuper un poste de responsable informatique dans une autre entreprise que C_____ ; en revanche, il aurait pu travailler comme collaborateur dans un service informatique. Le poste occupé par A_____ n'était pas comparable à un poste sur le marché primaire de l'emploi, ni d'ailleurs à un poste de responsable de secteur au sein de l'association. Le précité n'était responsable que d'une ou deux personnes, généralement des stagiaires ou des bénévoles.

Selon D_____, A_____ était censé acheter, entretenir et renouveler le matériel informatique, gérer "*les petits et grands soucis*" qui se posaient en la matière et réfléchir à des solutions au niveau des logiciels. Il devait s'occuper de tout ce qui avait trait à l'informatique. Un emploi de solidarité n'était pas comparable avec un emploi du secteur primaire : dans le cas de A_____, le but était de lui donner une bonne formation afin qu'il acquière un niveau de compétence suffisant pour trouver du travail sur le marché principal de l'emploi. Il n'était pas non plus possible de comparer le poste qu'occupait A_____ avec celui d'un responsable de secteur au sein de C_____ : un responsable de secteur avait une équipe à gérer, alors que A_____ "*avait une personne sous sa responsabilité, un-e stagiaire, mais sans véritable équipe informatique*".

f. Le travail effectué par A_____ au sein de C_____ a fait l'objet de plusieurs rapports d'évaluation entre 2008 et 2019, signés par l'employé. A teneur de ces rapports, l'activité de A_____ était jugée globalement bonne, l'intéressé étant décrit comme un collaborateur soigneux, disponible et ponctuel. Ils relataient toutefois un certain manque de motivation et de rapidité dans l'exécution des tâches, ainsi que des difficultés de communication (qui pouvaient passer pour un "*manque de respect*").

Il ressort des échanges de courriels internes produits par C_____ que les autres collaborateurs devaient parfois relancer A_____ pour obtenir l'exécution des tâches lui incombant.

Devant le Tribunal, H_____ a déclaré que A_____ était quelqu'un de "*très compétent*", tant humainement que professionnellement, et sachant toujours répondre aux questions qu'elle lui posait. Il réglait les petites pannes rapidement et, pour les pannes plus compliquées, il prenait plus de temps ou faisait appel à un prestataire externe. Selon F_____, A_____ disposait de larges connaissances en informatique, mais il devait suivre des formations lorsque de nouveaux aménagements ou programmes étaient installés; ce témoin avait été "*épaté*" de voir ce que l'employé arrivait à faire avec le peu de moyens et le vieux matériel de l'association et était impressionné par son engagement, y compris les weekends.

G_____ a déclaré que A_____ était certes en mesure d'entretenir le matériel informatique, mais qu'il n'était pas capable d'apporter des idées et des solutions pour le moderniser en rapport avec les métiers exercés par l'association. Aux alentours de 2018, il s'était occupé de la migration du système informatique de Windows 98 vers Windows 10, mais ce travail avait pris beaucoup trop de temps; il en avait été de même de la migration de la boîte de messagerie vers Office 365. A_____ "réanimait" régulièrement des vieux ordinateurs, mais il n'était pas proactif et ne faisait aucune proposition pour faciliter le travail de l'entreprise. Il n'était pas capable de gérer un site internet ou de "*proposer toutes sortes de solutions pour tous les domaines*". Les exigences requises vis-à-vis de A_____ étaient moins élevées que dans une entreprise ordinaire ou qu'à l'égard d'un responsable de secteur au sein de C_____. Il était fait preuve de tolérance, en particulier en termes de rendement : une tâche prenant une semaine dans un environnement de travail normal était admise dans un délai d'un mois par l'association; les erreurs étaient beaucoup plus facilement tolérées. Selon ce témoin, A_____ ne réagissait pas assez rapidement, étant précisé que la réactivité de ses subordonnés était souvent meilleure.

De son côté, D_____ a déclaré que C_____ avait été satisfaite du travail fourni par A_____, étant toutefois précisé que les attentes de l'association "*étaient celles d'un emploi de réinsertion, c'est-à-dire qui laiss[ait] place à des erreurs, des absences et des baisses ponctuelles de motivation*". Selon ce témoin, le rythme de travail de A_____ était variable : "*Par moment c'était plutôt bien, mais à d'autres c'était un peu compliqué surtout s'il n'avait pas trop envie de faire les choses qui étaient attendues de lui. Il fallait alors que je le relance parfois même par écrit*".

g. Entendu comme témoin par le Tribunal, I_____, _____ [statut] du Service d'aide au retour à l'emploi au sein de l'Office cantonal de l'emploi, a déclaré qu'un employeur qui offrait des emplois de solidarité devait fournir d'autres prestations que les employeurs du secteur primaire, soit un encadrement, un coaching et une formation afin de permettre au bénéficiaire de se réinsérer dans le marché du travail. Les moyens engagés dépendaient de la motivation, des compétences et de l'âge de l'intéressé. C_____ respectait ces conditions, par un encadrement adéquat et de qualité; l'association se situait parmi les meilleurs prestataires de ce genre de services dans le canton de Genève. Il était possible que l'emploi de solidarité évolue vers un emploi à l'interne sur le marché primaire du travail. Cette évolution était laissée à la liberté contractuelle des parties.

Selon le témoin J_____, directeur de l'association K_____ - dont le but est l'accompagnement des personnes au chômage et en emploi de solidarité -, A_____ avait bénéficié d'un "*programme*" de quinze mois en 2014 et 2015, à savoir des formations, de l'aide à la recherche d'emploi et de l'accompagnement l'occupant huit heures par semaine, temps libéré par l'employeuse. Alors qu'il était

initialement en décalage par rapport aux attentes du marché, A_____ avait réussi à se former et à obtenir une certification Microsoft; il avait également bénéficié d'une mise à niveau en français, soit un perfectionnement de l'écrit. A_____ avait acquis des compétences qui lui permettaient d'occuper un poste d'ingénieur système. Son investissement dans le programme avait été adéquat. La formation Microsoft avait été payée par K_____ et C_____.

Selon le témoin L_____, conseillère en placement de mai 2016 à août 2018 chez C_____, l'aide apportée aux employés de solidarité n'avait pas d'équivalent dans le marché primaire de l'emploi, puisqu'un employeur n'avait guère d'intérêt à aider un de ses employés à trouver du travail ailleurs. Elle avait assisté A_____ dans ce cadre, à la demande de celui-ci, en l'aidant à rédiger des lettres de motivations et à revoir son dossier de candidature.

A_____ a confirmé en audience que C_____ lui offrait des cours "*mais pas les examens*". Il a admis avoir reçu l'aide de l'association à partir de 2011 ou 2012 afin de trouver un emploi dans le secteur primaire, notamment pour une postulation en décembre 2018.

Il ressort des pièces versées au dossier que A_____ a suivi des cours en création de site internet en 2010 et 2014 au sein de M_____. Il a également suivi un cours à l'interne de C_____ en 2013 ("_____ [titre de la formation]"). L'association a produit une facture du 23 décembre 2014 lui étant adressée s'agissant d'une formation Microsoft suivie par A_____. Enfin, celui-ci a suivi un cours d'une journée sur le programme Office 365 le 26 mai 2017, pris en charge par C_____.

h. Le 28 février 2019, A_____ est parti à la retraite. Il a été remplacé par une personne au bénéfice d'un emploi de solidarité, le poste étant désormais intitulé "*gestionnaire IT*".

i. Par demande du 21 mars 2019, déclarée non conciliée le 2 mai 2019 et introduite devant le Tribunal le 2 septembre 2019, A_____ a assigné C_____ en paiement de la somme brute de 140'875 fr. à titre de salaire, avec intérêts à 5% l'an dès le 12 août 2017.

En substance, A_____ a fait valoir que la suppression, en janvier 2016, du barème salarial prévu par la loi et son remplacement par un salaire "*conforme aux pratiques du marché complémentaire de l'emploi*" signifiaient qu'il aurait dû bénéficier des prestations salariales maximales prévues pour les employés fixes de C_____, soit 8'500 fr. bruts par mois, ce dès mars 2016. Une différence salariale de 4'025 fr. était donc due depuis cette date.

j. C_____ a conclu au déboutement de A_____.

k. Le Tribunal a entendu les parties et plusieurs témoins dont les déclarations ont été reprises ci-dessus dans la mesure utile.

l. Lors de l'audience du 6 juillet 2020, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions, après quoi le Tribunal a gardé la cause à juger.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu que A_____ avait été engagé dans le cadre d'un emploi de solidarité pour un salaire mensuel brut de 4'000 fr. correspondant à une fonction à responsabilité selon l'art. 43 aRMC. Ses prestations étaient bonnes et il assumait effectivement certaines responsabilités. Cela étant, C_____ lui avait également fourni une aide pour se réinsérer professionnellement, en lui proposant des coachings personnalisés, des formations et des conseils pour favoriser son retour sur le marché primaire de l'emploi. Cette aide était directement liée à son statut d'employé de solidarité. La grille de rémunération dont se prévalait A_____ ne concernait que les employés pour lesquels l'association était libre de fixer le salaire, à l'exclusion des personnes bénéficiant, comme lui, d'un emploi de solidarité. Or, rien ne permettait de retenir que son contrat aurait été modifié en 2016, avec pour effet de lui faire perdre son statut d'employé de solidarité et de l'assimiler à un employé du secteur primaire. Ainsi, il n'y avait pas lieu de lui allouer, par égalité de traitement, un salaire supérieur.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 145 al. 1 let. a, 146 al. 1 et 311 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance rendue dans une affaire de nature pécuniaire, qui statue sur des conclusions dont la valeur litigieuse, compte tenu de l'ensemble des prétentions demeurées litigieuses en première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'instance d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit. En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuées par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC en lien avec l'art. 310 let. b CPC; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4D_72/2017 du 19 mars 2018 consid. 2).

1.3 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire est applicable (art. 219 et suivants CPC). La cause est soumise aux maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC).

-
2. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir mal apprécié son statut d'employé eu égard à l'aide que l'intimée lui a apportée dans ses recherches d'emploi. Elle lui reproche également d'avoir retenu que la grille salariale de l'intimée n'était pas applicable pour fixer le montant de sa rémunération.

2.1

2.1.1 Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

En droit suisse, la rémunération du travailleur obéit au principe de la liberté contractuelle : le salaire convenu fait foi (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^{ème} éd. 2019, p. 183). Il n'en va toutefois pas ainsi quand les parties sont soumises, de quelque manière que ce soit, à une convention collective de travail prévoyant un salaire supérieur à celui qu'elles ont arrêté ou si une loi ou un processus d'autorisation administrative fixent un salaire minimal; dans ce cas, le salaire supérieur remplace le salaire convenu (art. 322 al. 1 et 357 al. 2 CO; ATF 129 III 618 consid. 5.1; 122 III 110, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_425/2017 du 10 avril 2018 consid. 3.1 et 3.3).

2.1.2 Jurisprudence et doctrine concluent à l'existence d'un principe général d'égalité de traitement déduit de l'art. 328 CO, obligeant l'employeur à protéger la personnalité de l'employé et des art. 28 et suivants CC instituant les règles générales de protection de la personnalité. Une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés (ATF 129 III 276 consid. 3.1 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_651/2017 du 4 avril 2018 consid. 3.3). Ces principes ont été développés dans le cadre des bonus et gratifications, le Tribunal fédéral rappelant régulièrement le principe de la liberté contractuelle en ce qui concerne le salaire. Ainsi, selon la doctrine, le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'aux prestations non réglées contractuellement, soit les prestations discrétionnaires de l'employeur ou aux situations réglées collectivement (un licenciement collectif par exemple; WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 472 et suivante).

Hors les cas particuliers d'interdiction de discrimination spécialement réglementés (par exemple à raison du sexe ou en lien avec la libre circulation des personnes), il n'est ainsi pas interdit de traiter plus favorablement une minorité d'employés par des dispositions contractuelles ou de traiter plus défavorablement une minorité d'employés, si un motif objectif le justifie (PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar - OR I, 7^{ème} éd. 2020, n. 29 et suivantes ad art. 328 CO).

2.1.3 A Genève, afin de répondre à certains besoins spécifiques de la population, des emplois de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi ont été institués depuis 2008 (art. 45D al.1 LMC). Ils sont destinés aux personnes ayant épuisé leurs droits à l'assurance-chômage (art. 45D al. 2 LMC). Dans le choix des activités retenues, le département compétent veille à éviter toute concurrence avec les entreprises commerciales genevoises, en particulier celles régies par des conventions collectives de travail (art. 45F al. 3 LMC).

Jusqu'au 19 décembre 2015, la loi confiait au Conseil d'Etat la compétence de déterminer des salaires minimaux sur préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi (art. 45H al. 2 LMC). Le Conseil d'Etat avait ainsi fixé, à l'art. 43 al. 1 RMC dans ses teneurs successives, le salaire mensuel brut de l'emploi de solidarité à plein temps à 3'000 fr., puis 3'225 fr. dès 2011, pour une fonction ne requérant aucune formation spécifique (let. a); 3'500 fr., puis 3'725 fr. dès 2011 pour une fonction conforme à la lettre a, mais occupée par un titulaire du certificat fédéral de capacité ou d'un diplôme professionnel équivalent (let. b); 4'000 fr., puis 4'225 fr. pour une fonction spécialisée ou à responsabilités, dont l'exercice requiert impérativement un certificat fédéral de capacité ou un diplôme professionnel équivalent (let. c).

Dès le 19 décembre 2015, l'art. 45H al. 2 LMC a été supprimé. Désormais, il est prévu que l'Etat contribue au paiement du salaire versé aux bénéficiaires par leur employeur dans la mesure où ce salaire est conforme aux pratiques du marché complémentaire de l'emploi (art. 45H al. 1 LMC). A teneur de l'art. 43 RMC dans sa teneur actuelle, le marché complémentaire de l'emploi, au sens de de la loi cantonale, rassemble les activités de production de biens ou de services ayant une utilité pour la collectivité ou répondant à un besoin social, mais qui sont délaissées par les entreprises privées à but lucratif en raison d'un manque de rentabilité lié notamment au besoin d'encadrement accru des employés concernés ou de la nature de l'activité déployée, et que l'Etat souhaite soutenir (al. 1). Les salaires conformes aux pratiques du marché complémentaire de l'emploi, au sens de l'article 45H al. 1 LMC, ne peuvent pas être inférieurs aux salaires minimaux prévus par les conventions collectives de travail étendues ou les contrats-types de travail au sens de l'article 360a CO ou, à défaut, les usages établis par l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (al. 2).

Les relations contractuelles entre les bénéficiaires et les institutions partenaires sont régies pour le surplus par le contrat de travail signé par ces derniers et, à titre supplétif, par les dispositions du titre dixième du code des obligations (art. 45H al. 3 LMC).

2.1.4 En présence d'un litige sur l'interprétation de clauses contractuelles, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices.

Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_498/2018 du 11 avril 2019 consid. 5.1.1).

Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, qu'il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre, c'est-à-dire conformément au principe de la confiance. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_498/2018 précité consid. 5.1.2).

2.2 En l'espèce, l'appelant, qui conteste avoir bénéficié de prestations tendant à sa réinsertion, fait grief au Tribunal de lui avoir reconnu un statut d'employé de solidarité. Selon lui, les cours suivis étaient inutiles et il n'avait pas bénéficié d'un réel soutien pour retrouver un emploi. En outre, le Tribunal avait erré en retenant que son salaire n'était pas soumis à la liberté contractuelle : il devait ainsi profiter de la grille salariale de l'intimée. Pour la première fois en appel, il reproche un dol à l'intimée, au motif que celle-ci l'avait induit en erreur au moment de la conclusion de l'avenant du 1^{er} mars 2016; il se prévaut également de l'art. 42 al. 2 CO.

2.2.1 S'agissant de la question de son statut au sein de l'intimée, l'appelant ne conteste pas qu'il a été engagé en qualité d'employé de solidarité lors de la signature de son premier contrat de travail. Par un raisonnement peu clair, il soutient que sa situation aurait ensuite changé graduellement, en lien avec la modification législative intervenue en décembre 2015.

Ce moyen n'est pas fondé. En effet, la situation personnelle de l'appelant, chômeur en fin de droit âgé d'une cinquantaine d'année au moment de l'embauche, démontre qu'il remplissait les critères pour bénéficier d'un emploi de solidarité, ce qu'il a d'ailleurs accepté. Les documents contractuels successifs font tous expressément état de ce statut et de l'application des loi et règlement cantonaux sur le chômage.

S'agissant du travail fourni par l'appelant au service de l'intimée et de la formation requise pour l'exécuter, il ressort de l'interrogatoire des parties et des déclarations du témoin J_____ que l'appelant était précédemment vendeur et réparateur informatique chez E_____ et qu'il ne possédait pas une parfaite maîtrise du français puisqu'il a dû suivre un cours de mise à niveau. L'appelant a affirmé avoir suivi des formations durant ses années de chômage qui lui avaient permis d'obtenir son poste chez l'intimée. Il résulte toutefois des déclarations des témoins G_____, D_____, H_____ et F_____ que ce travail ne demandait pas des compétences informatiques pointues. Si le descriptif du poste était celui de "*responsable informatique*" ou de "*gestionnaire IT*", les explications de l'intimée sur le fait que cet intitulé était volontairement ambitieux pour valoriser l'employé sont convaincantes au vu des tâches réellement effectuées. En effet, les prestations étaient relativement élémentaires (gestion des stocks, support aux utilisateurs, formation des collaborateurs) et requéraient des connaissances limitées (CFC et maîtrise des outils informatiques de base). L'appelant a certes été décrit comme un collaborateur soigneux, disponible et ponctuel, ce qui n'est pas remis en cause, mais ses prestations étaient appréciées à l'aune d'un emploi de solidarité, soit avec une certaine indulgence de la part de l'employeuse. Les témoins G_____ et D_____ ont affirmé que les tâches confiées à l'appelant n'étaient pas comparables à celles assumées par un responsable informatique travaillant sur le marché primaire de l'emploi, ce qui ressort également des déclarations des témoins H_____ et F_____ (la première a déclaré que l'appelant devait faire appel à des prestataires externes pour régler certaines pannes, tandis que le second a précisé qu'il devait suivre des formations avant d'installer de nouveaux programmes informatiques). De plus, la qualité du travail effectué par l'appelant, caractérisée selon les domaines par une certaine lenteur et un manque de motivation (décl. témoins G_____ et D_____, rapports d'évaluation signés par l'employé), paraît peu compatible avec un emploi de responsable informatique exercé dans une entreprise à but lucratif. A cela s'ajoute que le parc informatique de l'intimée, dont le but premier n'était pas la fourniture de services informatiques, ni d'ailleurs ne requérait un service informatique performant, était vieux et désuet, ce qui pondère encore le niveau de responsabilité réel de l'appelant. En tous les cas, il n'apparaît pas que l'activité de l'appelant ait évolué au fil des années pour prendre une plus grande importance dans l'entreprise ou revêtir une plus grande complexité, notamment au cours des années 2015 et 2016. Le fait que l'appelant disposait d'une ou deux personnes sous sa responsabilité ne change pas cette appréciation, étant relevé qu'il s'agissait de personnes faiblement formées.

Enfin, l'appelant échoue à établir qu'il n'aurait bénéficié d'aucune aide de la part de l'intimée pour se réinsérer professionnellement pendant la dizaine d'années passées à son service, grief qui frise la témérité. D'une part, le témoin I_____, directeur au sein de l'Office cantonal de l'emploi, a déclaré que l'intimée fournissait à ce titre un encadrement adéquat et de qualité, ce qui faisait d'elle l'un

des meilleurs prestataires de ce genre de services à Genève. D'autre part, il ressort des pièces produites, de l'interrogatoire des parties et des déclarations des témoins J_____ et L_____ que l'appelant a bénéficié d'une aide et d'un accompagnement à la recherche d'emploi - ce qu'il a lui-même reconnu -, qu'il s'est vu financer des formations/cours et qu'il a été libéré de son temps de travail pour les suivre; cela lui a permis de passer d'un stade où il se trouvait en décalage avec le marché de l'emploi à celui où il était en mesure d'occuper un poste d'ingénieur système. Dans ce contexte, l'appelant a encore bénéficié, entre 2016 et 2018, du soutien d'une conseillère en placement, d'un cours d'informatique et d'une aide à la postulation, ce gratuitement et à sa demande.

Il découle de ce qui précède qu'il n'existe aucun indice concret (documents contractuels, contexte général entourant la conclusion des contrats de travail, attitude des parties avant et après la conclusion des contrats, etc.) qui permettrait de retenir que les parties auraient manifesté, à un moment donné, une volonté réciproque et concordante de modifier le statut de l'appelant pour le considérer comme un employé « ordinaire » de l'association (i.e. comme un employé du secteur primaire). Par conséquent, une telle volonté n'a pas été démontrée, tandis qu'une interprétation objective des manifestations de volonté des parties ne conduirait pas à un autre résultat. Le statut de l'appelant est donc demeuré, tout au long de la relation contractuelle - y compris dès 2016 -, celui d'un employé de solidarité.

2.2.2 Cela étant posé, l'appelant ne saurait bénéficier de la grille des salaires applicable aux personnes que l'intimée emploie dans le cadre du marché principal du travail. En effet, cette grille de salaire prévoit expressément qu'elle ne concerne pas les personnes bénéficiant du statut d'employé de solidarité.

Les griefs de l'appelant sur la question de la liberté contractuelle tombent donc à faux. Par la modification législative de décembre 2015, l'Etat de Genève a certes renoncé à fixer un barème des salaires pour les emplois de solidarité. Ce faisant, il a renforcé la liberté contractuelle des parties à un contrat d'emploi de solidarité, ce qui ne plaide guère en faveur de la thèse soutenue par l'appelant. Il apparaît en outre logique et conforme au but de la loi - ainsi que le développe l'intimée en se référant aux déclarations du témoin D_____ (cf. *supra* EN FAIT, let. C.d) - de ne pas pratiquer, dans le cadre du marché complémentaire de l'emploi, des salaires concurrençant le marché principal (l'objectif poursuivi étant de favoriser le retour des chômeurs en fin de droit sur le marché primaire de l'emploi et non d'inciter les employés de solidarité à conserver leur poste sur le marché complémentaire) - ce que l'appelant ne pouvait ignorer.

L'appelant se prévaut également du principe de l'égalité de traitement. Ce faisant, il perd de vue que seule une minorité des employés de l'intimée bénéficiaient de conditions salariales plus favorables que lui et qu'elle était libre de procéder ainsi,

pour des fonctions dirigeantes et différentes des emplois de solidarité, car occupées par des personnes choisies pour leurs compétences et non, comme dans le cas de l'appelant, dans une perspective de réinsertion.

2.2.3 Par un développement de quelques lignes, l'appelant invoque pêle-mêle, et pour la première fois en appel, le dol (art. 28 CO) et la question de la preuve du dommage (art. 42 al. 2 CO).

S'agissant du dol, l'appelant avait certes invoqué dans sa demande en paiement que, se trouvant dans la précarité, il s'était senti contraint d'accepter l'avenant au contrat du 1^{er} mars 2016. Cependant, l'appelant n'a jamais invoqué un comportement dolosif de l'intimée en première instance. Plus particulièrement, il soutient *ex nihilo* en appel que l'intimée aurait mentionné certaines dispositions légales aux fins de le tromper. Or, il n'explique pas en quoi il aurait été empêché d'alléguer les faits y relatifs devant le Tribunal. Il n'en va pas différemment de la question de la preuve du dommage au sens de l'art. 42 al. 2 CO. Ces allégations nouvelles sont donc irrecevables (art. 317 al. 1 CPC) et ne justifient pas davantage de développements, le moyen soulevé étant manifestement infondé.

2.3 Le jugement entrepris sera donc confirmé.

3. L'appelant, qui succombe, sera condamné aux frais judiciaires d'appel, arrêtés à 1'300 fr. (art. 95, 106 al. 1, 114 let. c et 116 al. 1 CPC; art. 71 RTFMC) et compensés par l'avance de frais du même montant versée par lui, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens d'appel ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé le 15 octobre 2020 par A_____ contre le jugement JTPH/310/2020 rendu le 28 septembre 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/6994/2019.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Fixe les frais judiciaires d'appel à 1'300 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance versée qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Nathalie RAPP, présidente; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.