



T _____
Dom. élu: Maître Alain MARTI
Rue Michel-Chauvet 3
1208 Genève

Fondation E _____ - B _____
Dom. élu: Maître Pierre MARTIN-ACHARD
Rue du Rhône 100
Case postale 3403
1211 Genève 3

Partie appelante
Et intimée sur appel incident

Partie intimée
Et appelante incidente

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 octobre 2007

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mme Sophie SCHINDLER et M. Raymond BOURRECOUD, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Serge PASSINI, juges salariés

Mme Béatrice ANTOINE, greffière d'audience

EN FAIT

A.a La Fondation E_____ – «B_____» (anciennement Fondation de l'école A_____ «B_____»; ci-après : la Fondation ou B_____) est, depuis 1966, une fondation de droit public dont le siège est à Genève. Avant l'entrée en vigueur de la Loi approuvant la modification de ses statuts, le 24 août 2004, la Fondation avait pour but d'assurer la formation et le perfectionnement de personnel soignant qualifié et de contribuer au développement des professions. A cet effet, elle administrait et développait l'école B_____ (ci-après : l'École), fondée en 1905 par la doctoresse C_____ (art. 2 de la Loi X_____ de 1992).

La Fondation était notamment régie par la Loi cantonale relative à la fondation de l'école B_____ de 1966, laquelle prévoyait en particulier l'établissement d'un règlement relatif à l'administration, à la gestion, à l'organisation et à la représentation de la Fondation et son subventionnement par l'État de Genève.

Un règlement de la Fondation a été adopté en 1970, qui précisait notamment les attributions du Conseil de fondation. Ce dernier avait plus particulièrement la compétence de nommer la directrice (art. II du règlement).

Un document intitulé « Statut du personnel », entré en vigueur en 1988, avait en outre pour but de régler les rapports entre l'École et les membres du personnel. Ce document organisait les conditions de travail des collaborateurs, s'alignait pour partie sur les normes applicables au personnel de l'État de Genève (cf. art. 4 al. 1^{er}, 5 al. 1^{er}, 32 al. 2 lit. e, 35 al. 1^{er}, 41 al. 1^{er}, 42 al. 2 et 58 al. 1^{er}), et renvoyait pour le surplus au Code des obligations (cf. art. 58 al. 2). Le Statut du personnel prévoyait notamment que le délai de résiliation des contrats de travail était, après le temps d'essai, de trois mois pour la fin d'un mois (art. 45 al. 2), le licenciement immédiat pour justes motifs étant réservé (art. 49). Par ailleurs, tout projet de modification du Statut du personnel devait faire l'objet d'une consultation préalable avec le personnel. Enfin, les litiges entre un employé et le Conseil de Fondation relèvent de la compétence des tribunaux ordinaires (art. 51 al. 2).

Un règlement d'application du Statut du personnel avait également été établi en 1990 (ci-après : le Règlement), qui prévoyait une application analogique, à l'École, des lois et règlements en vigueur à l'État de Genève (art. 33).

b. Par contrat de travail signé le 16 juillet 1988, T_____ a été engagée par le Conseil de fondation du «B_____» en qualité de directrice de l'École dès le 1^{er} octobre suivant.

Les parties ont convenu d'un salaire annuel brut de 103'233 fr. pour une activité à temps complet. Le contrat renvoyait expressément au Statut du personnel de

l'École, applicable en cas de besoin « par analogie aux dispositions en vigueur à l'Etat de Genève ».

Dès le 31 décembre 1990, la Fondation, soit pour elle D_____, président du Conseil de fondation, et T_____ ont conclu, chaque année à la même date, des contrats de prêts et avenants qui prévoyaient notamment :

Le prêt porte intérêts. Leur taux correspond au taux appliqué par la Banque cantonale locale pour un livret d'épargne normal.(...)

En cas de résiliation du contrat de travail entre l'emprunteur et B_____ avant l'extinction complète de la dette (...), l'intégralité de la dette résultant du prêt qui subsiste encore au moment de la notification de la résiliation devient immédiatement exigible, sans dénonciation particulière du prêt. Dans ce cas, B_____ a le droit, dans le cadre des limites de l'article 323b al. 2 CO, de compenser l'intégralité de la dette subsistant encore avec la créance que l'emprunteur possède contre elle en vertu de son contrat de travail.

- c. En 1993, T_____ s'est vue proposer un poste de directrice des ressources humaines par F_____, mieux rémunéré que son poste au sein de la Fondation. De ce fait, le Conseil de Fondation de l'Ecole a approuvé le principe d'une indemnité compensatrice de 500 fr. par mois en faveur de la directrice, afin que cette dernière ne quitte pas son emploi.
- d. En avril 1995, G_____ a succédé à D_____ à la présidence du Conseil de fondation.
- e. Au printemps 1999, T_____, qui avait présenté sa candidature à l'élection au Conseil administratif de la Ville de Y_____ fixée en 1999, est entrée en campagne.
- f. Quelques semaines avant les élections, un rapport établi par l'Inspection cantonale des finances (ci-après: ICF) à la suite d'un contrôle des comptes au 31 décembre 1997 et à un audit de gestion de la Fondation a été étalé dans les journaux locaux. Ce document a été adressé au Conseil d'Etat le 30 avril 1999. En date du 22 et 30 avril 1999, l'ICF a dénoncé les « malversations » au Procureur général.

En substance, il ressort de ce rapport : que les comptes étaient approuvés par le Conseil de fondation avant d'avoir été vérifiés par la fiduciaire chargée du contrôle ; que le Conseil de fondation avait, « sans bases légales », accordé à T_____ une « indemnité mensuelle de direction » de 500 fr., pour un total de 29'500 fr. durant la période du 1^{er} juin 1993 au 1^{er} mai 1998; qu'un prêt se montant, le 31 décembre 1997, à 152'547 fr. lui avait été octroyé de manière irrégulière par le Conseil de fondation; enfin, que l'effet rétroactif d'une augmentation de salaire avait été décidé sans cause.

Concernant le prêt octroyé à T_____, l'ICF relevait notamment que le taux d'intérêts prévu ne prenait pas en compte le risque lié à cette opération et la durée

du placement. Le taux d'intérêts sur l'emprunt était sous-évalué et constituait ainsi "une rémunération occulte en faveur de l'emprunteur". Compte tenu des montants prêtés et de la durée du prêt, cette "rémunération occulte" atteignait des montants considérables qui ne pouvaient, et ne devaient pas être assumés directement ou indirectement par l'Etat. A titre indicatif, la différence entre les intérêts débités à l'emprunteur et les intérêts "normaux" pour un crédit personnel était à la fin 1998 d'environ 52'000 fr. Le rapport indiquait par ailleurs que, "réalisant l'interprétation qui peut être donnée à cette situation, la Directrice s'engage à effectuer le remboursement du prêt dans son intégralité d'ici le 9 avril 1999."

- g. En avril 1999, T_____ a intégralement remboursé le solde du prêt. Elle n'a pas été élue au Conseil administratif de la Ville de Y_____.
- h. Par lettre recommandée du 6 mai 1999, le Conseil de fondation a fait savoir à T_____ que les reproches formulés à son encontre dans le rapport de l'ICF justifiaient un licenciement avec effet immédiat, une telle mesure n'étant temporairement pas prise dans l'attente du résultat d'une enquête interne. Il y était en outre indiqué que la directrice était provisoirement suspendue de ses fonctions.
- i. Sur la base des dénonciations de l'ICF des 22 et 30 avril 1999, le Ministère public a ouvert une information à l'encontre de T_____ et des membres du Conseil de Fondation pour infraction aux dispositions réprimant la gestion déloyale des intérêts publics.
- j. Le 29 juin 1999, le Conseil de fondation s'est réuni dans le but d'examiner la situation de la directrice.
- k. A la demande de Me Z_____, conseil à l'époque de T_____, H_____, anciennement directeur général des finances de l'Etat, a rendu, le 20 juillet 1999, une appréciation écrite sur la situation telle qu'elle ressortait notamment de la presse. S'agissant des prêts individuels accordés à la directrice, ce dernier mentionne:

"Par ailleurs, les intérêts versés par la directrice concourent à l'apport des recettes propres de l'institution et servent donc ses buts. Le manque à gagner à réclamer, calculé par l'ICF en appliquant à ces prêts les taux pratiqués par les banques pour les prêts individuels à des tiers, est une démonstration ambiguë.

L'épargne d'une charge supplémentaire d'intérêts pour la débitrice n'est pas nécessairement la perte d'un revenu supplémentaire pour son employeur qui n'est pas un établissement de crédit personnel. Pour l'institution, elle n'est pas une tierce personne. (...)

On ne saurait faire grief à la directrice, comme on a pu le lire dans la presse, d'avoir remboursé rapidement le prêt qui lui avait été accordé, puisque telle était l'une des recommandations pressantes de l'ICF."

- l. Un état du compte lié au prêt accordé à la directrice, établi le 2 septembre 1999 par la Fondation, après « réadaptation » du taux d'intérêts de 4% à 9.75% l'an

depuis le 25 septembre 1997, présentait un solde de 26'235 fr.52 en faveur de l'École.

- m.** Le 28 septembre 1999, T_____ et la Fondation ont conclu un accord, comprenant notamment les clauses suivantes :

Il est préalablement rappelé, (...)

Que les faits révélés par [le rapport de l'ICF] ont rendu la poursuite de l'activité de T_____, vu sa qualité de Directrice, d'abord difficile puis impossible et ont conduit le Conseil de Fondation à suspendre T_____.

Qu'au vu de la rupture du rapport de confiance nécessaire qui doit exister entre une Fondation et sa Directrice il est apparu aux parties à la présente convention que la fin des rapports de travail constituait la seule issue raisonnable, (...)

Au vu de ce qui précède, les parties conviennent de ce qui suit :

- Article 1 -

T_____ démissionne de son poste de Directrice de l'école A_____ «B_____» (...) avec effet au 30 septembre 1999, ce que la Fondation accepte.

Copie de la lettre de démission de T_____ est jointe à la présente convention et en fait partie intégrante. (...)

- Article 3 -

La Fondation reconnaît devoir à T_____ la somme de Frs. 42'942.30, les charges sociales étant déjà déduites et ce montant comprenant notamment le paiement des vacances.

T_____ reconnaît devoir, sans reconnaissance de responsabilité, à la Fondation la somme de Frs. 26'236.50 résultant de la réadaptation du taux d'intérêts sur les prêts qui lui ont été octroyés.

Les parties décident de compenser les montants précités à concurrence desdits montants.

En conséquence, la Fondation s'engage à verser à T_____ la somme de Frs. 16'706.80 d'ici au 15 octobre 1999, ce versement intervenant pour solde de tout compte entre les parties, ce que T_____ accepte. (...)

- Article 5 -

Moyennant la bonne et fidèle exécution des clauses énoncées ci-dessus, les parties déclarent ne plus avoir aucune prétention de quelque nature que ce soit l'une envers l'autre.

La lettre de démission de T_____, datée du 28 septembre 1999 et annexée à la convention, était ainsi libellée :

Monsieur le Président,

Par la présente, je vous fais part de ma décision de démissionner de la Fondation B_____, en qualité de directrice.

Cette décision fait suite à la politisation et médiatisation abusive, suite à la violation du secret de fonction relatif au rapport de l'Inspectorat cantonal des finances sur la gestion de l'école et plus spécifiquement sur les prêts qui m'ont été octroyés.

Afin de préserver l'intérêt de B_____ et également pour donner un élan différent à ma carrière professionnelle, je vous prie d'accepter ma démission au 30 septembre 1999.

Les di[x] années passées à la direction de B_____ ont été intenses, au service de la collectivité genevoise et je pense pouvoir affirmer mon engagement au développement et rayonnement de l'école.

Veillez recevoir, Monsieur le Président, cher collègue, mes messages respectueux.

- n. Par lettre recommandée du 8 octobre 1999, la Fondation a confirmé à T_____ qu'elle venait de procéder au versement de 18'206 fr. 80, correspondant au montant arrêté à l'art. 3 de la convention, ainsi qu'au remboursement de la retenue sur son salaire de septembre de 1'500 fr.
- o. T_____ a été engagée par I_____ en qualité de déléguée, dès le 17 janvier 2000. Sa rémunération mensuelle brute s'est élevée à 7'069 fr. 30 en 2000, à 8'260 fr. 60 en 2001, à 8'591 fr. 50 en 2002, et à 8'994 fr. 40 en 2003.
- p. Par ordonnance du 13 mai 2003, le Parquet a classé la procédure pénale ouverte à l'encontre de T_____ du chef de gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP). Le Procureur général a notamment retenu que le taux d'intérêts prévu était identique au rendement garanti par la banque J_____ sur la fortune de l'École confiée en gestion. On ne pouvait juridiquement admettre qu'il y avait lésion, puisque l'École ne subissait aucun appauvrissement. On ne saurait par ailleurs reprocher à l'École - respectivement à T_____ - de ne pas être convenue d'un taux d'intérêts supérieur, dès lors qu'en tant que fondation, l'École ne pouvait avoir une vocation commerciale et pratiquer des taux d'intérêts égaux à un organisme de crédit du type bancaire. Les éléments constitutifs de l'art. 314 CP n'étaient dès lors pas réunis en l'espèce.
- q. Par ordonnance du 18 septembre 2003, la Chambre d'accusation a prononcé un non-lieu en faveur de T_____.
- r. Le 2 avril 2004, celle-ci a, sous la plume de son conseil, adressé une lettre à la Fondation, par laquelle elle faisait notamment valoir ce qui suit :

Si l'Ordonnance de la Chambre d'Accusation n'examine pas le détail des griefs, car elle se contente de reprendre ce que contient l'ordonnance de classement du Procureur Général, elle confirme globalement l'inanité des griefs faits à T_____. En revanche, dans son examen détaillé, le Procureur Général retient que :

« Le prêt portait intérêt au taux appliqué par la Banque Cantonale de Genève à un livret d'épargne normal »

Et que

« Plusieurs employés de l'Ecole ont aussi bénéficié d'avances sur salaires et de prêts portant un taux d'intérêt identique à celui accordé à T_____ ».

Il est ainsi devenu manifeste et T_____ a pris conscience qu'il n'existait pas de justification à la concession qu'elle avait faite à B_____ en signant la Convention du 28 septembre 1999. A l'époque, sous la pression de la presse et de l'Inspectorat Cantonal des Finances, elle avait cru à une obligation de sa part de payer un tel dédommagement à la Fondation de B_____. Elle revient à présent de son erreur.

En conséquence, T_____ vous déclare sa résolution de ne pas maintenir l'article 3 alinéa 2 de la convention du 28 septembre 1999 et entend répéter la somme de fr. 26'236.50 plus intérêts au taux légal de 5% dès le 28 septembre 1999.

Par la suite, T_____ a déclaré considérer qu'au vu des circonstances, le motif de l'invalidation tenait davantage à la crainte fondée qu'à une erreur essentielle.

- s. Par lettres des 19 avril et 6 mai 2004, la Fondation a notamment répondu que le résultat d'une procédure pénale n'empêchait nullement la conclusion d'un accord civil aux conséquences différentes et qu'en particulier, T_____ était alors représentée par un avocat, lequel avait signé pour elle la convention. Elle avait accepté les termes de l'accord en toute connaissance de cause. Son conseil avait d'ailleurs reçu toutes les informations utiles quant au calcul du montant de 26'236 fr. 50 figurant dans la convention, de sorte qu'un vice de sa volonté ou la nullité d'une clause de l'accord paraissaient d'emblée exclus.

- B.a.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 2 septembre 2004, T_____ a assigné la Fondation en paiement des sommes suivantes:

- 275'908 fr., plus intérêts au taux de 5% l'an dès le 28 septembre 1999, à titre d'indemnité correspondant à la différence entre la rémunération perçue auprès de I_____ et celle qui aurait été due par la Fondation si les rapports de travail s'étaient poursuivis normalement.
- 26'236 fr. 50, à titre de remboursement du montant indûment versé suite à la réadaptation des taux d'intérêts sur les prêts consentis, la Convention du 28 septembre 1999 étant caduque.

A l'appui de la première prétention, T_____ a invoqué l'art. 337 CO. Elle a soutenu que la Convention signée le 28 septembre 1999 devait être invalidée pour crainte fondée. "Son portrait ayant été placardé dans toute la République et la presse ayant exercé une irrésistible pression étayée par les journaux, le Conseil d'Etat et le Conseil de Fondation, au vu de l'information pénale ouverte à son encontre, [elle] a été contrainte de démissionner" (demande en paiement du 2 septembre 2004, p. 3). En réalité, elle avait fait l'objet d'un congé immédiat

injustifié. La Fondation avait, en effet, rompu les rapports de travail parce qu'elle considérait qu'elle était coupable des infractions dont on l'accusait et que ce fait constituait un juste motif de congé sans délai. Or, le non-lieu prononcé par la Chambre d'accusation en date du 18 septembre 2003 établissait l'absence de justes motifs. T_____ avait dès lors droit à ce qu'elle aurait gagné, si le contrat s'était poursuivi normalement. Elle faisait ainsi valoir, à titre de dommage, la différence entre le salaire qu'elle réalisait auprès de la Fondation et son salaire actuel

T_____ a ajouté que la convention dans laquelle elle avait reconnu devoir une somme à titre de réadaptation rétroactive des taux d'intérêts était intervenue dans un contexte très tendu et particulier. Elle avait été "propulsée au cœur du scandale, son visage et son nom apparaissant dans les quotidiens romands, soupçonnée de s'être enrichie aux dépens de l'Etat et de la Fondation, inculpée et menacée d'aller en prison" (demande en paiement du 2 septembre 2004, p. 4). Dans ces circonstances, la crainte de la justice pénale qui lui était inspirée des médias l'avait amenée à conclure cette convention. Elle s'était sentie menacée d'aller en prison et d'être ruinée financièrement. Ce n'était qu'à l'issue de la procédure pénale qu'elle avait appris que ce à quoi elle s'était obligée dans cette convention n'avait pas lieu d'être.

- b. La Fondation a conclu, à titre principal, à ce que le Tribunal se déclare incompétent à raison de la matière et, subsidiairement, à l'apport préalable de la procédure pénale et au déboutement de T_____ des fins de sa demande, avec suite de frais et dépens.

À l'appui de ses conclusions, l'École faisait notamment valoir que les rapports entre les parties relevaient du droit public, que la démission de la demanderesse n'avait jamais été remise en cause, et que les conditions d'application des dispositions légales relatives à la crainte fondée ou à l'erreur essentielle n'étaient pas réalisées.

- c. Le Tribunal a admis sa compétence lors de l'audience de délibération du 1^{er} février 2005.
- d. Par acte du 22 février 2005, T_____ a déclaré amplifier sa demande de 118'636 fr. 45, à titre d'indemnité pour la "différence entre la prestation de sortie dont elle aurait bénéficié si elle était restée auprès de B_____ et celle qu'elle aura auprès de I_____".

La Fondation a conclu, à titre principal, à ce que ces nouvelles conclusions soient déclarées irrecevables, faute de compétence *ratione materiae*.

- e. À l'audience du 20 avril 2005, T_____ a notamment précisé que le prêt consenti par la Fondation avait été intégralement soldé entre le 1^{er} avril 1999, date à laquelle elle avait reçu, par téléphone, une invitation à se présenter à l'ICF, et le 15 avril suivant. En outre, elle a indiqué avoir perçu son salaire de la Fondation

jusqu'à fin décembre 1999. S'agissant de la convention du 28 septembre 1999, T_____ a indiqué que sa signature avait été précédée de deux ou trois réunions préparatoires, et qu'elle-même se trouvait alors, du fait de la pression terrible à laquelle elle était soumise, dans un état de dépression tel qu'il était fort possible qu'elle ait consenti à cette signature pour en faire cesser les causes.

Pour sa part, la Fondation a notamment déclaré que les négociations relatives à la convention s'étaient déroulées en juillet, août et septembre 1999, et qu'il n'avait jamais été question de mettre un terme immédiat au contrat de travail de la directrice. Par courrier recommandé, elle avait indiqué à T_____ que les faits qui avaient été révélés avaient rompu le lien de confiance nécessaire entre les parties. Cette rupture était de nature à justifier un licenciement immédiat, mais cela n'avait toutefois pas eu lieu. Pour le reste, l'École a fait valoir qu'elle n'était aucunement à l'origine de la plainte pénale ou des informations diffusées par la presse, ce que T_____ a confirmé.

- f. A l'audience du 18 mai 2005, T_____ a remis un détail de ses prétentions, "dans un but de clarification". Ses dernières étaient de 302'144 fr. 50, correspondant à la différence de son salaire auprès de I_____ et celui qu'elle aurait pu percevoir auprès de B_____ entre 2000 et 2004, date du dépôt de sa demande en paiement, de 26'236 fr. 50, à titre de remboursement des intérêts sur prêts payés à tort, et de 118'636 fr. 45, à titre d'indemnité pour la différence relative à la prestation de sortie LPP.

Lors de cette audience, la Fondation a notamment précisé que le réajustement des taux d'intérêts appliqués aux prêts consentis à T_____ avait pour point de départ la date du 25 septembre 1997 parce que, à cette date, G_____ avait décidé d'interdire l'octroi de prêts au personnel de l'École sans le consentement préalable du président du Conseil de fondation. A l'appui de cette affirmation, elle a produit une lettre de G_____, interdisant tout prêt au personnel de l'École sans son accord préalable. La Fondation a ajouté que sur la base du rapport de l'ICF, le redressement aurait pu être opéré à partir de 1989, et le montant des intérêts dus aurait alors été deux fois plus important, le rapport de l'ICF mentionnant 52'000 fr.

De son côté, T_____ a notamment déclaré que si elle avait eu connaissance du taux qu'on lui appliquerait par la suite, elle aurait certainement cherché de meilleures conditions auprès d'autres établissements.

Entendu en qualité de témoin, K_____, un ami de T_____ et membre du Conseil de fondation jusqu'en 2002, a notamment déclaré que, dès lors que les rapports d'audit des comptes de la Fondation avaient toujours été acceptés par le Conseil d'État sans commentaires, les faits tels qu'ils avaient été évoqués par la presse au sujet de T_____ étaient tout à fait surprenants ; une ou deux personnes, qui avaient quitté le B_____, suite à des licenciements, et qui avaient "peut-être des comptes à régler", avaient dénoncé, peut-être à la presse, un certain nombre de choses.

Entendu à titre de renseignement, L_____, salarié de la Fondation, a notamment déclaré qu'il était notoire que les prêts accordés à T_____ figuraient dans les comptes de la Fondation, et que le taux d'intérêts appliqué, soit le taux standard pratiqué par la Banque cantonale, était le même pour tous les emprunteurs.

- g.** À l'audience d'enquêtes du 31 août 2005, G_____, assermenté, a indiqué être créancier de T_____ à hauteur d'environ 90'000 fr. Il a, par ailleurs, déclaré qu'il avait prononcé la suspension de T_____ sur ordre du Conseil d'État, lequel venait de le sommer de démissionner ; que les choses ne s'étaient absolument pas déroulées de manière ordinaire, elles avaient été montées en épingle ; que T_____ et lui-même avaient été convoqués à diverses séances de manière "grand-guignolesque", et que le battage médiatique qui s'en était suivi n'avait que peu de rapport avec le caractère anodin de la situation réelle ; que, cependant, le montant des prêts accordés à la demanderesse était anormalement élevé, de sorte qu'il avait décidé de mettre fin à leur augmentation et de fixer un calendrier de remboursement ; qu'enfin, la santé financière de l'École n'avait nullement pâti des prêts consentis à T_____, les comptes de l'École, qui avait des fonds propres, ayant toujours été équilibrés.

Également entendu en qualité de témoin, H_____, anciennement directeur général des finances de l'État, a notamment déclaré qu'à la lecture du rapport de l'ICF, le raisonnement tenu lui avait paru erroné ; qu'en effet, il était faux de dire que T_____ avait détourné des subventions accordées à l'École à son propre profit ; que les montants prêtés avaient été prélevés sur les fonds propres de l'École, ce que celle-ci était libre de faire, et non sur les subventions ; que les intérêts des prêts figuraient au compte d'exploitation et qu'ils alimentaient l'École en ressources dès lors qu'ils étaient supérieurs au rendement des autres placements ; qu'enfin, les prêts étaient sans risque pour la Fondation puisque subsistait toujours la possibilité de procéder à des retenues sur les salaires de la directrice.

Pour sa part, Me Z_____, avocat de T_____ au nom et pour le compte de qui il avait signé la Convention du 28 septembre 1999, a déclaré que, même délié du secret professionnel, il n'entendrait pas déposer.

Au terme de l'audience, les parties ont renoncé à l'audition d'autres témoins, sous réserve de celle des témoins M_____ et N_____.

- h.** À l'audience du 19 octobre 2005, M_____, anciennement Secrétaire générale du Département de l'Instruction publique (ci-après DIP), assermentée, a notamment déclaré que le département n'accordait jamais de prêts ou d'avances sur salaire répétées ; que la distinction que "certaines institutions" voulaient faire entre les subventions et les fonds propres était inutile, dès lors qu'il s'agissait d'argent public ; que les contrats de prêt, rédigés après coup, avaient eu pour but de régulariser les avances sur salaires octroyées, lesquelles étaient illégales ; que les présidents du Conseil de fondation, remarquables sur le plan scientifique,

n'avaient que rarement de grandes compétences en matière financière et que la fiduciaire qui révisait les comptes de la Fondation avait vu ses compétences remises en cause.

- i. À l'audience du 1^{er} février 2006, N_____, directeur de l'ICF, assermenté, a notamment indiqué qu'en 1999, il avait été décidé de procéder à un audit de gestion de la Fondation et que c'était ainsi qu'ils avaient été menés à examiner le poste débiteur en question. Il a précisé que le contrôle de l'ICF n'était qu'un contrôle complémentaire à celui de la fiduciaire. Cela expliquait qu'entre 1990 et 1996, la situation découverte en 1999 ne leur était pas apparue. Ce n'était qu'en 1997, en effet, que l'ICF avait décidé de "faire l'audit de gestion". Toutefois, au vu du nombre important d'institutions subventionnées, le contrôle approfondi de chacune d'entre elles n'était pas possible. En outre, le témoin a déclaré que l'octroi de prêts aux membres du personnel de la Fondation n'était conforme ni à ses statuts ni à la Loi sur la gestion administrative de l'État, et que les prêts avaient été accordés par le président du Conseil de fondation, qui n'avait pas le pouvoir de le faire, sans que ni ce Conseil, ni le DIP, ni l'ICF n'en soient informés. Enfin, il a précisé qu'il avait été informé du fait qu'une personne avait été chargée de diligenter une enquête. Il a déclaré qu'il croyait se souvenir qu'il s'agissait de O_____.
- C.a. Par jugement du 24 mars 2006, le Tribunal des prud'hommes, groupe 4, a déclaré irrecevable l'amplification de la demande du 2 septembre 2004, formée par T_____ le 22 février 2005, déclaré irrecevable la pièce 17 du chargé qu'elle avait déposé le 17 janvier 2006, condamné la Fondation à lui payer la somme nette de 26'235 fr. 50, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès janvier 2000, et débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, le Tribunal s'est considéré incompétent *ratione materiae* pour connaître des prétentions additionnelles de T_____ relatives à la prévoyance professionnelle. Il a, par ailleurs, retenu que l'intention de la Fondation ou d'un particulier de déterminer l'ancienne directrice, par la menace, à conclure la convention litigieuse n'avait pas été établie. Il n'existait, au surplus, aucun lien de connexité entre la crainte de la ruine et la conclusion d'une convention de liquidation des rapports de travail, étant entendu qu'une résiliation immédiate du contrat, cinq mois après les faits, n'aurait en aucun cas été justifiée, ce que l'avocat de T_____ ne pouvait ignorer. Dès lors que les conditions de l'invalidation de la convention du 28 septembre 1999 pour crainte fondée n'étaient pas remplies, il convenait de considérer que les rapports de travail avaient pris fin de manière consensuelle le 31 décembre 1999. En conséquence, la demanderesse devait être déboutée des fins de sa demande en paiement d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié. S'agissant du remboursement des intérêts de 26'235 fr. 50, le Tribunal a considéré qu'en vertu de l'art. 341 CO, la compensation de la créance en paiement de la rémunération due avec cette somme n'était admissible que pour autant que l'employée eût obtenu, par transaction, des concessions suffisantes de la part de la Fondation. Or, aucune concession susceptible de justifier le

renoncement par compensation de T_____ à une partie de sa rémunération n'avait été offerte. Il apparaissait dès lors que cette clause était illicite et frappée de nullité en vertu des art. 19 et 20 CO.

- b. Par acte du 25 avril 2006, T_____ appelle de ce jugement. Elle relève qu'à l'exception de la première audience, la Fondation était représentée par O_____, qui s'était présenté avec une procuration, qu'il avait commentée en précisant qu'il était le "bailli" de la Fondation, par quoi il fallait entendre qu'il avait été désigné par le Conseil d'Etat pour mener l'école. L'appelante allègue que l'ICF a vu, année après année, les prêts qui lui avaient été accordés, sans jamais y trouver rien à redire ; qu'au bout de sept ans, le ton avait brusquement changé dans le contexte d'une campagne électorale pour l'élection du Conseil administratif de la Ville de Y_____ ; que tout s'était passé comme si l'irruption et le brusque changement de ton de l'ICF n'avait pas eu d'autre but que de renverser le cours de la campagne au profit d'un autre candidat. L'appelante indique par ailleurs que, malgré une plainte déposée pour dénoncer la violation du secret de fonction, auquel l'ICF était soumis, il n'avait pas été possible d'identifier les auteurs de cette infraction. Si l'ICF avait déposé plainte aussi précipitamment, soit le 22 avril 1999, alors que son rapport définitif n'avait pas encore été établi, cela ne s'expliquait que par la date de l'élection au Conseil d'administration de la Ville de Y_____, fixée en 1999. T_____ relève divers faits tendant à démontrer que la responsabilité de l'Etat serait engagée, notamment que seuls les hauts fonctionnaires pouvaient avoir connaissance du rapport de l'ICF et que la qualité des personnes concernées avait donc puissamment contribué au fait que la procédure en violation du secret de fonction n'avait jamais abouti. Enfin, l'appelante expose sa situation financière difficile, en vue d'obtenir une dispense d'émolument de mise en rôle (art. 60 al. 2 LPJ).

Par ailleurs, elle allègue avoir été victime d'un "plan diabolique" qui consistait à ruiner sa réputation. Les auteurs du scandale savaient dès le début qu'il était injustifié, puisqu'ils savaient notamment que les dettes de T_____ envers la Fondation avaient été intégralement remboursées et qu'il n'y avait alors jamais eu ni perte, ni risque. L'Etat s'était ainsi rendu coupable d'une dénonciation calomnieuse. Or, à partir du moment où P_____ avait ordonné à G_____ de suspendre la directrice de ses fonctions, B_____ s'était associé pleinement à la commission du délit, donnant ainsi à la population une confirmation du caractère prétendument délictueux du comportement de l'appelante. Aussi, l'ICF et B_____ ont tous deux voulu le résultat dans toutes ses parties, même s'ils se sont répartis la tâche. Ils sont donc coauteurs et de ce fait solidairement responsables. L'appelante conclut ainsi, en sus des 26'235 fr. 50 déjà alloués par le jugement, au paiement de 302'144 fr. 50, avec intérêts dès le 30 septembre 1999, représentant la perte qu'elle a subie en termes de salaires "à cause de la cabale dont elle a été victime et à laquelle la Fondation de B_____ s'est pleinement associée." Subsidièrement, elle demande à ce que l'intimée lui verse un montant de 51'616 fr. 50 avec intérêts à 5 % dès le 30 septembre 1999. L'appelante fonde ses prétentions subsidiaires sur l'art. 337c al. 3 CO, démontrant ainsi qu'elle a de toute

manière droit à une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée. Outre sa situation financière qui s'est sensiblement dégradée après les faits de 1999, elle a été atteinte dans sa santé psychique par tous les événements de l'époque, et surtout par cette résiliation. La convention du 28 septembre 1999 représentait, en réalité, une démission voulue par l'employeur, soit un congé immédiat.

- c. La Fondation relève que l'assignation initiale de l'appelante se composait de 275'908 fr., à titre de différence de salaire, et de 26'236 fr. 50, à titre de remboursement d'intérêts payés à tort. Par la suite, et notamment en appel, T_____ n'opère plus cette distinction et se borne à réclamer la somme de 302'144 fr. 50, à titre de différence de salaire, en lieu et place de 275'908 fr. L'intimée soutient que les allégués sous chiffres 5 à 10 de l'appel constituent pour l'essentiel des faits nouveaux (*unechte Nova*) et sont ainsi irrecevables. Par ailleurs, l'appel ne répond pas aux exigences de formes procédurales (art. 59 al. 2 LPJ, art. 11 LPJ et art. 300 LPC), notamment à la condition de clarté des griefs, si bien que l'on se demande quel est l'objet de la procédure, la nature des prétentions et si même le litige relève toujours d'une contestation du droit du travail. En outre, l'intimée soutient que les conclusions subsidiaires de l'appelante de 51'616 fr. 50 pour résiliation immédiate injustifiée sont nouvelles et donc irrecevables. Au surplus, l'appel est irrecevable à raison de la matière, l'appelante proposant une nouvelle motivation fondée sur la Responsabilité de l'Etat et la solidarité de la Fondation. Dès lors, on peut se demander si la Cour est compétente pour connaître des prétentions en raison d'agissements imputés à la République et canton de Genève. Selon l'intimée, la seule conclusion qui aurait pu concerner le droit du travail est celle prise en relation avec une prétendue indemnité pour résiliation injustifiée, laquelle est cependant irrecevable. Par conséquent, la Fondation conclut, principalement, à l'irrecevabilité de l'appel et, subsidiairement, à l'irrecevabilité des conclusions de 51'616 fr. 50, avec intérêts à 5 % dès le 30 septembre 1999.

Au fond, l'intimée s'oppose à l'audition de nouveaux témoins. Elle conteste avoir eu un comportement pénalement répréhensible à l'encontre de l'appelante. De plus, le dommage n'a pas été établi. S'agissant de l'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, elle soulève qu'elle n'a jamais eu l'intention de licencier l'appelante sans délai et que cette dernière n'a jamais contesté dans ses courriers la validité de sa démission. Par conséquent, elle conclut au déboutement de l'appelante, avec suite de dépens, comprenant une équitable indemnité valant participation à ses honoraires d'avocat.

Sur appel incident, l'intimée relève que les relations entre les parties relèvent du droit public et que partant la Cour n'est pas compétente pour en connaître. Au fond, elle soutient que l'appelante n'a pas renoncé à sa créance de 42'942 fr. 30 en paiement de sa rémunération. Cette dernière a simplement été partiellement compensée avec la créance que détenait la Fondation à son encontre en vertu d'un contrat de prêt. Par conséquent, il n'y avait pas eu concession, mais bien exécution d'engagements contractuels. L'intimée conclut donc, préalablement, à ce que l'autorité statue sur sa compétence, en la forme qu'elle déclare l'appel incident

recevable, principalement, qu'elle annule le chiffre 3 du jugement querellé, qu'elle confirme celui-ci pour le surplus, qu'elle condamne l'appelante en tous les dépens, y compris une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat et qu'elle la déboute de toutes autres ou contraires conclusions.

- d. Dans sa réponse à l'appel incident, T_____ allègue qu'au moment de la signature de la convention, il y avait doute sur l'issue de la procédure pénale, ce qui l'angoissait au regard des conséquences pénales et de son avenir économique : quel employeur aurait engagé une personne accusée de délits, inculpée pour cela, traînée dans la boue par la presse, endettée, et diminuée dans sa résistance psychologique par l'accumulation des coups durs qu'elle subit? Elle produit une attestation du Dr Jacques ARPIN indiquant avoir suivi l'intimée sur incident de juin 1999 à janvier 2000 en vue d'un travail de reconstruction après un grave revers existentiel (psychothérapie). L'unique marge de manœuvre qui lui était alors restée était de négocier une fin de rapports de services honorable plutôt que de recevoir un licenciement que la presse n'aurait pas manqué de "placarder pour atteindre encore et toujours sa cible préférée" et qu'il était malvenu de présenter à un éventuel nouvel employeur. L'intimée sur incident reformule ainsi les mêmes conclusions qu'elle avait prises dans son appel.
- e. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 1^{er} octobre 2007 devant la Chambre d'appel, les parties ont persisté dans leurs conclusions. T_____ (ci-après: l'appelante) a précisé que sa situation financière ne lui permettait pas d'intenter une action en responsabilité contre l'Etat de Genève. Un sursis concordataire, échéant fin novembre 2007, lui a été accordé. Son idée serait de céder à la masse ses prétentions contre la Fondation (ci-après: l'intimée). Actuellement employée auprès de I_____, elle espère pouvoir travailler au-delà de l'âge de 62 ans. Pendant les deux ans et demi précédant l'octroi du sursis concordataire, des saisies ont été opérées sur son salaire, lui laissant un minimum vital de 2'000 fr. par mois environ. L'intimée a estimé que ces allégués étaient sans pertinence pour la présente cause.

EN DROIT

1. L'appel et l'appel incident ont été déposés dans le délai prescrit (art. 59 et 61 LJP).
2. Il convient en premier lieu d'examiner si la juridiction des prud'hommes dispose de la compétence matérielle, question devant être traitée d'office (art. 50 al. 2 LJP).
 - 2.1 L'art. 1^{er} al. 1^{er} let. a LJP prévoit que sont jugées par la juridiction des prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième

du Code des obligations (ci-après CO). Ne sont en revanche pas de son ressort les contestations découlant du droit public (art. 1^{er} al. 2 let. c LJP). Les conditions de compétence du juge saisi s'examinent au jour de la création du lien d'instance (BERTOSSA et alii, Commentaire de la LPC, n. 15 ad art. 98).

2.2 Le Tribunal a fondé sa compétence sur le raisonnement suivant:

Les fondations de droit public sont régies par la Loi genevoise sur les fondations de droit public (RSGE A 2 25). L'article 1^{er} de cette loi définit comme telles les fondations ayant leur siège à Genève et qui ont pour objet l'affectation de biens à un but entrant dans le domaine du droit public et qui sont tenues de réaliser ce but à l'égard de l'État, d'une commune ou d'une autre corporation de droit public.

Si l'on admet que l'État a la faculté, dans une mesure restreinte, d'engager certains de ses agents par un contrat de droit privé, cette possibilité existe autant, sinon plus, pour les établissements de droit public, et notamment les fondations qui disposent d'une large autonomie dans la poursuite des buts d'intérêts publics qui leur sont assignés (RDAF 1986, pp. 388 ss).

Selon la doctrine, la distinction entre droit public et droit privé repose, par ailleurs, sur trois critères principaux :

- les sujets : le droit public gouverne les rapports qui lient un détenteur de la puissance publique (l'État, collectivité publique ou unité administrative décentralisée notamment) à un autre sujet de droit. Lorsqu'une personne morale de droit public se place sur le même pied que les administrés, il n'y a aucune raison de ne pas la soumettre au droit qui les concerne, donc au droit privé.
- la subordination : le droit public régit les rapports dans lesquels l'une des parties est supérieure à l'autre en fait ou en droit, c'est-à-dire qu'elle occupe une position juridiquement prééminente ou jouit de prérogatives particulières telles que : moyens de contrôle ou de sanction, faculté de prendre des décisions unilatérales, ou facilités dans l'exécution forcée ; le droit privé gouverne les relations où les parties traitent d'égal à égal à tous les points de vue.
- les intérêts : il s'agit de savoir si les dispositions en cause visent, principalement et en premier lieu (but immédiat), à protéger ou promouvoir des intérêts publics et généraux d'une part, ou ceux des particuliers d'autre part (GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, pp. 106-110; MOOR, Droit administratif, vol. I, 1994; KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, n. 68).

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que les relations de travail relèvent du droit public lorsque l'objet de l'engagement est, dans une très large mesure, soustrait à la libre négociation des parties (RDAF 1985 p. 477). Les analogies entre les règles

applicables au contrat et le droit administratif, s'agissant par exemple de l'existence d'une procédure disciplinaire, de voies de recours internes, de restrictions à la liberté d'expression et aux droits politiques, sont des éléments caractéristiques de la fonction publique (RDAF 1986 p. 390). Enfin, le fait que le règlement du personnel institue une classification des fonctions, à laquelle correspond une échelle de salaire, n'est pas déterminant.

Auront également valeur d'indices la disposition réglementaire stipulant que les rapports de travail sont rattachés à l'un ou l'autre droit, le renvoi, en cas de litige, à une juridiction particulière, ou l'affiliation à la caisse de prévoyance de l'État (CAPH du 5 mars 2003 en la cause C/2345/2002 - 5). Ne sera en revanche pas déterminante la ressemblance entre certaines dispositions de contrat avec des normes de droit public, comme par exemple la classification de fonction correspondant à une échelle de salaires (RDAF 1986, pp. 388 ss).

Dès lors qu'il n'existe pas de limite précise entre les droits public et privé, chaque situation doit être examinée en fonction de toutes ses particularités, de manière à déterminer le sens prépondérant indiqué par les faisceaux d'indices.

Le Tribunal a par ailleurs relevé que dans une affaire qui opposait une employée à la Fondation, la Cour d'appel des prud'hommes avait admis sa compétence à raison de la matière, motif pris notamment de ce que, s'il était exact que plusieurs éléments résultant du Statut du personnel se rattachaient au droit public, la position des employés de l'intimée s'en distinguait très nettement, notamment pour ce qui était de la résiliation des rapports contractuels (CAPH du 13 mai 1996 en la cause VIII/457/94).

Le Tribunal a ensuite relevé les indices permettant de conclure à l'existence d'un contrat de travail de droit public, soit : le contrôle exercé, selon la loi relative à B_____ de 1996, modifiée en 1992, par le Conseil d'État sur la Fondation, le fait que l'État porte chaque année à son budget une subvention destinée à celle-ci, que les traitements des membres du corps enseignant et du personnel administratif figurent au titre des frais de cours pour auxiliaires des professions médicales (art. 3 et 5), que la majorité des membres du Conseil de fondation sont désignés par le Conseil d'État, que le règlement relatif à l'administration, à la gestion, à l'organisation et à la représentation de la Fondation était soumis à l'approbation du gouvernement (art. 5 et 6 al. 3), que le Statut du personnel de l'École, adopté par le Conseil de fondation en 1987 et entré en vigueur le 1er janvier 1988, s'inspirait largement de la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux ; ci-après LPAC, B 5 05) et de son règlement d'application (ci-après RLPAC, B 5 05.01). Enfin, le Statut du personnel contient une réglementation semblable à celle de la fonction publique (durée du travail « alignée sur celle du personnel de l'État », art. 5, les salaires « alignés sur les traitements définis » dans la LPAC, vacances, art. 38 ; comp. art. 27 RLPAC, et prévoyance professionnelle, art. 41 prévoyant l'affiliation à la Caisse de prévoyance du personnel de l'État).

Le Tribunal a toutefois observé que, contrairement au personnel de la fonction publique, les membres du personnel de la Fondation n'étaient pas tenus à certains devoirs, tels qu'avoir leur domicile ou leur résidence effective dans le canton de Genève (art. 15 LPAC), ou requérir l'autorisation du Conseil d'État pour l'exercice d'une activité accessoire rémunérée (art. 7 du Statut du personnel ; comp. art. 9 al. 1er RLPAC). De la même manière, tout employé de la Fondation était soumis à une période d'essai de trois mois, alors que dans la fonction publique, outre ce temps d'essai, l'employé est soumis à une période probatoire de trois ans avant de pouvoir acquérir le statut de fonctionnaire, statut qui n'existait pas à la Fondation (art. 31 du Statut du personnel ; comp. art. 5 et 20 al. 1 et 2 LPAC).

Par ailleurs, les inventions ou « créations » des membres du personnel de la Fondation étaient destinées à entrer dans le patrimoine de l'École, alors que celles des membres de la fonction publique deviennent propriété de l'État (art. 12 du Statut du personnel ; comp. art. 15 RLPAC). La responsabilité civile des employés de la Fondation était en outre soumise aux conditions ordinaires de l'art. 41 CO, alors que la responsabilité civile des employés de l'État est réglée par la Loi sur la responsabilité de l'État et des communes (art. 10 du Statut du personnel ; comp. art. 13 RLPAC). S'agissant des infractions aux devoirs de service, les employés de la Fondation n'encouraient que les sanctions qui, dans la fonction publique, sont prononcées « à l'interne », à l'exclusion des autres (art. 44 ; comp. art. 16 LPAC).

Le Tribunal a enfin relevé que, de manière générale, l'appelante et l'intimée traitaient, dans le cadre de la relation de travail, sur un pied d'égalité. En particulier, les dispositions du Statut du personnel relatives à la fin des rapports de travail, ordinaire ou immédiate, ne prévoyaient nullement la compétence du Conseil d'État ou la condition des motifs objectivement fondés telles qu'elles apparaissent dans la réglementation propre à la fonction publique (art. 45 et 49 ; comp. art. 17 et 21 LPAC) ; de même, le Statut du personnel réservait expressément la compétence des tribunaux ordinaires en cas de litige entre un employé de l'École et le Conseil de fondation, et non celle du Tribunal administratif, seul compétent en cas de semblable litige dans la fonction publique (art. 51 al. 2 ; comp. art. 30 ss LPAC).

- 2.3** La Cour partage cette analyse qu'elle fait sienne. Elle observe pour le surplus que l'appelante avait réussi à obtenir de la Fondation une augmentation de salaire afin de décliner une offre d'emploi que lui avait faite F_____, démarche permettant également de conclure que son engagement a fait l'objet de négociations, tout comme sa démission d'ailleurs, ce qui est caractéristique d'une relation de droit privé. Cet élément démontre que les parties traitaient, dans le cadre de la relation de travail, sur un pied d'égalité.

Par ailleurs, conformément à la décision rendue dans la cause VIII/457/94 (CAPH du 13 mai 1996), force est de constater qu'il existe une différence essentielle entre

les employés de la Fondation et ceux de l'administration en ce qui concerne la fin des rapports de travail, aucune protection similaire à celle dont jouit le fonctionnaire n'étant accordée à un employé de la Fondation de longue date.

Enfin, l'art. 56B al. 4 LOJ, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, soit avant la création du lien d'instance, prévoit qu'en matière de personnel des corporations de droit public, le Tribunal administratif n'est pas au bénéfice d'une clause générale de compétence. Le législateur a ainsi préservé les compétences des organes de direction des corporations de droit public. La disposition constitue une exception et "rétablit" la compétence des juridictions ordinaires en matière de droit du travail, sauf si le règlement ou les statuts de la corporation concernée prévoient une attribution de compétence en faveur du Tribunal administratif, instituant ainsi une contre-exception. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le Statut du personnel prévoit expressément la compétence des tribunaux ordinaires pour tout litige opposant un employé à la Fondation.

Au vu de ce qui précède, la Cour considère que la relation de travail nouée entre le Conseil de fondation et l'appelante relève du droit privé et que le litige ressortit ainsi à la compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes.

3. L'intimée plaide l'irrecevabilité de l'appel principal pour violation des art. 59 al. 2 LJP et art. 300 LPC.

3.1. Conformément à l'art. 59 LJP, l'appel doit comprendre une écriture motivée qui indique notamment les points de fait et de droit contestés du jugement, ainsi que les conclusions en appel.

On ne saurait se montrer trop exigeant quant aux conditions formelles de recevabilité de l'appel. Toutefois, la Cour d'appel doit être en mesure, en prenant connaissance de l'acte d'appel, de connaître le fondement des critiques de l'appelant tant en ce qui concerne les faits que le raisonnement juridique élaboré par les premiers juges.

L'art. 11 LJP rend applicable, à titre supplétif, les règles de la loi de procédure civile. L'art. 300 LPC, qui traite des conditions formelles de l'appel, indique que l'appelant doit indiquer, sous peine de nullité, les griefs de fait et de droit. L'appelant doit articuler les critiques qu'il forme contre le jugement d'une manière suffisamment intelligible pour que l'intimé, à la lecture du mémoire et non dans un acte ultérieur (SJ 1986 p. 336; ATF 116 II 748 c. 3 = JdT 1992 I 213), puisse se déterminer sur la position à adopter devant la Cour (acceptation totale, partielle des conclusions, contestation des conclusions). Pour le surplus, l'appelant bénéficie du principe qui veut que le juge applique d'office le droit et qu'il statue sur le mérite des conclusions qui lui sont soumises indépendamment de l'argumentation juridique des parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire LPC, ad art. 300 n. 8).

En l'espece, l'écriture d'appel principal souffre certes d'imprécisions (l'appelante mentionne par exemple la responsabilité de l'Etat, sans expliquer en quoi ce point devrait influencer sur la présente cause) et ne met pas clairement en exergue les griefs invoqués à l'endroit du jugement attaqué. A lire attentivement l'appel, l'on comprend néanmoins que l'appelante conteste la décision des premiers juges en ce qu'elle ne condamne pas l'intimée au paiement de dommages et intérêts dus en raison de la résiliation des rapports de travail. L'appelante a fait sien l'état de fait retenu par les premiers juges, tout en apportant la précision que la Fondation avait été représentée par O_____ dès la seconde audience. Par ailleurs, la nullité de la convention et le congé immédiat sont invoqués. On peut dès lors estimer que les critiques formées contre le jugement querellé sont suffisamment intelligibles et, partant, que l'appel est recevable quant à sa forme.

- 3.2.** L'intimée fait, par ailleurs, valoir que les allégués exposés par l'appelante dans son mémoire sous chiffres 5 à 10 constituent des faits nouveaux, non allégués en première instance (unechte Nova).

L'allégation de faits non articulés en première instance est interdite en appel, sauf s'il s'agit de faits dont on n'avait pas connaissance en première instance, ou qui ne se sont produits que depuis le jugement (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 8 ad art. 312).

Les allégations mentionnées aux points 5 à 7 premier paragraphe de l'appel, tendant à établir que la divulgation du rapport confidentiel de l'ICF n'avait d'autre but que de mettre en échec la candidature de l'appelante au Conseil administratif de la Ville de Y_____, fait déjà allégué en première instance, sont recevables. En revanche, les allégations désignant l'ICF ou d'autres fonctionnaires étatiques comme instigateurs et auteurs du "plan diabolique qui consistait à ruiner la réputation de T_____", constituent des faits nouveaux non allégués en première instance et partant irrecevables. Il en va de même des allégations formulées sous les points 7 deuxième paragraphe et 8, l'appelante indiquant plusieurs faits pour prouver que ses "malheurs" ont été provoqués et alimentés par des actes délictueux commis par des personnes dont l'Etat répond et que la Fondation, sous l'impulsion de son "bailli", doit y être associée. Dans la mesure où la responsabilité de l'Etat pour avoir commis une dénonciation calomnieuse et la participation de la Fondation à la commission de ce délit n'ont pas été alléguées devant les premiers juges, ces faits constituent en appel des faits nouveaux. Ces derniers étaient déjà connus en première instance, de sorte qu'ils sont irrecevables en appel. Pour le surplus, la Cour relève qu'elle ne peut connaître de questions ayant trait à la responsabilité de l'Etat, cette compétence étant attribuée au Tribunal de première instance (art. 7 Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, RSGE A 2 40).

Par ailleurs, on relèvera que le développement effectué, dans la partie "en droit" de l'appel, en relation avec lesdits faits, est difficilement compréhensible. L'appelante tente d'établir un lien entre le comportement de l'ICF et celui de la Fondation. Elle

qualifie cette dernière de coactrice d'une responsabilité pénale et civile par solidarité, mais n'en tire aucune conclusion. Il semblerait, au surplus, qu'elle fonde, en réalité, ses prétentions civiles sur la responsabilité de l'Etat, pour laquelle la Cour n'est, comme on l'a vu, pas compétente. Par ailleurs, il y a lieu de relever que toutes les précisions concernant le raisonnement juridique susmentionné que l'appelante a insérées dans ses écritures de réponse à l'appel incident du 5 juillet 2007 sont irrecevables, dans la mesure où elles consistent à répliquer, de manière non autorisée, au mémoire de réponse de l'intimée.

S'agissant des allégations sous points 9 et 10, ces dernières concernent la situation financière de l'appelante en relation avec la demande de l'appelante d'être dispensée d'un émolument de mise au rôle (art. 60 al. 2 LJP). Cette conclusion est devenue sans objet, ledit émolument ayant, finalement, été imposé et réglé.

- 3.3** L'appelante conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident, ce dernier n'étant "pas formulé au moyen d'arguments". Or, il ressort clairement de l'appel incident, comme l'observe au demeurant l'appelante elle-même, qu'il est reproché aux premiers juges d'avoir appliqué à tort l'art. 341 al. 1 CO, l'appelante n'ayant nullement renoncé aux créances résultant des dispositions impératives de la loi. L'appelante incidente fonde son raisonnement sur le fait que la créance en salaire de l'appelante principale et celle qu'elle devait en raison des intérêts étaient deux créances distinctes. En ce qui concerne les faits, elle reprend ceux retenus par le Tribunal et y apporte quelques précisions. L'appel incident énonce ainsi clairement les faits et les griefs de l'intimée et le développement juridique est parfaitement clair.

L'appel incident est donc également recevable pour avoir été interjeté dans le délai et selon la forme prescrits.

- 4.** L'appelante sollicite la réouverture des enquêtes. Il ne sera pas donné suite à cette requête. D'une part, l'appelante a renoncé à l'issue de l'audience du 20 avril 2005 à l'audition d'autres témoins - dont le Dr Q_____, qui figurait sur sa liste de témoins -, à l'exception des témoins M_____ et N_____, qui ont ensuite été entendus. Il est donc douteux qu'elle puisse en appel revenir sur sa décision. D'autre part, la Cour s'estime, sur la base des écritures des parties, leur audition ainsi que celle des témoins entendus en première instance, suffisamment renseignée pour pouvoir statuer sur les questions qui lui sont soumises, sans que d'autres actes d'instruction soient nécessaires. L'appelante n'explique d'ailleurs pas sur quels faits précis ou circonstances elle souhaiterait entendre ces témoins, se bornant à alléguer qu'ils pourraient témoigner du fait qu'elle ne se trouvait pas dans une position lui permettant de s'exprimer librement au moment de la signature de la convention. Elle ne soutient toutefois pas que ces témoins auraient assisté aux entretiens ayant précédé ou accompagné la signature de la convention. L'on ne voit ainsi pas quel éclairage utile ceux-ci pourraient apporter quant à la question de savoir si l'appelante a été contrainte, lors des discussions ayant conduit à la signature de la

convention ou d'une autre manière, à signer celle-ci. La Cour ne procédera donc pas à leur audition.

5. Sur le fond, l'appelante réclame la somme de 302'144 fr. 50 à titre d'indemnité correspondant à la différence entre la rémunération qu'elle a perçue auprès de I_____ et celle qui aurait été due par la Fondation si les rapports de travail s'étaient poursuivis normalement.

Dans la mesure où elle déclare avoir signé la convention du 28 septembre 1999 réglant la liquidation des rapports de travail sous l'emprise d'une crainte fondée, il convient d'examiner la validité de cet acte.

- 5.1 Aux termes de l'art. 29 al. 1^{er} CO, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est pas obligée. L'art. 30 CO ajoute que la crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens. La crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs.

Aussi, un contrat peut être invalidé lorsque quatre conditions sont réalisées : une menace est dirigée sans droit contre le contractant ; il en résulte pour lui une crainte fondée ; l'auteur de la menace avait pour intention de déterminer le contractant à faire une déclaration de volonté ; il existe un lien de causalité entre la crainte et la conclusion du contrat (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 364). La déclaration d'invalidation doit être faite dans le délai d'une année après que la crainte s'est dissipée (art. 31 al. 2 CO).

- 5.2 La menace consistait, selon les termes de l'appelante, dans la possibilité d'être incarcérée et ruinée financièrement.

A l'instar des premiers juges, il y a lieu cependant de constater que, dès le mois d'avril 1999, la dénonciation des faits au Ministère public par l'ICF, ainsi que le battage médiatique dont l'appelante a fait l'objet, avaient eu un effet dévastateur sur sa carrière politique. Or, la convention dont l'appelante réclame aujourd'hui l'annulation a été signée près de cinq mois plus tard, et l'on discerne ainsi mal en quoi cet accord était alors propre, ne serait-ce que sur le plan symbolique, à écarter les menaces ressenties. En effet, la conclusion d'un accord prévoyant la fin des rapports de travail et le remboursement d'un complément d'intérêts ne pouvait avoir une influence sur un verdict pénal défavorable en son contre. L'infraction prévue par l'art. 314 CP étant poursuivie d'office, la Fondation n'aurait pas pu, par un quelconque comportement, modifier l'issue de l'action pénale, qui n'avait, au demeurant, pas été déclenchée par elle, mais par une plainte de l'ICF. La conclusion de l'accord n'était dès lors pas apte à apaiser les craintes d'incarcération et de ruine évoquées par l'appelante. Par ailleurs, comme l'ont

relevé les premiers juges, la menace dont l'appelante se sentait accablée n'était pas brandie par l'intimée, mais par l'opinion publique et par la presse, qui colportait les graves soupçons qui pesaient sur sa probité professionnelle. Il n'est en effet pas allégué ni démontré que l'intimée ou l'un de ses employés auraient de son côté donné de la publicité à cette affaire. L'appelante n'allègue pas d'autres éléments non plus permettant de retenir que l'intimée ou l'un de ses responsables auraient exercé sur elle une pression afin qu'elle signe la convention. Partant, il n'est pas établi que l'intimée ou l'un de ses employés aurait usé de menace afin d'amener l'appelante à signer la convention du 28 septembre 1999.

Aussi, comme l'ont justement relevé les premiers juges, on ne saurait admettre un lien de causalité entre les menaces invoquées et la conclusion d'une convention de liquidation des rapports de travail, étant entendu que l'appelante ne pouvait ignorer que si les reproches qui lui étaient adressés auraient peut-être pu justifier une résiliation immédiate du contrat au moment de leur découverte, tel n'était plus le cas cinq mois après les faits, ce qu'un avocat ne saurait ignorer. Il convient, en effet, de rappeler que l'appelante était alors assistée d'un conseil, qui a d'ailleurs apposé sa signature sur l'acte aujourd'hui contesté. En outre, rien ne laisse supposer qu'elle ne jouissait pas de ses pleines capacités de discernement lors de la conclusion de ladite convention; l'appelante ne le soutient d'ailleurs pas en appel.

Dès lors que les conditions de l'invalidation de la convention du 28 septembre 1999 pour crainte fondée ne sont pas réalisées et que celle-ci a réglé les prétentions entre les parties, l'appelante devra être déboutée des fins de sa demande en paiement d'une indemnité correspondant à la différence entre la rémunération qu'elle a perçue auprès de I_____ et celle qui aurait été due par la Fondation si les rapports de travail s'étaient poursuivis normalement.

6. L'appelante demande, à titre subsidiaire, le paiement d'une indemnité de 51'616 fr. 50, à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée.

L'intimée conteste la recevabilité de ces conclusions en invoquant qu'elles sont nouvelles.

- 6.1 Selon l'art. 312 LPC (applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse : a) de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance; b) d'intérêts, loyers et autres accessoires échus depuis ce jugement; c) de dommages et intérêts pour le préjudice subi après le jugement; d) de demande provisionnelle pendant la litispendance. Aucune de ces hypothèses n'est réalisée en l'espèce.

Par ailleurs, si les parties peuvent modifier leur argumentation juridique en appel, ce changement ne doit pas porter atteinte à la loyauté des débats et l'objet du litige doit rester le même (BERTOSSA, op. cit., n. 1 à 4 ad art. 312). Or, tel est le cas en

l'occurrence. En première instance, l'appelante a fait valoir des dommages et intérêts qu'elle aurait subis à la suite de la signature de la convention et de son changement d'emploi. Elle semblait invoquer les art. 29 et 30 CO pour invalider la convention du 28 septembre 1999 et l'art. 337 CO pour réclamer la différence entre le salaire réalisé auprès de l'intimée et celui qu'elle percevait auprès de I_____. Elle n'a toutefois pas réclamé d'indemnité pour licenciement immédiat. De ce fait, l'intimée ne s'est pas prononcée sur ce point et l'instruction n'a pas porté sur la question de savoir si la fin des rapports de travail de l'appelante avait pris la forme d'un licenciement avec effet immédiat, si un tel était justifié, voire s'il convenait d'allouer à l'appelante une indemnité selon l'art. 337c CO. En basant en appel, même à titre subsidiaire, ses prétentions sur un autre fondement juridique, qui implique l'établissement de faits particuliers à ce fondement, l'appelante modifie de manière inadmissible ses conclusions. La prétention en indemnité pour licenciement injustifié, articulée pour la première fois en appel, n'est donc pas recevable.

- 6.2** La Cour observe pour le surplus que même si ce nouveau chef de conclusions était recevable, il serait mal fondé. En effet, son examen suppose au préalable que la convention du 28 septembre 1999 prévoyant la démission de l'appelante puisse être invalidée pour crainte fondée. Or, comme cela a été exposé plus haut, les conditions des art. 29 et 30 CO ne sont pas remplies. La résiliation des rapports de travail s'est donc faite d'un commun accord, valablement donné. Par ailleurs, il est rappelé que la menace d'un licenciement immédiat injustifié ne peut être retenue. En effet, l'avocat de l'appelante ne pouvait ignorer que la résiliation du contrat de travail, cinq mois après les faits, était injustifiée.

En outre, les parties ont certes mis fin aux rapports de travail de l'appelante le 28 septembre 1999 avec effet au 30 septembre 1999. L'appelante a toutefois indiqué (PV du 20 avril 2005 et du 1^{er} oct. 2007) avoir perçu son salaire jusqu'au 31 décembre 1999. En réalité, les parties sont ainsi convenues d'une résiliation des rapports de travail à fin décembre 1999, l'appelante étant libérée de son obligation de travail dès le 1^{er} octobre 1999; cette manière de faire s'apparente à une résiliation ordinaire et non à un licenciement avec effet immédiat, de sorte que l'art. 337c CO ne trouve pas application.

- 7.** S'agissant des intérêts de 26'236 fr. 50 prévus par la convention litigieuse, le Tribunal s'est à juste titre déclaré compétent *ratione materiae* pour connaître de cette prétention. En effet, les prêts ont été octroyés à l'appelante en raison de son statut d'employée de la Fondation, de sorte que la condition d'un lien de connexité étroit entre ceux-ci et la relation de travail est remplie, ce que les parties ne contestent d'ailleurs pas.
- 7.1** Les premiers juges ont retenu que la compensation de la créance en paiement du salaire due (42'942 fr. 30) avec le solde du prêt allégué (26'236 fr. 50) contrevenait à l'art. 341 CO, la Fondation n'ayant offert à l'appelante aucune concession. L'art. 3 de la convention étant illicite, il devait donc être frappé de nullité.

7.2 Aux termes des art. 19 al. 2 et 20 CO, la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. Ainsi, le contrat est nul s'il a notamment pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs. Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.

L'art. 341 al. 1^{er} CO prévoit que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. L'interdiction de renoncer est totale en ce sens que le travailleur ne peut le faire ni expressément, ni par actes concluants. Il s'agit d'une règle particulière, qui déroge à la liberté généralement accordée aux parties en matière de remise conventionnelle de dette (art. 115 CO). L'interdiction instituée par l'art. 341 CO ne porte que sur des créances issues du rapport de travail fondées sur des dispositions de la loi ou d'une CCT (WYLER, op. cit. p. 187).

Selon la jurisprudence, l'art. 341 al 1^{er} CO, qui prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2b). En cas de transaction, le juge doit s'assurer que le salarié n'a pas renoncé sans compensation suffisante à des droits résultant de dispositions impératives, car, en l'absence d'une compensation suffisante, l'art. 341 CO serait vidé de sa substance (AUBERT, Code des Obligations I, Commentaire Romand, 2003, n. 6 ad art. 341 CO). Selon l'art. 323b al. 2 CO, disposition de droit impératif (art. 361 CO), l'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre le travailleur que dans la mesure où le salaire est saisissable.

7.3 Le Tribunal a considéré que l'employeur n'avait, dans le cadre de la transaction, offert aucune concession. En effet, ce dernier ne pouvait plus renoncer à un licenciement avec effet immédiat, puisque les faits reprochés étaient trop éloignés dans le temps, d'une part. D'autre part, il n'a, pour l'intimée, jamais été question d'un tel licenciement. Par ailleurs, elle ne pouvait pas non plus s'engager à renoncer à d'éventuels droits à l'encontre de l'appelante, la Fondation ne pouvant se constituer partie civile dans la procédure pénale, les témoins entendus ayant indiqué que l'intimée n'avait pas subi de dommage du fait d'avoir accordé des prêts à son employée aux taux d'intérêts pratiqué par la Banque cantonale pour un livret d'épargne normal. La Cour partage ainsi l'avis des premiers juges selon lequel l'intimée n'a pas offert de concessions de son côté. L'appelante s'est en revanche engagée, dans la convention, à rembourser l'intégralité du rattrapage d'intérêts réclamé par l'intimée selon son décompte (pièce 15 int.), alors qu'il est apparu que la Fondation n'avait subi aucun dommage et que la somme réclamée n'était pas due. Aucune des parties ne soutient que la convention n'aurait pas été

conclue sans la clause relative au paiement litigieux des intérêts. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a déclaré nul l'art. 3 al. 2 de la convention du 28 septembre 1999 et retenu que la totalité du salaire, soit encore 26'235 fr. 50, doit être versée à l'appelante. Au vu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner si la compensation prévue était compatible avec l'art. 323b al. 2 CO ni si l'appelante était en droit de résilier l'art. 3 al. 2 de la convention pour erreur, comme elle l'a soutenu.

8. Enfin, l'intimée conclut à la condamnation de l'appelante au paiement des frais et dépens de l'instance, comprenant une participation aux honoraires d'avocats.

Il est constant qu'en matière prud'homale, la partie souhaitant l'assistance d'un avocat est censée prendre les frais en découlant à sa propre charge (AUBERT in SJ 1987, p. 574; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Ainsi et, compte tenu du fait que les prétentions de l'appelante ne sont pas téméraires (art. 76 LJP), il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée.

Par ailleurs, la procédure est gratuite pour les parties, conformément à l'art. 76 LJP. L'émolument de mise au rôle est à la charge de la partie qui succombe, conformément à l'art. 78 LJP. Les droits de greffe avancés par l'appelante demeureront ainsi acquis par l'Etat.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par T_____ et la Fondation E – B_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 24 mars 2006, rendu dans le cause C/19543/2004.

Au fond :

Les rejette et confirme le jugement entrepris.

Dit que l'émolument d'appel versé par T_____ reste acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente