



T _____
Dom. élu : Me Michel MITZICOS-
GIOGIOS
Rue Verdaine 6
1204 Genève

E _____ SA
Dom. élu : Me Daniel PEREGRINA
Rue Pedro-meylan 5
1208 Genève

**Partie appelante
et intimée sur appel incident**

**Partie intimée
et appelante incidente**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 4 novembre 2010

M. Guy STANISLAS, président

Mme Ruth SCHMID et M. Giuseppe URRO, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Stéphane CAPT, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

EN FAIT

- A. E_____ SA est une société anonyme, inscrite au Registre du commerce de Genève, active dans la fourniture de services financiers et fiduciaires. Son directeur, avec signature individuelle, en est A_____.

Par contrat de travail du 7 janvier 2008, E_____ SA a engagé T_____ en qualité d'employé à compter du 14 janvier 2008, moyennant une rémunération mensuelle de Fr. 8'335.-. La durée du travail était de 40 heures hebdomadaires réparties sur 5 jours. Le contrat stipulait que les éventuelles heures supplémentaires, dont l'exécution était demandée par l'employeur, étaient compensées par du temps libre mais non rémunérées.

- B. L'employeur a adressé à T_____ plusieurs communications l'invitant à respecter diverses obligations. Ainsi, par courriel du 31 mars 2008, sa hiérarchie lui rappelait l'exécution de plusieurs tâches ainsi que le respect de la ponctualité et des horaires de la pause de midi. Un courriel du 9 avril 2008 le rendait à nouveau attentif au respect des horaires liés à la pause de midi. Un courriel du 3 septembre 2008 l'invitait à plus de retenue dans les discussions avec son assistante. Enfin, un courriel du 9 octobre 2008, adressé par le directeur A_____, invitait l'employé à respecter les horaires de bureau et à mettre fin à ses arrivées tardives en précisant qu'il s'agissait d'un dernier rappel.

- C. Par courrier du 22 octobre 2008, faisant suite à un entretien avec le directeur le 20 octobre 2008, E_____ SA signifia à son collaborateur la fin des rapports de travail pour le 30 novembre 2008, l'employé étant dispensé de travailler durant son préavis. Le congé était motivé par une éthique de travail (« *work ethic* ») insuffisante et par des performances qui ne correspondaient pas aux critères exigés par la société en dépit de divers rappels effectués à l'employé. Ce dernier était invité à prendre son solde de jours de vacances pendant le préavis.

- D.** Par communication du 23 octobre 2008, T_____ a fait opposition au congé en contestant la motivation du licenciement. Dans une communication du 3 novembre 2008, l'employeur lui a rappelé son insatisfaction pour l'exécution de ses prestations. Il était notamment précisé que l'employé n'avait pas corrigé son comportement en dépit d'avertissements qui lui avaient été notifiés et que sa performance de travail s'était révélée nettement insuffisante. Au surplus, il était précisé que l'employé entretenait avec le personnel des relations difficiles.
- E.** Par demande du 27 mai 2009, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de divers montants, soit (i) Fr. 50'130.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif, (ii) Fr. 18'000.- à titre d'indemnité pour tort moral, (iii) Fr. 11'655.97 à titre de paiement de 205.75 heures supplémentaires et (iv) Fr. 3'118.69 à titre de paiement de 7 jours de vacances non prises. En outre, T_____ a réclamé la délivrance d'un certificat de travail comportant des éléments complémentaires à celui qui lui avait été dévolu.
- F.** E_____ SA s'est opposée à la demande. Elle a expliqué que le congé notifié à son employé était fondé sur divers reproches liés notamment à sa lenteur dans l'exécution du travail, au non respect de l'horaire qu'il était tenu de respecter, à son niveau de performance faible, ainsi qu'à des mauvais rapports entretenus avec les employés, situation qui ne s'était pas améliorée en dépit d'avertissements oraux et écrits reçus à ce sujet. S'agissant des heures supplémentaires, l'employeur a déclaré n'avoir jamais demandé l'accomplissement de telles heures qui n'avaient pas fait l'objet de décomptes et qui étaient contestées tant dans leur principe que dans leur quotité. Elle a reconnu que si l'employé était resté au bureau après l'horaire convenu, cette situation tendait à rattraper un retard pris dans l'exécution de ses tâches qui ne nécessitaient pas l'accomplissement d'heures supplémentaires. L'employeur a reconnu que son employé bénéficiait d'un solde de vacances de 7 jours mais a considéré qu'il pouvait prendre ce solde pendant le délai de préavis puisqu'il avait été libéré de

toute obligation de travailler à compter du 20 octobre jusqu'au 30 novembre 2008.

- G.** Dans le cadre de l'instruction du litige, le Tribunal a entendu plusieurs témoins qui se sont notamment prononcés sur la difficulté des rapports entretenus par T_____ avec ses collègues. B_____, assistante du directeur, a déclaré que T_____ arrivait souvent en retard à son travail, le matin ou l'après-midi après la pause déjeuner, et qu'il n'acceptait pas facilement les remarques de ses supérieurs. Elle a confirmé que des conflits existaient entre T_____ et C_____ et précisé que, à sa connaissance, l'activité de l'employé licencié ne justifiait pas une surcharge de travail. Enfin, le témoin a précisé que, au départ de l'employé, des manquements dans la gestion des dossiers avaient pu être constatés.

D_____, responsable administratif de E_____ SA, a confirmé que T_____ rencontrait des problèmes avec certains de ses collègues de travail, quoique sans gravité, de telle sorte que l'ambiance s'était améliorée depuis son départ. Il a précisé que T_____ ne donnait pas satisfaction dans l'accomplissement de ses tâches, qu'il n'était pas un collaborateur efficace, qu'il n'avait ramené aucun client à la société et qu'il était souvent en retard à son travail. Il a également précisé qu'il n'y avait aucune surcharge de travail qui nécessitait l'accomplissement d'heures supplémentaires.

C_____, gestionnaire et adjoint du directeur, a confirmé que T_____ ne respectait pas les délais et les procédures, n'acceptait pas les remarques et les conseils qui lui étaient formulés et prenait des libertés avec ses horaires, l'obligeant à compenser ses arrivées tardives. Le témoin s'est montré critique sur la qualité du travail de T_____ et a considéré que son licenciement était justifié au vu notamment de ses arrivées tardives et du non respect des procédures mises en place. Le témoin a estimé que l'employé, qui avait une formation juridique, avait peu sa place dans un département financier.

Dans le cadre de l'instruction du litige, T_____ a sollicité l'audition de plusieurs témoins qui fut refusée par le Tribunal des prud'hommes au motif que la requête s'avérait tardive.

- H.** Par jugement du 4 janvier 2010, le Tribunal des prud'hommes a débouté T_____ de ses conclusions tendant au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif et pour tort moral. A l'appui de sa décision, le Tribunal a considéré que le licenciement de l'employé était motivé par des performances insatisfaisantes, par des arrivées tardives et par une insatisfaction générale de son employeur quant à l'accomplissement de ses tâches. De plus, les premiers juges, rappelant les témoignages recueillis dans la procédure, ont relevé que les conflits entretenus par T_____ avec certains de ses collègues justifiaient un licenciement qui ne saurait dès lors présenter un caractère abusif. Le Tribunal a nié tout harcèlement psychologique à l'endroit de l'employé et sa prétention en indemnité pour tort moral a ainsi été rejetée.

Le Tribunal a également rejeté sa prétention en paiement d'heures supplémentaires au motif que les enquêtes avaient démontré que les tâches dévolues à T_____ ne nécessitaient pas une surcharge de travail, les éventuelles heures supplémentaires étant au demeurant compensées par un congé que pouvaient prendre les employés. Le Tribunal a ainsi retenu que l'employé avait échoué dans la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires, dès lors que les feuillets produits à ce sujet démontraient de rares départs de la société après 18.00 heures, étant précisé que ces départs au-delà de l'horaire tendaient à compenser des arrivées tardives.

Les premiers juges ont en outre considéré que l'employeur ne pouvait contraindre T_____, bien que libéré de son obligation de travailler pendant le préavis, à prendre son solde de vacances jusqu'à la fin des rapports de services et ont condamné l'employeur à verser la somme de Fr. 2'682.50 correspondant à 7 jours de vacances, avec intérêts à 5% dès le 30 novembre 2008. Le Tribunal a

également fait droit à la réclamation de l'employé concernant la rectification de son certificat de travail précisant les tâches accomplies au sein de la société.

- I.** A l'encontre de ce jugement notifié le 5 janvier 2010, T_____ interjette appel par acte déposé à l'office postal le 5 février 2010.

A l'appui de son appel, T_____ fait principalement grief aux premiers juges d'avoir refusé l'audition des témoins sollicitée dans le cadre de l'instruction du litige. L'appelant indique en outre que les motifs du licenciement invoqués sont erronés et que la fin des rapports de services a été initiée par l'employeur en raison de ses réclamations légitimes concernant le paiement d'heures supplémentaires. Il invoque également une violation de l'article 328 CO, dès lors que l'employeur s'était montré incapable de préserver sa personnalité notamment dans le cadre de conflits qu'il entretenait avec C_____.

T_____ conclut ainsi à l'annulation du jugement entrepris, à l'audition des témoins déjà sollicitée en première instance, à la production de divers e-mails par l'employeur et à la condamnation de ce dernier de lui verser les sommes de Fr. 3'118.69 à titre de compensation pour les vacances non prises, Fr. 11'310.10 à titre d'indemnité pour les heures supplémentaires, Fr. 50'130.- d'indemnité pour licenciement abusif et Fr. 18'000.- à titre d'indemnité pour tort moral. Enfin, l'appelant sollicite la délivrance d'un certificat de travail « favorable » dont la teneur est produite à la procédure.

- J.** Par mémoire du 30 mars 2010, E_____ SA s'est opposée à l'appel. Elle a rappelé que l'appelant, qui était invité à déposer une liste de témoins dans les délais légaux, n'avait pas satisfait à cette obligation. L'intimée a précisé que le licenciement était fondé par les défaillances du collaborateur qui ne pouvait au demeurant justifier que le travail confié nécessitait l'accomplissement d'heures supplémentaires. E_____ SA a également pris des conclusions constitutives d'un appel incident considérant que l'employé pouvait prendre son solde de vacances,

soit sept jours, pendant le préavis contractuel, conformément aux critères jurisprudentiels à ce sujet.

- K.** A l'audience de ce jour, l'appelant a réitéré sa requête en production d'e-mails qui pouvaient justifier le bon accomplissement de ses tâches, ainsi que l'audition de quatre témoins, anciens collaborateurs de l'entreprise, qui pourraient attester sa fiabilité professionnelle. Il a précisé que son licenciement était justifié par la relation difficile qu'il entretenait avec C_____, ainsi que par sa réclamation liée à des heures supplémentaires, sujet qu'il avait invoqué à plusieurs reprises avec sa direction.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrit par la loi, l'appel de T_____ est recevable (article 59 LJP). L'appel incident de E_____ SA est également recevable (article 61 LJP).
2. L'appelant sollicite tout d'abord la réouverture des enquêtes tendant à entendre divers témoins dont le Tribunal des prud'hommes a refusé l'audition. Il conclut également à ce que son ancien employeur soit condamné à verser à la procédure une documentation (échange d'e-mails) notamment relative au temps et à la qualité du travail de l'employé.
 - a) En application de l'article 29 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), le Tribunal est tenu d'établir d'office les faits, sans être limité par les offres de preuve des parties. Cette disposition, qui consacre le principe de la maxime inquisitoire, ne dispense toutefois pas les parties d'une collaboration active. Il leur incombe notamment de renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Le juge n'est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuve sont complètes que lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ces points (arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 1998

dans la cause 4P.201/97 ; ATF 107 II 233 consid. 2b = JT 1981 I 286 ; CAPH du 27.8.97 dans la cause VI/ 258/96).

Le juge peut refuser d'administrer une preuve par appréciation anticipée, notamment lorsque la preuve porte sur des faits notoires, des faits impossibles à démontrer, des faits non pertinents ou lorsqu'elle n'est pas de nature à influencer le résultat des probatoires, à savoir qu'elle n'est pas propre à former la conviction du juge ou qu'elle n'est pas de nature à modifier la conviction du juge fondée sur d'autres éléments déjà acquis (CAPH du 24.11.97 dans la cause C/10117/97-3 ; CAPH du 20 janvier 1999 dans la cause C/16401/1998-3 ; CAPH du 21 juin 1999 dans la cause C/13075/1998-12). Une mesure probatoire peut ainsi être refusée sur la base d'une appréciation anticipée des preuves dans l'hypothèse où le juge, compte tenu des éléments de preuve dont il dispose déjà, parvient sans arbitraire à la constatation que la preuve sollicitée ne peut plus modifier sa conviction (arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2000 dans la cause 4P.296/1999).

- b) En l'espèce, les premiers juges ont refusé d'entendre les témoins dont l'audition était sollicitée par l'appelant, au motif que ce dernier avait déposé sa liste de témoins après le délai imparti par la loi. Le tribunal a par ailleurs procédé à l'audition de témoins qui étaient des collègues de travail de l'appelant au moment des faits et pouvaient donc témoigner directement de son comportement sur la place de travail et de la qualité du travail qu'il a fourni. Le Tribunal a ainsi procédé à l'audition de la majorité des collaborateurs de la société qui comporte un nombre limité d'employés. Leurs déclarations s'étant révélées concordantes, les premiers juges n'ont pas jugé utile de citer d'autres témoins qui n'auraient au demeurant pas participé aux événements survenus lors des rapports contractuels.

Cette conclusion des premiers juges est conforme aux exigences posées par la jurisprudence relative à l'appréciation anticipée des preuves rappelée ci-dessus. Les arguments de l'appelant selon lesquels le Tribunal se serait basé sur le témoignage d'employés formant « une sorte de cour » de la direction, hostiles à

son endroit, ne permettent pas de remettre en cause la crédibilité des témoins qui se sont exprimés en première instance sur les rapports de travail de leur collègue T_____.

La Cour d'appel retient ainsi que le Tribunal n'a pas violé la loi en décidant, dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves, de refuser l'audition des témoins sollicitée par l'appelant dont la liste avait été déposée en dehors du délai légal. La Cour d'appel relève d'ailleurs que, parmi les quatre témoins dont l'audition est sollicitée, deux témoins (F_____ et G_____) n'étaient plus employés de la société E_____ SA au moment des faits litigieux et n'auraient donc pas été en mesure de témoigner du comportement de l'appelant sur sa place de travail. Sur cette base, c'est à bon droit que le Tribunal a estimé que les témoins auditionnés avaient formé sa conviction de telle sorte que l'audition d'autres témoins devait être écartée.

- c) L'appelant sollicite en outre la production par l'intimée de divers documents liés à l'accomplissement d'heures de travail, ainsi que divers e-mails échangés avec le responsable de E_____ SA, y compris un e-mail dans lequel A_____ féliciterait T_____ pour la qualité de son travail.

La loi sur la juridiction des prud'hommes ne contenant aucune disposition particulière sur la production de pièces pouvant être ordonnée par le Tribunal, il convient de se référer aux dispositions générales de la loi de procédure civile qui sont applicables à titre supplétif dans la mesure compatible avec les exigences de simplicité et de rapidité propres à la procédure applicable à la juridiction prud'homale (article 11 LJP). A teneur de l'article 186 al. 2 LPC, le juge peut ordonner à une partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré. Du principe général relatif au fardeau de la preuve résulte notamment que celui qui entend alléguer un fait dont la preuve est contenue dans une pièce doit produire

lui-même ce document. La rigueur de cette règle doit cependant être tempérée par le principe de la bonne foi qui conduit, dans certaines circonstances, à imposer à l'autre partie la production d'une pièce qu'elle détient. C'est le but poursuivi par l'article 186 al. 2 LPC. Cette exception doit toutefois être appliquée avec prudence de manière à éviter les abus qu'elle pourrait entraîner (Bertos-Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Tome II, n° 5 ad. 186 LPC). Ainsi, l'obligation de production de pièces est soumise aux conditions cumulatives (i) qu'il s'agisse d'une pièce utile à la solution du litige, (ii) que la partie qui assume le fardeau de la preuve démontre qu'elle ne détient pas elle-même la pièce visée et qu'elle ne dispose d'aucun moyen raisonnable pour se la procurer, (iii) que la partie interpellée possède effectivement la pièce en cause et (iv) que la partie interpellée ne puisse invoquer aucun motif légitime de refuser la production qui lui est réclamée.

L'appelant sollicite la production d'un e-mail qui lui aurait été adressé par sa hiérarchie en le félicitant de la qualité du travail accompli, sans pouvoir préciser la date d'envoi de cet e-mail qui aurait pu être adressé à la fin mai et au début juin 2008. Cette requête est énoncée de façon trop approximative et il appartient à l'appelant, s'il entend solliciter la production d'une pièce de sa partie adverse, d'identifier de façon précise la pièce à produire. S'agissant de la production d'autres documents, la Cour d'appel relève qu'une offre de preuve, c'est-à-dire la requête en vue de faire administrer une preuve ou un des moyens admis par loi, peut être écartée si les faits allégués ne sont pas pertinents ou pas suffisamment circonstanciés (ATF 105 II 144), lorsque le moyen de preuve invoqué n'est pas propre à former la conviction du juge (ATF 82 II 495) ou encore si le moyen de preuve requis n'est pas de nature à modifier la conviction du juge fondée sur d'autres éléments déjà acquis en procédure (ATF 109 II 31). En l'espèce, la Cour considère, à l'instar du Tribunal des prud'hommes, que les témoignages recueillis dans la procédure, les déclarations des parties et l'ensemble des pièces versées aux débats permettent d'établir les éléments factuels utiles à la solution du litige, l'autorité de jugement pouvant se forger une conviction dont la produc-

tion de courriels professionnels, au demeurant non identifiés, ne saurait altérer l'assise. La requête en production de pièces sera ainsi rejetée.

3. L'appelant fait valoir une prétention en paiement d'une somme de Fr. 50'130.-, avec suite d'intérêts, à titre d'indemnité pour licenciement abusif. A l'appui de sa réclamation, il indique que les motifs invoqués à la base de son licenciement étaient inexistants, que ses performances professionnelles étaient réelles et que le licenciement était en réalité motivé par ses réclamations concernant le paiement d'heures supplémentaires.
 - a) Selon l'article 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque co-contractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (articles 336 ss CO ; ATF III 115 consid. 2.1 p. 116 ; 131 III 535 consid. 4.1).

L'énumération prévue à l'article 336 CO – qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le droit du travail – n'est pas exhaustive et un abus de droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'article 336 CO. Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Le caractère abusif du licenciement peut aussi résulter de la disproportion évidente des intérêts en présence. Hormis ce cas, l'abus peut aussi tenir à l'exercice d'un droit contrairement à son but ; sous cet angle également, l'intérêt

légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 consid. 2.1 à 2.5 ; 131 III 535 consid. 4.2 ; arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.3 ; arrêt 4A_325/2008 du 6 octobre 2008 consid. 2.2). S'agissant de la casuistique, il a, par exemple, été jugé qu'en renvoyant un collaborateur en raison d'une mésentente avec le chef de service, sans savoir cherché au préalable à désamorcer le conflit, l'employeur prononçait un licenciement abusif (ATF 132 III 115 consid. 2.2 et les références cités = JT 2006 I 152 = JAR 2006, 389 ; Aubry Girardin, Licenciement abusif et jurisprudence récente, in SJ 2007 II 51 ss, 67).

Se prévalant du caractère non exhaustif de l'énumération figurant à l'article 336 CO, le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts récents dans lesquels il a procédé à une interprétation extensive de la notion de licenciement abusif (arrêt 4C_431/2005 du 31 janvier 2006 ; ATF 132 III 115 = JT 2006 I 152 = JAR 2006, 389 ; ATF 131 III 535 = SJ 2006 I 36, 29 ; Wylér, Droit du travail, 2è éd., p. 531, 532). Cette évolution a été critiquée par une partie de la doctrine qui a retenu que le principe de la liberté de résiliation ne doit pas devenir l'exception (Dunand, Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception, in Revue de l'avocat 2006, p. 322) et louée par une autre partie de la doctrine qui y a vu une « approche créatrice » (Aubry Girardin, loc. cit., p. 74). Cela étant, l'examen attentif de cette jurisprudence laisse apparaître sa justification au regard des circonstances concrètes de chacun des cas jugés. L'ensemble de ces arrêts présentent une caractéristique commune : le Tribunal fédéral reconnaît le caractère abusif du licenciement donné en violation par l'employeur de ses propres obligations au regard de la personnalité du travailleur (obligation d'intervention en cas de conflit interpersonnel, exigence d'augmentation de productivité envers un travailleur âgé, licenciement fusible, manquement dû aux égards dans l'exercice du droit de résilier). La doctrine en a retenu que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour un motif ou d'une manière qui

résulte d'une violation par cette même partie d'une obligation contractuelle en relation avec la protection de la personnalité du travailleur (Wylter, loc. cit., p. 532-533).

- b) La critique de l'appelant manque de substance. Les insuffisances du collaborateur, à la base de la décision de licenciement, ont été rapportées dans le cadre de la procédure. Les enquêtes diligentées par les premiers juges ont en effet confirmé que l'appelant arrivait souvent en retard sur son lieu de travail, que ses performances professionnelles étaient faibles au point que ses collègues avaient constaté, après son départ, des manquements dans la gestion de ses dossiers et que, malgré la remarque qui lui était faite sur son travail et les moyens de l'améliorer, l'appelant n'avait rien changé à sa manière de travailler. La procédure a ainsi démontré que l'employé ne donnait pas satisfaction à son employeur et n'avait pas cherché à améliorer ses prestations lorsque des remarques lui étaient notifiées oralement ou par écrit. Au-delà de l'insatisfaction ressentie par l'employeur sur les prestations de son employé, la procédure a également démontré que ce dernier se trouvait en conflit avec plusieurs de ses collègues de travail, l'ambiance s'étant nettement améliorée à son départ. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont retenu que la résiliation des rapports de travail était motivée par une insatisfaction de l'employé justifiée par les insuffisances du travailleur. Force est ainsi de constater que l'appelant n'a pu démontrer que les motifs invoqués à l'appui du licenciement auraient été, sinon inexistantes, du moins mineurs et que la dénonciation des rapports de service aurait en réalité été motivée par la réclamation présentée au sujet des heures supplémentaires. Les éléments recueillis à la procédure n'ont d'ailleurs pas permis de retenir que l'appelant aurait présenté une telle réclamation préalablement à son licenciement. La première réclamation liée aux heures supplémentaires est énoncée dans la communication de l'employé licencié du 23 octobre 2008, soit postérieurement au licenciement. La Cour d'appel relève d'ailleurs que, dans son assignation du 27 mai 2009, l'appelant alléguait le caractère abusif du licenciement en indiquant que les motifs invoqués par l'employeur étaient infondés, sans toute-

fois préciser que la dénonciation des rapports de services était motivée par les réclamations qu'il aurait présentées concernant une compensation d'heures supplémentaires.

Les carences constatées par l'employeur dans l'exécution des tâches de l'appelant, confirmées par les témoins entendus dans la procédure, constituent un motif légitime de résiliation des rapports de service qui ne saurait dès lors présenter un caractère abusif. La réclamation de l'appelant sera rejetée sur ce point.

4. L'appelant fait valoir une prétention en paiement de Fr. 18'000.- avec suite d'intérêts, à titre d'indemnité pour tort moral, invoquant une violation de l'article 328 CO au motif que l'employeur n'aurait pas pris les mesures nécessaires pour préserver la personnalité de l'employé en s'abstenant notamment de mettre « un terme aux machinations » de son collègue C_____.
- a) S'agissant de problèmes relationnels et de conflit interpersonnel, l'employeur est tenu de prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, le désamorcer ou y mettre fin. Cette obligation repose sur l'article 328 al. 1 CO qui impose à l'employeur de faire en sorte que l'ambiance de travail et la qualité des relations ne soient pas préjudiciables ni à la qualité du travail ni à la santé (psychique) de ses employés. Cet aspect de la protection de la personnalité a pour corollaire que l'employeur ne peut procéder à un licenciement lié à cette situation sans être au préalable intervenu pour tenter de remédier à cette situation précise. A défaut d'intervention, le licenciement sera considéré comme abusif (arrêt 4C_189/2003 du 23 septembre 2003 ; arrêt 4C_274/2002 du 5 novembre 2002 ; arrêt 4C_253/2001 du 18 décembre 2001 = JAR 2002, 210 ; arrêt 4C_73/2006 du 22 décembre 2006 ; arrêt 4C_46/2006 du 12 avril 2006). En définitive, dans des conflits interpersonnels, le caractère abusif du licenciement dépend des mesures que l'employeur a ou n'a pas pris pour protéger la personnalité de ce travailleur dans les rapports

de travail, le cercle des personnes protégées comprenant non seulement la personne licenciée mais également ses collègues, subordonnés et supérieurs (Wylter, loc. cit., p. 537).

- b) Les enquêtes ont révélé que l'appelant entretenait des relations conflictuelles avec certains de ses collègues, notamment B_____ et C_____ et était à l'initiative de ce climat conflictuel. Les débats ont également démontré que l'appelant acceptait difficilement les remarques effectuées dans le cadre de la relation de travail, considérant ces remarques comme un dénigrement. C'est oublier que l'employeur est autorisé à fournir des instructions et directives à ses employés sur l'exécution du travail et la conduite à adopter (article 321d CO). L'employeur est ainsi autorisé à critiquer le travail de son employé ou son comportement tant qu'il n'use pas de propos injurieux ou vexatoires, ce dont ne se prévaut pas l'appelant. Au surplus, la procédure ne montre pas de quelle façon l'appelant aurait été isolé, marginalisé, voire exclu sur son lieu de travail par des agissements hostiles et répétés de la part de ses collègues, lui-même recherchant au demeurant le conflit avec deux collaborateurs de l'entreprise.

C'est ainsi, à juste titre que les premiers juges ont considéré que la procédure ne permettait pas de retenir des agissements de mobbing contraires à l'article 328 CO. Sa réclamation en paiement d'une indemnité à titre de tort moral doit donc être rejetée.

- c) Pour justifier une indemnité de tort moral, l'appelant invoque également les circonstances dans lesquelles est intervenu son licenciement où il aurait été malmené par son supérieur. Cette critique tombe à faux. Les témoins entendus à la procédure n'ont pas indiqué que le responsable d'E_____ SA se serait livré à des violences ou des propos déplacés à l'endroit de son employé le jour du licenciement. Le directeur général lui a expliqué, à l'occasion d'un entretien, les raisons à l'origine de cette décision qui a été confirmée par écrit à l'employé licencié. Cette situation ne saurait faire naître une indemnité pour tort moral.

5. L'appelant fait valoir une prétention en paiement de Fr. 11'310.10, avec suite d'intérêts, à titre de paiement des heures supplémentaires effectuées pendant les rapports de travail.
- a) Les heures supplémentaires sont des heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel et sont régies par l'article 321c CO qui prévoit notamment que si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. Les heures supplémentaires doivent être effectuées dans l'intérêt de l'employeur. Il en est ainsi des heures supplémentaires accomplies à la demande de l'employeur, même si le travailleur les a sollicitées ou approuvées en raison des revenus supplémentaires qu'elles lui procurent. Lorsqu'elles sont effectuées à l'initiative du travailleur, elles ne constituent des heures supplémentaires que si elles sont objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, qu'elles sont justifiées et qu'elles sont portées à la connaissance de ce dernier ou qu'il ne peut ignorer leur accomplissement. Ne constituent pas des heures supplémentaires celles qui sont accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que les circonstances exceptionnelles ne les justifient dans l'intérêt de l'employeur (Wyler, loc. cit., p. 116-117 ; ATF 116 II 69 ; arrêt du Tribunal fédéral du 13.08.2004 dans la cause 4C.92/2004 consid. 3.2 ; JAR 2001 164).

Le travailleur qui attend de longs mois ou la fin des rapports de travail pour annoncer de prétendues heures supplémentaires ne peut exiger leur rémunération, l'employeur n'en étant dans ce cas pas informé et n'ayant pas la possibilité de s'opposer à l'accomplissement de telles heures. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et n'a pas de raison de savoir que de telles heures supplémentaires ont été effectuées, la jurisprudence admet que le fait d'accepter sans réserve le sa-

laire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 172, 175 = JT 2003 I 241 ; Wyler, loc. cit., p. 117).

Sous réserve du caractère suffisant de la rémunération versée, les parties sont libres d'exclure par écrit la compensation des heures supplémentaires ou de prévoir leur compensation par l'octroi de temps libre d'égale durée (arrêt du Tribunal fédéral du 08.05.2007 dans la cause 4C.47/2007). La compensation d'heures supplémentaires par un congé d'égale durée doit être admise lorsque le travailleur bénéficie d'un horaire flexible (ATF 123 III 469 = JT 1999 I 23). Le Tribunal fédéral a considéré que les excédents d'heures réalisés dans le cadre d'un horaire de travail flexible ne devraient pas prendre une ampleur telle qu'ils ne puissent plus être compensés dans les limites de l'horaire flexible, pendant la période correspondant à un délai de congé ordinaire ; la jurisprudence précise qu'une indemnité pour des excédents d'heures dans le cadre de l'horaire flexible est en principe exclue, sa compensation devant être garantie par un congé ; si cela n'est plus possible jusqu'à l'expiration des rapports de travail, la prestation de travail effectuée n'est, dans la règle, pas rémunérée (ATF 123 III 469 = JT 1999 I 23).

- b) En l'espèce, le contrat de travail conclu par l'appelant prévoyait que les heures supplémentaires ne seraient pas payées mais compensées par un congé de même durée. L'appelant a ainsi donné son accord à ce que les éventuelles heures supplémentaires qu'il pourrait effectuer soient compensées par du temps libre. Ainsi, le fait de bénéficier d'un horaire flexible imposait à l'appelant d'organiser son emploi du temps de manière à compenser les heures supplémentaires par du temps libre. L'appelant n'a pas établi que son employeur lui aurait refusé de lui octroyer du temps libre pour compenser les heures supplémentaires prétendument effectuées. Au surplus, les témoins entendus dans la procédure ont affirmé que les heures supplémentaires n'étaient pas payées, conformément aux dispositions du contrat de travail, mais qu'il était possible de les compenser par des jours de congé, bien que cela soit peut fréquent compte tenu de l'absence de surcharge de travail.

Enfin, les enquêtes ont démontré qu'il n'y avait pas de surcharge de travail dans la société, mis à part le cas où un collaborateur prenait des vacances, situation nécessairement temporaire. A l'appui de sa contestation, l'appelant indique être resté à de nombreuses reprises à son poste de travail le soir après 18.00 heures. Avec raison, les premiers juges ont retenu que les pages du relevé d'envoi des courriels depuis le poste informatique de l'appelant pendant la période du 14 janvier au 16 octobre 2008, démontraient que l'employé était resté occasionnellement à son bureau après 18.00 heures, rarement après 19.00 heures. Les enquêtes diligentées dans la procédure ont également démontré que l'appelant prenait des libertés importantes avec son horaire de travail, arrivant tardivement le matin et l'après-midi, de telle sorte qu'il compensait ces arrivées tardives par un départ au-delà de 18 heures. La réclamation de l'appelant sera sur ce point rejetée.

6. L'appelant réclame également la production d'un certificat de travail comportant les éléments contenus dans ses conclusions.
 - a) A teneur de l'article 330a CO, l'employé peut demander un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité du travail et sa conduite. Le contenu du certificat de travail doit être exact, c'est-à-dire, de manière générale, être conforme à la réalité et complet. La formulation du certificat incombe au premier chef à l'employeur. Une appréciation négative sur la qualité du travail ou la conduite du travailleur peut être exprimée pour autant qu'elle soit pertinente et fondée (CAPH du 08.04.2003 dans la cause C/16779/2002-5 ; Wyler, loc. cit., p. 366 et les réf. citées).
 - b) En l'espèce, l'employeur a délivré un certificat de travail décrivant les diverses responsabilités assumées au cours des rapports de travail. A juste titre, les premiers juges ont retenu que l'appelant ne pouvait exiger la mention qu'il avait assumé plus de responsabilités que celles décrites, puisque la procédure avait révélé que l'employé ne pouvait prendre de décisions sans en référer à sa hiérarchie.

Le Tribunal a toutefois retenu que devait être ajouté au certificat une explication sur la nature des clients ainsi que sur les activités développées par ces clients, situation qui n'est pas contestée par l'intimée. Les autres réclamations de l'appelant concernant la rectification du certificat de travail ont été à juste titre rejetées, notamment celle relative à l'entente avec ses collègues, appréciation qui aurait été inexacte compte tenu des problèmes relationnels rencontrés dans le cadre de sa collaboration et établis à la procédure.

Le jugement sera ainsi également confirmé sur ce point et les conclusions d'appel rejetées en tant qu'elles tendent à la délivrance d'un certificat de travail différent de celui retenu par les premiers juges.

7. Dans le cadre d'un appel incident, l'intimée fait grief aux premiers juges d'avoir retenu le paiement en faveur de l'appelant d'une indemnité à titre de vacances non prises, le Tribunal ayant condamné l'employeur à verser une somme de Fr. 2'682.50, avec intérêts à 5% dès le 30 novembre 2008, correspondant à 7 jours de vacances non pris. A l'appui de sa critique, l'intimée relève que le solde de vacances, qu'elle arrête à 6,5 jours, pouvait être pris pendant le préavis dès lors que l'employé a été libéré de son obligation de travailler depuis le licenciement, le 21 octobre 2008, jusqu'à la fin du préavis, le 30 novembre 2008.
 - a) Si l'employeur libère l'employé de l'obligation de travailler durant le délai de résiliation, il ne peut imposer au travailleur en recherche d'emploi la compensation des vacances avec le temps de la libération de l'obligation de travailler que dans la mesure où il existe une proportion raisonnable entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances à prendre (Wylter, loc. cit., p. 346 et les réf. citées). Cette jurisprudence se justifie par le fait que le travailleur doit disposer d'un temps suffisant pour rechercher un nouvel emploi en sus des jours des vacances compensés durant la période de libération de l'obligation de travailler. Le Tribunal fédéral tient pour admissible la compensation de 5 jours dans une durée de libération de travailler de 20 jours

(arrêt du Tribunal fédéral du 30.09.2005, cause 4C.193/2005 consid. 3.2), de même qu'une compensation de 3 semaines de vacances durant une durée de libération de 14 semaines (arrêt du Tribunal fédéral du 31.07.2002 dans la cause 4C.71/2002 consid. 3). Plus la durée de libération de l'obligation de travailler est longue, plus le nombre de jours de vacances compensés peut être proportionnellement élevé.

- b) En l'espèce, l'appelant a été libéré de son obligation de travailler pendant une durée de 28 jours ouvrables. Toutefois, compte tenu du court préavis de résiliation (un mois pour la fin d'un mois) et des difficultés liées à la recherche d'un emploi, au demeurant concrétisées en l'espèce, la Cour d'appel considère que ce court préavis ne permet pas à l'employeur d'exiger que l'employé prenne son solde de vacances, quel qu'il soit, pendant ce préavis qui doit être intégralement dévolu à la recherche d'un nouvel emploi.

L'appel incident sera rejeté.

8. Le jugement du Tribunal de première instance sera ainsi en tous points confirmé.

PAR CES MOTIFS,

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

A la forme

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 4 janvier 2010 dans la cause C/11234/2009-4.

Déclare recevable l'appel incident interjeté par E_____ SA à l'encontre dudit jugement.

Au fond

Confirme ce jugement.

Laisse l'émolument d'appel à charge de T_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président