REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/17604/2018-2 **CAPH/59/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 16 MARS 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 6 mars 2020 (JTPH/87/2020), comparant par M^e^ Monica KOHLER, avocate, rue Marignac 9, case postale 324, 1211 Genève 12, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

ASSOCIATION B_____, sise _____, intimée, comparant par M^e^ Robert FIECHTER, avocat, Des Gouttes & Associés, avenue de Champel 4, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18 mars 2021.

EN FAIT

A. Par jugement du 6 mars 2020, le Tribunal des prud'hommes, statuant sur les réclamations formulées par A_____ à l'encontre de son employeur ASSOCIATION B_____, a condamné cette dernière à verser au demandeur la somme nette de 22'326 fr., avec intérêts dès le 1er janvier 2019, à titre d'indemnité pour tort moral et la somme nette de 13'395 fr. 60, avec intérêts dès le 30 septembre 2018, au titre de réparation du préjudice subi. Pour le premier poste, les premiers juges ont en substance considéré que l'employé avait subi une atteinte illicite à sa personnalité et retenu que l'état de santé déficient de A_____ était lié à des problèmes rencontrés dans l'exercice de son activité professionnelle, ce qui aurait dû amener l'employeur à adopter des mesures concrètes afin de protéger la personnalité de son employé ; pour le second poste, le Tribunal des prud'hommes a considéré que A_____ était fondé à réclamer, au titre de préjudice subi du fait de la responsabilité de son employeur, la différence entre les indemnités journalières versées par l'assurance perte de gain et le salaire qu'il aurait perçu en cas de capacité de travail, soit une différence de 20% entre son salaire plein et les indemnités journalières reçues.

Les autres postes de la réclamation de A_____ ont été rejetés. Sa réclamation tendant au paiement d'une somme de 11'163 fr. à titre de 13ème salaire *pro rata temporis* n'a pas été accueillie au motif que les indemnités journalières versées par l'assurance perte de gain prenaient en compte le 13ème salaire du demandeur ; la réclamation tendant au paiement de 108'815 fr. à titre de vacances non prises a été rejetée au motif que les premiers juges ont considéré, sur la base des témoignages et preuves recueillis dans la procédure, que A_____ avait un emploi du temps aménagé, avec un horaire de travail libre, et qu'il prenait des week-ends prolongés du jeudi au dimanche, valant compensation pour les jours de vacances ; enfin, sa prétention tendant au paiement d'une somme de 63'773 fr. à titre d'indemnité pour perte de cotisations de prévoyance a été rejetée, le Tribunal ayant considéré que les conditions de l'art. 339b CO invoqué par le demandeur pour justifier sa réclamation n'étaient en l'espèce pas réalisées.

S'agissant des frais de la procédure, arrêtés à 3'650 fr., le Tribunal les a répartis par moitié à charge de chaque plaideur.

B. A l'encontre de ce jugement notifié le même jour, A_____ interjette appel par acte du 22 avril 2020 en sollicitant la réformation du jugement en tant qu'il rejette les trois prétentions énoncées ci-dessus. A l'appui de son appel, A_____ conclut ainsi à la condamnation de B_____ de lui payer les sommes de (i) 108'815 fr., avec intérêts moratoires à 5%, au titre de vacances non prises, (ii) 11'163 fr. au titre de 13ème salaire *pro rata temporis* et (iii) 63'773 fr. au titre de perte sur les cotisations de prévoyance. S'agissant du premier poste, l'appelant fait reproche

aux premiers juges d'avoir mal apprécié les témoignages recueillis à la procédure concernant le temps de travail et le temps de congé de l'employé de l'association et demande à ce sujet la ré-audition de deux témoins. A l'appui de son appel, A_____ indique en substance que la charge importante de travail et la conscience professionnelle dont il faisait preuve l'empêchaient de prendre ses vacances. Concernant la prétention liée au 13ème salaire, l'appelant invoque la responsabilité de son ancien employeur qui n'aurait pas informé l'assurance perte de gain, C_____, du 13ème salaire faisant partie intégrante de sa rémunération. Enfin, s'agissant de l'indemnité liée à la perte sur ses cotisations de prévoyance, l'appelant invoque l'application de l'art. 339b al. 1 CO (indemnité en raison des non rapports de travail) dont il considère que les conditions peuvent s'appliquer au cas d'espèce.

C. Par acte du 18 juin 2020, [l'Association] B_____ a conclu au rejet de l'appel sur les trois chefs de conclusions énoncées par l'appelant. [L'Association] B_____ a, dans le même document, déposé un appel joint concluant à ce que le jugement de première instance soit réformé en tant qu'il condamnait l'association à verser à son ancien employé les sommes nettes de 22'326 fr. et 13'395 fr. 60, avec suite d'intérêts. A l'appui de son appel joint, B_____ conteste toute violation de l'art. 328 CO en niant avoir porté une atteinte illicite à la personnalité de son employé ou omis de prendre les mesures nécessaires pour préserver la santé de son employé. Une responsabilité ne peut lui être imputée de ce chef.

D. Les parties ont respectivement répliqué et dupliqué par écritures des 14 août 2020 (A_____), 7 septembre 2020 (B_____) et 28 septembre 2020 (A_____), maintenant leurs conclusions et leurs motivations.

L'argumentation développée par les parties sera reprise dans la mesure utile.

E. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. L'ASSOCIATION B_____, association de droit suisse avec siège à Genève ayant notamment pour but la création et l'entretien de _____, exploite [un établissement sis au no.] _____, rue 1_____, [code postal] Genève, dont les locaux sont propriété de la Ville de Genève et font l'objet d'un bail à ferme conclu avec l'association. Le contrat de bail à ferme prévoit, à charge de la locataire (fermière), une redevance prenant en considération une subvention versée par la Ville de Genève à l'association. Le bail à ferme consigne un droit de regard sur les activités et la comptabilité de l'association, qui pouvait être contrôlée en tout temps par une fiduciaire mandatée par la Ville de Genève.

b. Par lettre de [l'Association] B_____ du 17 juillet 1996, A_____ fut engagé en qualité de directeur de [l'établissement sis au no.] _____, rue 1_____ à Genève, pour une activité à temps complet à compter du 2 février 1997, avec un salaire mensuel de 6'300 fr., y compris un 13ème salaire. Le dernier salaire

mensuel brut de l'employé se montait à 11'163 fr. Le contrat de travail prévoyait une dénonciation des rapports de service, après la première année de travail, moyennant un préavis de 6 mois pour la fin d'un mois. En qualité de directeur, A_____ rapportait uniquement au comité de l'association et disposait d'une grande indépendance dans l'organisation et la gestion de [l'établissement], ainsi que dans l'aménagement de son temps de travail.

c. Dans un document non daté intitulé « Rapport sur les anomalies rencontrées à [l'établissement] B_____ depuis le 1er février 1997 jusqu'à ce jour », A_____ a identifié des dysfonctionnements affectant la gouvernance et la gestion comptable et financière de [l'établissement], pour une période antérieure à son attestation.

c.a Ce rapport visait essentiellement l'ancien directeur de [l'établissement], D_____, qui aurait bénéficié d'avantages et de libéralités indues, notamment des frais et dépenses privés, qui étaient pris en charge par l'association, qui lui versait en outre, depuis son départ, une rente mensuelle de 2'000 fr. dont on ne comprenait pas la signification. Le rapport faisait état d'autres dysfonctionnements liés à la gestion comptable et financière de [l'établissement]. Il mettait également en cause E_____, en sa qualité de président de l'association et membre du comité, qui était accusé de complaisance et le rapport préconisait la démission en bloc du comité et la constitution d'un « nouveau comité issu de différents milieux économiques de notre ville ».

c.b Ce rapport a été remis au comité en vue de sa séance du 8 juillet 2004. Les parties divergent toutefois sur les informations communiquées aux membres du comité sur les dysfonctionnements et autres anomalies constatés par A_____. L'association soutient n'avoir été informée de ces difficultés qu'en prenant connaissance du rapport en vue de la séance de 8 juillet 2004, A_____ indiquant avoir attiré l'attention du comité sur ces dysfonctionnements à plusieurs reprises avant la séance de 2004.

c.c Lors de la séance du comité du 8 juillet 2004, il fut décidé à l'unanimité de supprimer immédiatement le versement mensuel effectué en faveur de l'ancien directeur, considérant que cette contribution n'était aucunement justifiée et péjorant les finances de l'association. Lors de la même séance, il fut décidé de confier un audit à une fiduciaire, afin d'étudier « les points financiers du rapport A_____ » et de déterminer les responsabilités « des uns et des autres ».

c.d Le 15 novembre 2004, [l'Association] B_____ confia à la société [fiduciaire] F_____ SA, un audit sur « les anomalies constatées ». Certains faits paraissant relever du domaine pénal, la fiduciaire s'était adjoint les services d'un avocat pour étudier la matérialité des infractions reprochées. La fiduciaire eut plusieurs réunions avec certains membres du comité et A_____, dont une en présence de

l'avocat mandaté pour les aspects pénaux. A la demande de la fiduciaire, A_____ transmit également diverses pièces justificatives nécessaires à l'audit.

c.e L'auditeur déposa son rapport le 2 mai 2005. Dans ses conclusions, le rapport d'audit relevait (i) que le directeur s'était acquitté de son devoir de diligence et de fidélité en dénonçant les irrégularités constatées en dépit des sept années de réflexion (1997 à 2004), (ii) que des infractions pouvaient en effet être retenues à l'endroit de l'ancien directeur D_____, qui avaient été rendues possibles par des carences de l'organisation administrative et comptable, ainsi que la confiance dont il bénéficiait, (iii) que d'autres anomalies identifiées par A_____ n'avaient pu être établies faute de documentation pouvant supporter ces agissements, (iv) que les « autres dysfonctionnements » avaient été corrigés par des mesures prises depuis lors.

c.f L'analyse de la fiduciaire indiquait également que, depuis le dépôt du rapport par A_____, des mesures concrètes avaient été prises par le comité, notamment par la création d'un comité de pilotage composé de trois membres du comité, appelé à soutenir A_____ dans son organisation administrative de l'association, ainsi que pour remédier aux carences constatées. S'agissant des infractions constatées, le rapport de F_____ SA préconisait de s'abstenir d'une action pénale contre son auteur, compte tenu de l'ancienneté des faits et des contraintes inhérentes à une telle action.

c.g Lors de sa séance du 6 juillet 2005, le rapport de F_____ SA ne parait pas avoir été discuté par le comité qui a toutefois acté que « concernant les problèmes du passé, beaucoup de progrès ont été faits depuis », concluant que « la leçon devait être retenue ».

c.h Dans courrier du 10 mai 2006 adressé au président du comité, A_____ a qualifié ce rapport de « pantalonnade » considérant que, en substance, ce rapport s'était attaché à identifier des points mineurs.

d. Par la suite, durant les années 2006 à 2017, la gestion de [l'Association] B_____ se déroula sans problème particulier, A_____ œuvrant à la restructuration et la modernisation de [l'établissement] et à la satisfaction de son employeur qui était enchanté tant du travail accompli par le directeur que des résultats obtenus.

e. Au printemps 2017, la bailleresse Ville de Genève, soit pour elle la Conseillère administrative en charge du Département des Finances et du Logement, G_____, a fait effectuer une vérification de la comptabilité de [l'Association] B_____, en application de l'article 4.4 du contrat de bail à ferme. La vérification fut confiée au Service du Contrôle Financier, soit à H_____, directeur dudit service.

Le contrôle s'attachait notamment à une revue de la comptabilité de [l'établissement] pour les années 2015 et 2016, soit un examen des amortissements, des attributions à la réserve pour le financement des biens mobiliers d'exploitation, ainsi que des dissolutions, selon des critères comptables exposés aux articles 4.5 à 4.8 du bail à ferme.

e.a Informé de cette vérification, A_____ a très mal vécu cette démarche de l'édile municipal. Il admettait difficilement ce contrôle, alors que les faits qu'il avait dénoncés plusieurs années auparavant, en 2004, n'avaient pas été traités en dépit de leur gravité et qu'aucune sanction n'avait été prise à l'encontre du comité qui, en accord avec la Ville de Genève, avait couvert ces faits. Dans trois courriels adressés à H_____ le 24 mai 2017, A_____ réitère ainsi les griefs énoncés en 2004, concernant la gestion antérieure de l'association « qui sont malheureusement restés sans suite », se plaint de la négligence totale de la Ville de Genève qui a permis une soustraction de plusieurs millions de francs et de son inertie qui a permis la prescription des infractions reprochées. Dans un courrier du 28 mai 2017, A_____ réitère les malversations dénoncées en 2003 et se plaint des manquements « inexcusables » du Département des Finances et du Logement, dont le laxisme a permis ces malversations. Dans un courrier complémentaire du 5 juin 2017 adressé à H_____, A_____ met en doute la capacité de ce dernier, en sa qualité de responsable du Service du Contrôle Financier, « à agir contre » le Département des Finances et du Logement et conclut en indiquant que « j'estime que les faits avérés, que je reproche au comité de [l'Association] B_____, à la Fondation I_____, ainsi qu'à la [régie immobilière] J_____ et au Département des Finances et du Logement sont très graves. J'ai fait de nombreuses démarches pour essayer de résoudre cette situation, mais elles n'ont malheureusement jamais abouti. C'est pourquoi j'ai l'intention de transmettre toutes les informations en ma possession, même si elles sont prescrites, à la Cour des comptes. »

e.b Le 7 août 2017, la Conseillère administrative en charge du Département des Finances et du Logement communiqua son rapport concernant la revue de la comptabilité et de la gouvernance de [l'Association] B_____. Il était notamment indiqué que le Service du Contrôle Financier avait identifié quelques manquements concernant la tenue des assemblées générales et des séances du comité, préconisait le renforcement de l'organe de révision, recommandait la renonciation aux indemnités du comité qui présentaient un risque relatif à l'exonération fiscale dont bénéficiait l'association. Il était ainsi demandé que le comité prenne des mesures pour remédier aux faiblesses énumérées. S'agissant des « irrégularités remontées par la direction », il était indiqué que le Service du Contrôle Financier avait pris connaissance des anomalies rencontrées durant la période s'étendant de 1997 à 2003 et précisait que « ces faits étant prescrits, le comité doit maintenant s'assurer qu'ils ne perdurent pas et qu'un système de contrôle interne adéquat est mis en place pour prévenir la surveillance de telles anomalies.»

e.c Par courrier du 30 octobre 2017, le président de [l'Association] B_____ a répondu aux différents points visés dans la revue du 7 août 2017 et a précisé que toutes les préoccupations avaient été traitées. Dans ce courrier, le président regrettait qu'une pression ait été mise au directeur de l'association lors de l'audit, en précisant « je regrette cependant la pression qu'a eu à subir notre directeur lors de l'audit. Celui-ci est d'ailleurs actuellement en arrêt maladie ! ».

f. Le 21 août 2017, soit deux semaines après les conclusions de la revue comptable ordonnée par la Ville de Genève, le médecin de A_____ a délivré un certificat médical valant arrêt de travail pour une durée indéterminée. L'arrêt de travail s'est prolongé jusqu'au 31 juillet 2018.

f.a A compter du 20 septembre 2017, A_____ a été au bénéfice des prestations de C_____, assurance perte de gain conclue par la B_____ au bénéfice de ses employés.

f.b Invoquant un rapport d'un spécialiste en psychiatrie mis en œuvre par C_____ qui constatait que A_____ pouvait retrouver une pleine capacité de travail dans son activité habituelle à partir du 1er mai 2018 – rapport que l'intéressé a contesté -, [l'Association] B_____ a formalisé, le 11 juin 2018, la fin des rapports de travail avec effet au 1er mai 2018, en considérant que, nonobstant le rapport de C_____, son employé avait indiqué qu'il n'entendait pas reprendre son emploi auprès de l'association et ceci indépendamment de sa capacité de travail. Elle en a donc conclu que A_____ avait abandonné son poste.

f.c A_____ a contesté cette dénonciation du contrat de travail en raison d'un abandon de poste. Cette situation n'est plus litigieuse en appel, les parties reconnaissant que les rapports de travail se sont terminés le 31 décembre 2018, à l'échéance du préavis de six mois dès le 11 juin 2018.

g. A la séance du comité de la B_____ du 6 juillet 2005, A_____ avait présenté une revendication concernant le paiement de vacances non prises, en soumettant un décompte de vacances pour la période du 1er février 1997 au 31 décembre 2004 consignant 234,5 jours de vacances non prises à cette date. Le décompte était accompagné d'une note explicative indiquant qu'il n'avait pas pu prendre ses vacances depuis son entrée en fonction et « qu'il aurait été irresponsable de sa part de prendre des vacances durant cette période ». Lors de la séance du comité du 6 juillet 2005, A_____ a retiré ce point qu'il avait mis à l'ordre du jour.

Par courrier du 10 mai 2006, A_____ a réitéré sa demande d'indemnisation pour des vacances qu'il n'avait pas pu prendre, hormis deux semaines pendant la période du 1er février 1997 au 1er avril 2004.

h. Également à la séance du 6 juillet 2005, A_____ a informé le comité avoir été au bénéfice de deux certificats médicaux attestant des incapacités de travail à

compter des 6 novembre 2002 et 10 juillet 2003, pour incapacité totale de travail en raison de maladie, et ceci pour une durée indéterminée. Il a toutefois indiqué que, en dépit de ces certificats, il n'avait pas pu arrêter de travailler car « la situation ne le permettait pas ». S'agissant de la production tardive de ces certificats médicaux, il a été protocolé, lors de la séance du comité du 6 juillet 2005, « qu'à la suite des arrêts maladie soudains produits par le directeur, il lui est demandé dorénavant de les signaler à la présidence de l'association ».

Le dossier médical déposé à la procédure, qui représente les notes prises par le praticien lors de la consultation, fait état principalement d'un stress professionnel, ainsi que d'autres problèmes d'ordre privé (divorce, relation conflictuelle avec un fils adolescent, reprise d'hypothèque).

F. Par demande déposée le 29 octobre 2018, après l'échec de la conciliation, A_____ a assigné [l'Association] B_____ en paiement de divers montants qui, en cours de procédure, ont été réduits aux sommes suivantes : (i) 44'652 fr. à titre d'indemnité pour tort moral en raison d'une atteinte illicite à sa personnalité, (ii) 13'395 fr. 60 correspondant à la différence entre le salaire plein et les indemnités journalières perçues par l'assurance perte de gain pendant le délai de préavis ; (iii) 108'815 fr. à titre de vacances non prises ; (iv) 11'163 fr. brut à titre de 13ème salaire *pro rata temporis* ; (v) 63'774 fr. à titre d'indemnité pour perte de cotisations sur la prévoyance. Le demandeur faisait notamment valoir une atteinte à sa personnalité en alléguant que les découvertes qu'il avait effectuées en lien avec la gouvernance et les finances de [l'établissement], en particulier les malversations dénoncées en 2004, avaient eu un effet désastreux sur sa santé psychologique et qu'il s'était trouvé en état de dépression. Il reprochait à sa hiérarchie de n'avoir pris aucune mesure pour protéger sa personnalité et relevait que l'absence de moralité de sa hiérarchie et le fait d'avoir à travailler avec des personnes aussi peu scrupuleuses l'avaient contraint à entreprendre une thérapie de plusieurs mois pour surmonter le dégoût que lui inspirait une telle situation. L'audit commandé en 2017 par la Ville de Genève avait été vécu comme une insulte, étant donné que l'ensemble des malversations dénoncées n'avaient donné lieu à aucune suite, compte tenu du souhait du comité et de la Ville de Genève « d'étouffer les faits », cette situation l'ayant fait définitivement « craquer ». Il indiquait ne pas avoir bénéficié de vacances pendant sa période de travail, hormis une semaine, et ne pas avoir pris de week-ends prolongés, travaillant même le dimanche. En 2005, il avait présenté des revendications concernant ses vacances, mais craignant d'être congédié s'il persistait dans sa réclamation, il l'avait retirée. Par la suite, le comité ne s'était jamais inquiété de savoir s'il avait pu prendre ses vacances.

G. [L'Association] B_____ s'est opposée à la demande. Elle a contesté toute atteinte à la personnalité de son ancien employé, qui était habité par un grave sentiment d'injustice et de frustration, mais l'association ne pouvait être tenue pour

responsable des pathologies du demandeur qu'elle n'avait nullement aggravées. En particulier, s'agissant de l'audit commandé par la Ville de Genève, la B_____ a indiqué qu'elle ne pouvait en aucun cas s'y opposer, dès lors que cet audit était sollicité conformément aux relations contractuelles avec la Ville de Genève a relevé à ce sujet que cet audit n'était nullement dévalorisant pour le directeur qui en gardait toutefois une énorme amertume et frustration.

S'agissant des autres prétentions, la B_____ relevait que la prétention d'indemnités pour vacances non prises était prescrite pour la période de 2008 à 2012, que son employé organisait son emploi du temps comme il l'entendait et avait pour habitude, une ou deux fois par mois, de prendre des week-ends prolongés afin de résider dans son chalet valaisan.

H. Dans le cadre des débats principaux, le Tribunal a auditionné plusieurs témoins, essentiellement des employés, anciens et actuels, de la B_____ et des membres du comité de l'association.

En substance, plusieurs témoins ont indiqué ne pas avoir constaté de changements dans l'attitude et le comportement de A_____, pendant cette période liée à la découverte et l'annonce des anomalies dénoncées en 2004-2005 (témoins K_____, L_____, M_____, N_____). Par contre, divers témoins ont constaté que A_____ ressentait un mal-être, que son comportement s'était modifié et qu'il semblait atteint dans sa santé, notamment au moment de l'audit ordonné par la Ville de Genève en 2017 (témoins K_____, O_____, P_____, ex-épouse de A_____, Q_____, R_____). Sur cette situation, le témoin N_____ a précisé « qu'il était fâché au sujet de l'audit de la Ville de Genève, car il estimait qu'il aurait dû être fait sur le comité et non la direction de [l'établissement]. Suite à ces faits, il a commencé à se retirer du management et se sentir mal dans sa peau.» Le témoin S_____, ancien membre du comité de l'association, a relevé que A_____ avait très mal vécu l'audit ordonné par la Ville de Genève en 2017 qu'il avait constaté un changement brutal chez le directeur et que cette marque de défiance l'avait marqué dans sa santé. Le témoin a précisé que « le comité ne lui a pas mis la tête sous l'eau avec cet audit », ayant au contraire manifesté à l'endroit du directeur des signes d'apaisement en lui indiquant « qu'il ne devait pas s'en faire avec cet audit ». T_____, médecin, a indiqué suivre A_____ depuis novembre 2018, et avoir constaté un état dépressif sévère, qui aurait pu nécessiter une hospitalisation et considéré que cet état avait une relation de cause à effet avec son milieu de travail, son patient exprimant son incompréhension, son injustice et son tort moral.

S'agissant des relations entre le directeur et le comité, certains témoins ont relevé que, s'ils avaient compris qu'il pouvait y avoir des divergences entre le comité de l'association et le directeur, A_____ ne les informait pas ou peu de ces difficultés (témoins K_____, L_____, O_____, M_____) alors que d'autres

témoins ont été plus explicites sur ce caractère conflictuel, Q_____ indiquant que le directeur s'était plaint de ne pas avoir le soutien du comité, U_____ et P_____, respectivement épouse et ex-épouse de A_____, faisant état de menaces que le directeur avait reçues de son comité si les accusations de malversations ne cessaient pas ou si le directeur persistait à réclamer le paiement de ses vacances non prises. Ces deux mêmes témoins ont précisé que le comité ne souhaitait pas donner suite à la dénonciation des malversations constatées par la direction et que cette situation perturbait gravement le directeur.

Les témoins entendus se sont accordés à reconnaître, d'une façon générale, que A_____ était un dirigeant consciencieux, intègre, travailleur, très strict dans son travail (témoins P_____, U_____, K_____, L_____, S_____), muni d'une grande conscience professionnelle, avec toutefois peu d'aptitudes à déléguer ses tâches et faisant peu confiance à son entourage (témoins M_____ et R_____).

S'agissant de l'incapacité de travail qui a affecté A_____ en 2017, le témoin O_____ a précisé que seul le président de l'association lui avait demandé des nouvelles de l'état de santé du directeur, les autres membres du comité ne s'étant pas manifestés, mais uniquement enquis de la remise des certificats médicaux idoines. En 2017, alors qu'il était en arrêt maladie, le futur directeur de [l'établissement], N_____, avait approché A_____ sur son retour, mais le directeur n'entendait pas revenir occuper son poste tant que le comité n'aurait pas changé (« Il m'a dit que tant que ce comité était présent, il ne reviendra pas. Je lui ai répondu qu'il y avait deux membres qui avaient quitté le comité et que Monsieur V_____, le nouveau président, demandait souvent de ses nouvelles. Monsieur A_____ m'a répondu qu'il persistait dans sa réponse et qu'il ne reviendrait pas tant que ces membres du comité étaient présents »).

S'agissant des vacances, les témoins, anciens employés de [l'établissement], ont dans l'ensemble indiqué que, à leur souvenir, le directeur ne prenait pas de vacances (témoins L_____, O_____, P_____) ; d'autres témoins ont mentionné qu'il ne prenait que très peu de vacances (témoin M_____ qui a relevé que pendant toute la période durant laquelle il a travaillé, le directeur aurait pris 15 jours de vacances), ou encore ne pas se souvenir si le directeur avait pu prendre ses vacances (témoin N_____). Sur cette question, les anciens membres du comité, entendus en qualité de témoins, ont indiqué ne plus se souvenir si la question des vacances avait été évoquée devant le comité (témoins K_____ et S_____), le comité considérant en outre que, compte tenu de la position dirigeante de A_____, ce dernier devait s'organiser pour prendre ses congés (témoin S_____).

Enfin, s'agissant des absences du directeur, les témoins ont relevé que A_____ pouvait s'absenter en fin de semaine pour un week-end prolongé de trois jours, les témoins n'ayant pu toutefois identifier la fréquence de ces absences et ayant livré

des constatations non concordantes sur les heures de départ et de retour (témoins O_____, M_____, N_____, R_____).

I. Par jugement du 6 mars 2020, le Tribunal des prud'hommes a statué sur les prétentions formulées par A_____ et a tout d'abord retenu que les rapports de travail s'étaient terminés le 31 décembre 2018, situation qui n'est plus litigieuse devant la Juridiction d'appel. Sur le fond des réclamations, les premiers juges ont retenu une atteinte illicite à la protection de la personnalité de l'employé et condamné de ce chef l'employeur à une indemnité nette pour tort moral de 22'326 fr., correspondant à deux mois de salaire. En substance, le Tribunal a relevé que l'employeur était au courant de l'état de santé déficient de son employé qui s'était aggravé au fil des années et qui était lié à des « éléments problématiques dans la gouvernance de [l'établissement] » identifiés par le directeur. Etant informé à la fois des dysfonctionnements dénoncés par son directeur et de la dégradation de son état de santé, le Tribunal a fait le reproche au comité de n'avoir pris « aucune mesure concrète afin de garantir la protection de la personnalité de son employé ». Considérant que l'employeur avait ainsi engagé sa responsabilité, le Tribunal des prud'hommes l'a également condamné à payer la somme nette de 13'395 fr. 60 correspondant à la différence entre le salaire qu'aurait perçu l'employé et les indemnités journalières qui lui ont effectivement été dévolues pendant la période d'incapacité.

Le 13ème salaire *pro rata temporis* a été dénié à l'employé au motif qu'il était déjà compris dans les indemnités journalières versées par l'assurance perte de gain. La prétention tendant au paiement des vacances a été rejetée, le Tribunal ayant retenu, sur la base des témoignages recueillis à la procédure, que A_____ prenait des week-ends prolongés du jeudi au dimanche, même si les premiers juges ont admis que les témoignages n'étaient pas concordants sur les horaires de départ et de retour. Le Tribunal a ainsi considéré qu'un jour de congé par semaine, voire une demi-journée, compensait son droit aux vacances. Enfin, la prétention relative à l'indemnité pour perte de cotisations de prévoyance a été rejetée faute de fondement légal.

EN DROIT

1. **1.1** Dirigé contre une décision finale dont les dernières conclusions sont supérieures à 10'000 fr. et déposé dans le délai et la forme prévus par la loi, l'appel de A_____ est recevable (art. 308 et 311 CPC). L'appel joint de [l'Association] B_____ est également recevable, au sens de l'art. 313 CPC.

1.2 L'appelant principal sollicite « en tant que de besoin » la ré-audition de deux témoins entendus en première instance (L_____ et O_____). Selon l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer des preuves et cette hypothèse survient lorsque l'instance d'appel estime opportun de renouveler l'administration d'une

preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou faits nouveaux en application de l'art. 317 CPC. La partie appelante ne dispose pas d'un droit à la réouverture d'une procédure probatoire qui s'apprécie à la lumière des exigences de l'article 8 CC (fardeau de la preuve) et de l'article 29 al. 2 Cst (droit d'être entendu) lesquelles dispositions n'excluant pas une appréciation anticipée des preuves (Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., Nicolas JEANDIN, n°5 ad art. 316 CPC). En l'espèce, l'appelant principal sollicite la ré-audition de L_____ et O_____ aux motifs que leurs témoignages recueillis par les premiers juges, et ayant fait l'objet d'un procès-verbal signé par les desdits témoins, seraient incomplets sur la problématique du temps de travail de A_____ et des vacances qu'il aurait prises durant son activité.

Selon l'art. 176 al. 1 CPC, l'essentiel des dépositions du témoin est consigné au procès-verbal qui est lu ou remis pour lecture au témoin et signé par celui-ci. Le témoin peut, tout comme les parties, demander rectification d'une retranscription inexacte ou d'une dénaturation de ses propos et, en cas de refus du correctif proposé, refuser de signer. Les parties ont également la possibilité de protester, mais doivent en principe le faire sur le champ à peine de forclusion (application du principe de la bonne foi en procédure), contre une transcription inexacte, lacunaire ou tendancieuse des déclarations du témoin (Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., Philippe SCHWEIZER, n°10 et 12, ad art. 176 CPC). La juridiction d'appel n'a pas vocation à compléter la procédure de première instance et de permettre à une partie de se rattraper en souhaitant poser à un témoin, déjà entendu en première instance, des questions qu'elle était habilitée à poser lors de son interrogatoire en première instance.

Sur cette conclusion préalable et au regard de la solution retenue par la Chambre sur la problématique de l'indemnité vacances formulée par A_____, la juridiction d'appel considère qu'il n'est pas opportun de renouveler l'administration des preuves et de procéder à une nouvelle audition des témoins L_____ et O_____.

1.3 La partie intimée conclut à l'irrecevabilité des pièces nouvellement produites par l'appelant principal à l'appui de son appel du 22 avril 2020. Au terme de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte dans la procédure d'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et, s'il s'agit de faux novas, s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

La pièce 1 appelant est une déclaration non datée établie par A_____, intitulée « Semaine type de mes horaires à [l'établissement] B_____ » concernant

l'horaire de travail de l'intéressé. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un moyen de preuve, mais d'un allégué de fait venant compléter l'argumentaire déjà développé par l'appelant. La Chambre relève que A_____, assisté d'un conseil, a eu l'occasion d'exercer son droit d'être entendu en première instance, dans ses écritures et lors de son audition devant les premiers juges. L'appelant ne peut ainsi utiliser la procédure d'appel pour compléter ses allégués de faits à la lumière du jugement et la pièce 1 doit être déclarée irrecevable, faute de remplir les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC.

Les pièces 2, 4 et 5 appelant pouvaient assurément être produites lors de la procédure de première instance et l'appelant principal n'a pas démontré que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC étaient en l'espèce réalisées. Ces pièces nouvelles seront ainsi déclarées irrecevables, de même que la pièce 3 appelante qui se réfère à une déclaration complémentaire du témoin L_____, dont la partie appelante sollicite la ré-audition, qui est déniée par la juridiction d'appel.

2. La Chambre d'appel examinera successivement les prétentions invoquées par A_____ dans le cadre du présent litige en constatant que la date de la fin des rapports de travail, telle qu'admise par les premiers juges au 31 décembre 2018, n'est plus litigieuse et n'est pas remise en question dans le cadre de la procédure d'appel.

a) Atteinte à la personnalité:

2.1 En vertu de l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Selon l'art. 328 al. 2 CO, l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

L'obligation de l'employeur de protéger la santé de ses employés découle ainsi de l'art. 328 CO, de même que des règles de droit public qui s'appliquent selon le champ d'application respectif des lois concernées. Le stress et burn-out constituent un cas d'application de la protection de la personnalité du travailleur (Jean-Philippe DUNAND, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n° 30 ad art. 328 CO). Le stress, le surmenage et le burn-out sont des cas de trouble psycho-social qui entraîne souvent des dysfonctionnements physiques. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail qui peuvent résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une surcharge ou d'un manque de travail ou de conflits sur le lieu de travail (DUNAND, loc. cit., n°44 ad art. 328 CO). Selon la définition retenue par le SECO, le stress est un état fait de réactions

émotionnelles, cognitives, comportementales ou physiologiques aux effets néfastes et nocifs de la nature du travail, de son organisation et de son environnement (SECO, annexe de l'art. 2 OLT 3, p. 302-e). Le syndrome de burn-out est, quant à lui, une maladie qui se développe lentement et qui se caractérise par un épuisement professionnel, ainsi que par un phénomène de distanciation et de dépersonnalisation (SECO, annexe de l'art. 2 OLT 3, p. 302-f). Le burn-out peut déclencher une dépression ou, inversement, on peut faire remonter rétrospectivement l'origine d'une dépression dans un burn-out (arrêt du Tribunal fédéral du 13 septembre 2007 dans la cause 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, consid. 5.2). Ces phénomènes constituent des cas d'atteinte à la personnalité et à la santé des employés et peuvent ainsi être de nature à engager la responsabilité de l'employeur. Ce dernier doit ainsi organiser le travail de manière à ménager ses employés d'un stress inutile (DUNAND, loc. cit., n°45, ad art. 328 CO et les références citées).

S'agissant de la casuistique relative au stress ou burn-out avec effet sur la santé de l'employé, le Tribunal fédéral a ainsi confirmé un jugement cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant et délibéré d'acquisition de la clientèle mise sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des employés et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y étaient exposées. En l'espèce, l'employée soumise à ce système d'organisation s'était trouvée en incapacité de travail pour surmenage et avait souffert d'un syndrome dépressif grave qui justifiait une indemnité pour tort moral (arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 2005 dans la cause 4C_24/2005 consid. 7.2). Dans un arrêt postérieur du 7 mars 2013 (cause 4A_680/2012), la Cour suprême a nié la violation de la protection de la personnalité d'un travailleur exposé au stress et à une ambiance difficile au motif que l'employeur n'avait pas imposé un style de direction et des exigences sévères entraînant une pression excessive de nature à entraîner, selon l'expérience de la vie, une dégradation de la santé psychique d'une personne exposée à une telle situation ; le Tribunal fédéral a relevé que le statut de l'intéressé (chargé de diriger une équipe tout en étant assujetti à une hiérarchie) peut générer un stress et des tensions, mais a considéré que, quand bien même l'employé avait vécu douloureusement cette situation et avait alerté sa hiérarchie de la pression qu'il ne supportait plus, l'employeur ne pouvait en déduire que son employé était menacé dans sa santé et qu'il devait prendre des mesures de protection.

La violation des obligations prévue à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur pour réparer le préjudice subi, en application des art. 97 ss CO, et le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité du fait de son employeur peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO. Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie

par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation.

2.2 Il s'agit de déterminer si l'association a créé une atteinte illicite à la santé de A_____ et si une réparation de tort moral est fondée et justifiée. Pour asseoir sa décision, le Tribunal a considéré que les témoignages recueillis à la procédure rapportaient l'état de santé fragile et difficile de A_____. Se basant sur le dossier médical de ce dernier, le Tribunal a retenu que la dégradation de l'état de santé était liée à un environnement professionnel et considéré que les problèmes rencontrés par le directeur dans le cadre de son activité professionnelle avaient un impact sur sa santé. Et les premiers juges de retenir que l'association n'avait pris aucune mesure concrète afin de garantir la protection de la personnalité de son employé et s'était notamment abstenue de s'enquérir de son état de santé. L'employé avait ainsi subi une atteinte illicite à sa personnalité en raison du comportement fautif de son employeur et pouvait prétendre à la réparation d'un tort moral.

Pour les raisons exposées ci-après, cet argumentaire ne peut emporter la conviction de la Chambre de céans.

2.3 Entré en fonction au début de l'année 1997, A_____ a établi un rapport, en vue de la séance du comité de l'association du 8 juillet 2004, identifiant une série de dysfonctionnements dans la gestion de [l'établissement] et d'agissements délictuels imputables à l'ancien directeur parti depuis lors en retraite. Ce rapport visait notamment des agissements critiquables et illégaux de l'ancien directeur qui s'était ainsi octroyé des avantages indus, notamment une « rente mensuelle à vie » de 2'000 fr., avec la complaisance de certains membres du comité qui n'avaient pas exercé leur pouvoir de surveillance et dont la démission en bloc était demandée par l'auteur du rapport. Nanti de ce rapport lors de la séance du 8 juillet 2004, les membres du comité, à l'unanimité, ont décidé la suppression immédiate du versement mensuel à l'ancien directeur, en relevant que cette prestation n'avait pas de justification et péjorait les comptes de l'association. Lors de la même séance, il fut décidé de confier un audit à une fiduciaire, afin d'étudier « les points financiers du rapport A_____ » et fixer « les responsabilités des uns et des autres ». Le trésorier de l'association, W_____ se voyait chargé de mener à bien cette opération, en mandatant une fiduciaire dont le budget devait être déterminé. Également lors de la séance du 8 juillet 2004, les membres du comité ont décidé à l'unanimité de créer un groupe de pilotage chargé de soutenir le directeur et pouvant « intervenir rapidement en matière de structure et proposer des modifications de pratiques et de solutions au comité ». Trois membres du comité ont été désignés pour faire partie de ce groupe de pilotage.

2.4 Le 15 novembre 2004, le comité de l'association mandata la société [fiduciaire] F_____ SA, qui rendit ses constatations intitulées « Analyse du rapport du directeur sur les anomalies constatées à [l'Association] B_____ » en date du 2 mai 2005. L'audit relevait que la fiduciaire s'était adjoint les services d'un avocat dès lors que le rapport du directeur se référait à des comportements délictueux qu'il s'agissait de qualifier sur le plan pénal et nécessitaient ainsi des compétences que ne possédaient pas les auditeurs. L'analyse de F_____ SA identifiait notamment six dysfonctionnements ou anomalies, dont deux présentaient une connotation pénale, avec la précision qu'une dénonciation pénale ne paraissait pas nécessairement opportune au vu notamment du long écoulement de temps depuis la date de commission de ces infractions et des contraintes relatives au suivi de ce genre de procédure. D'une façon générale, le rapport d'audit indiquait qu'à la suite du rapport A_____, des mesures concrètes avaient été prises par le comité pour soutenir le directeur dans son organisation administrative, ainsi que pour remédier à certaines des carences relevées, notamment par la mise en place d'un comité de pilotage. Il était également constaté que les autres dysfonctionnements avaient été corrigés par les mesures prises depuis lors. Ayant pris connaissance de ce rapport d'audit, A_____ adressa au président du comité une virulente communication, qualifiant le rapport de « pantalonnade », dont les conclusions étaient, de son point de vue, minimalistes. A_____ réitérait les infractions pénales commises par l'ancienne direction, exigeait que le comité récupère les fonds indument versés et invitait les membres du comité à ne pas se représenter pour un prochain mandat.

2.5 S'agissant de la santé de A_____, ce dernier a bénéficié de deux certificats d'incapacité de travail établis par son médecin traitant, respectivement les 6 novembre 2002 et 10 juillet 2003, en raison de la situation psychologique de son patient, certificats d'incapacité de travail qui n'ont pas été communiqués à sa hiérarchie et qui n'ont pas été utilisés par A_____. Ces certificats médicaux ont pour la première fois été communiqués au comité lors de la séance du 6 juillet 2005 (respectivement deux et trois années après leur émission) et il fut alors demandé au directeur de les signaler à l'avenir sans retard à la présidence de l'association. Toujours au regard de l'état de santé de l'intéressé, les employés en fonction à l'époque, entendus en qualité de témoins dans la procédure, n'ont pas constaté de modifications dans le comportement de leur supérieur, notamment après la dénonciation des dysfonctionnements de l'ancienne direction (témoins K_____, L_____, M_____).

2.6 De 2005 jusqu'à l'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017, soit pendant plus de dix ans, l'activité de A_____ semble s'être déroulée sans difficulté, les parties s'accordant à reconnaître que [l'établissement] avait sensiblement été modifiée et reprise en mains, sous la supervision de A_____, qui avait mis en place de nouveaux systèmes de contrôle, établi de nouveaux contrats de travail pour les collaborateurs, révisé les conditions de travail au sein de l'association,

changé les logiciels de gestion hôtelière, de comptabilité, de salaire et de timbrage. Pendant cette période de travail s'étalant sur douze années, la procédure ne relève aucune pathologie particulière de A_____ ou atteinte à sa santé qui avait justifié une interruption de son activité ou dont il se serait plaint auprès de sa hiérarchie.

2.7 En 2017, la Ville de Genève, bailleresse de l'association, par la voix de conseillère administrative en charge du département des finances et du logement, a ordonné une revue de la comptabilité et de la gouvernance de l'association, en application des dispositions contractuelles du bail à ferme qui liait les parties. Cette revue fut confiée au Service du Contrôle Financier qui sollicita le concours de la direction de [l'établissement]. A_____ vécut très mal cet audit qui, de son point de vue, rouvrait les plaies d'injustice qui ne s'étaient pas cicatrisées depuis son rapport de 2004 dénonçant les agissements de l'ancienne direction et auxquels, de son point de vue, le comité n'avait pas apporté de réponse appropriée. Ainsi, quand bien même la revue portait sur l'exercice 2015, A_____, dans des communications des 24 mai, 28 mai et 5 juin 2017 adressées au directeur du contrôle financier, est largement revenu sur les irrégularités financières antérieures à sa prise de fonction qu'il avait dénoncé treize ans auparavant. Manifestement, il apparaissait que A_____ ne digérait pas le sentiment d'injustice qu'il nourrissait à l'égard de son prédécesseur et de certains membres du comité et réitérait le scandale des malversations qu'il avait identifiées dans son rapport de 2004. Dans les communications précitées, A_____ accusait fortement la Ville de Genève de laxisme pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires face aux malversations constatées treize années auparavant et indiquait très mal accepter cet audit, compte tenu de « la non-entrée en matière de la Ville de Genève sur les faits très graves que je lui ai rapportés en 2003-2004 ». De même, dans un courrier du 5 juin 2017 adressé au directeur du contrôle financier. A_____ mettait en cause son impartialité compte tenu de sa dépendance hiérarchique au conseil administratif et indiquait avoir l'intention de transmettre ces informations à la Cour des comptes.

Le 7 août 2017, la Ville de Genève, par la voix de sa conseillère administrative, rendit ses conclusions sur la revue de la comptabilité et de la gouvernance de l'association. En substance, quelques corrections comptables devaient être effectuées pour les comptes 2015 et 2016. Divers problèmes de gouvernance (tenue des séances plus régulières du comité, contrôle de l'organe de révision étendu à des zones à risques, risque d'étanchéité des comptes des différentes structures, indemnités en faveur des membres du comité) étaient identifiés et l'association était invitée à y remédier. A_____ a très mal vécu tant l'audit ordonné par la Ville de Genève que ses conclusions. Il a rédigé à l'attention du comité de l'association, de la conseillère administrative et du responsable du contrôle financier, un mémo – qui ne fut finalement pas adressé aux destinataires

– très critique, voire virulent, à l'encontre du comité et de l'édile municipal, menaçant de dévoiler ce scandale à la presse.

2.8 Le rapport d'audit de la Ville de Genève, que A_____ a très mal vécu, a eu un impact sur son état de santé et les employés et membres du comité alors en activité ont témoigné de la dégradation de son état de santé à cette époque (témoins U_____, K_____, O_____, S_____, N_____, R_____). Le 21 août 2017, le médecin traitant de A_____ délivra un certificat médical valant arrêt de travail pour une durée indéterminée, qui s'est prolongé jusqu'au 31 juillet 2018. Pendant sa maladie, les membres du comité ne se sont pas intéressés à l'état de santé de leur directeur, seul le président de l'association s'enquérant de la santé de A_____.

2.9 Le rapport de la Ville de Genève n'a nullement altéré la confiance que le comité plaçait dans son directeur, qui était satisfait du travail réalisé par A_____, qui dépassait les espérances du comité (témoin S_____). A_____ s'investissait beaucoup dans son travail, les témoins entendus à la procédure ayant indiqué qu'il « s'occupait de tout » (témoin K_____) et « ne déléguait pas ses tâches » (témoin R_____) et « n'avait confiance en personne d'autre que lui » (témoin M_____).

2.10 On ne voit pas dans ces événements une atteinte illicite à la personnalité de A_____. Il ressort de la procédure que A_____ a nourri un important sentiment d'injustice à l'encontre des membres du comité et de la Ville de Genève qui n'ont pas su apporter le traitement approprié à son rapport de 2004 qui dénonçait des dysfonctionnements et malversations de l'ancien directeur. En particulier, A_____ n'a pas compris que le comité n'entreprenne pas les actions judiciaires adéquates pour sanctionner ces faits et récupérer les sommes indument reçues. C'est oublier que, nanti de ce rapport dénonçant des dysfonctionnements et anomalies, le comité a, de façon adéquate, mis en œuvre un audit externe qui s'est adjoint les services d'une étude d'avocat pour examiner la matérialité des faits qui pouvaient relever du domaine pénal. Dans son rapport d'audit, l'expert externe a identifié diverses anomalies, suggéré des modifications dans la gouvernance, constaté que divers dysfonctionnements avaient pris fin et indiqué les raisons pour lesquelles il n'apparaissait pas judicieux d'entreprendre une action pénale. Ces conclusions n'étaient sans doute pas à l'aune des attentes de A_____, qui avait travaillé intensément pour identifier des anomalies ou malversations, mais la Chambre des prud'hommes considère qu'aucune circonstance ne justifiait que le comité s'écartât des constations ainsi transmises par l'expert qu'il avait mis en œuvre.

L'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017 a ravivé des plaies non fermées et a été interprété par A_____ comme une grave offense à son endroit. La virulence des communications adressées au représentant du contrôle financier, l'acharnement vouloir rouvrir les anomalies dénoncées treize années plus tôt, la

défiance affichée tant envers les membres du comité (pourtant modifiés depuis 2004) que la Ville de Genève, qui se voit accusée de négligences graves, voire de collusion, témoignent de la frustration éprouvée par A_____ face à cette revue de comptabilité et de gouvernance pourtant prévue dans le contrat de bail à ferme conclu avec Ville de Genève. L'appelant semble oublier que, nonobstant cet audit, le comité a continué à lui témoigner sa confiance, lui indiquant que cet audit n'avait aucun impact sur la relation de confiance qu'elle éprouvait envers son directeur. En dépit de ce témoignage de confiance, A_____, dont la santé semblait déjà déficiente, a été fortement éprouvé par cette situation, à tel point qu'il a conçu des idées suicidaires qui ont conduit son médecin à délivrer un certificat d'incapacité totale de travail.

Ainsi, la Chambre de céans considère qu'on ne peut reprocher à l'employeur l'absence de mesures pour prévenir la dégradation de l'état de santé de son directeur. Certes, le comité de l'association savait, depuis juillet 2005, que A_____ avait été atteint dans sa santé en 2002 et 2003 au bénéfice de certificats qui n'ont pas été communiqués à l'employeur et qui n'ont été utilisés par l'intéressé aux périodes concernées. Le comité avait alors sollicité que tout nouvel arrêt de travail de son directeur lui soit communiqué. Il ressort de la procédure que, depuis cette demande de l'employeur (juillet 2005) jusqu'au printemps 2017, aucune interruption d'activité professionnelle de A_____ n'a été communiquée et qu'aucune plainte concernant un état de santé fragilisé ou déficient n'a été effectuée à la hiérarchie, le débat ayant montré que les relations s'étaient déroulées sans difficulté, A_____ œuvrant à la modernisation de [l'établissement] et ses employeurs se félicitant de l'activité de son directeur et des résultats obtenus, ceci en dépit de quelques tensions inhérentes à cette activité managériale. Face à cette situation, on ne voit pas les mesures qu'aurait dû prendre le comité pour prévenir la dégradation d'un état de santé sur lequel elle ne disposait d'aucune information. Les premiers juges se sont mépris sur la situation de santé de l'appelant dont la procédure a démontré qu'elle s'était dégradée en 2017 à l'occasion de l'audit ordonnée par la Ville de Genève et vécu par A_____ comme une profonde injustice. C'est cette situation qui a suscité une modification du comportement du directeur, qui a été constaté, contrairement à l'épisode antérieur de 2005, par les employés de [l'établissement] et par le comité et qui a abouti, à la fin août 2017, à une incapacité de travail constatée par un certificat médical. En résumé, à l'instar de la jurisprudence précitée (arrêt 4A_680/2012), faute d'alerte et de plaintes concernant la situation de santé du directeur, le comité ne peut se voir reproché d'avoir omis de prendre les mesures nécessaires pour prévenir cette situation. Certes, durant la période de maladie, les membres du comité, à l'exception du président, ne se sont pas manifestés auprès de A_____ pour s'enquérir de son état de santé. Cette situation ne saurait toutefois être constitutive d'une atteinte à la personnalité de l'employé et on ne peut considérer qu'un employeur qui, pour diverses raisons, s'abstient de prendre des nouvelles de

son employé durant une période de maladie, porte derechef une atteinte illicite à la protection de la personnalité de son subordonné.

La Chambre d'appel considère en outre que le comité de l'association a pris les mesures appropriées face aux dénonciations du directeur concernant les dysfonctionnements de [l'établissement] (i) en sollicitant un rapport d'audit en 2004 sur les malversations constatées par le directeur, (ii) en prenant les mesures appropriées sur la base des recommandations de l'expert neutre mandaté à cet égard, (iii) en soutenant son directeur dans le cadre du rapport d'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017. La Chambre des prud'hommes considère ainsi qu'on ne peut reprocher à l'association une atteinte illicite à la personnalité de son employé. Les conditions de l'octroi d'une indemnité pour tort moral, au sens de l'art. 49 CO, ne sont ainsi pas réalisées et le jugement sera réformé sur ce point.

En vertu du même raisonnement, la réparation du préjudice réclamée par l'employé (différence entre le salaire qui aurait été perçu et les indemnités journalières réellement allouées pendant la période de maladie) ne sera pas accueillie faute de responsabilité contractuelle de l'employeur. Le jugement sera également réformé sur ce point.

b) Les vacances:

3. **3.1** Selon l'art. 329a CO, l'employé accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Les vacances sont définies comme « le droit du travailleur à une période d'interruption de travail prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire, dont la durée et les dates sont déterminées à l'avance, durant laquelle le travailleur doit pouvoir effectivement se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année et pendant laquelle il dispose d'un libre choix de son emploi du temps » (Eric CEROTTINI, Le droit aux vacances, Lausanne 2001, p. 80). Le but des vacances est ainsi de permettre au travailleur de se reposer et de se détendre et, par ce moyen, de retrouver sa forme physique et psychique. Le droit aux vacances est essentiellement une émanation du devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (Eric CEROTTINI in Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n°2, ad art. 329a CO). L'art. 329b al. 1 et 2 CO prévoient la réduction de la durée des vacances d'1/12ème par mois complet d'absence, après un délai de grâce d'un mois, au cours d'une année de service, pour autant que la durée d'empêchement ait été provoquée sans faute de la part de l'employé.

C'est à l'employeur qu'il appartient de fixer et d'octroyer les vacances et non au travailleur de les demander, respectivement de les prendre. L'employeur doit donc s'inquiéter de la prise effective de la totalité du droit aux vacances pendant l'exercice-vacances concerné (ATF 130 III 19 ; arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 1999 dans la cause 4C_230/1999). De même, selon la jurisprudence,

il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a effectivement bénéficié en nature des jours de vacances auquel ce dernier a droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JT 2003 I 606 ; arrêt du Tribunal fédéral du 12 février 2002 dans la cause 4C_57/2001 ; arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 2006 dans la cause 4C_291/1995). Enfin, selon la doctrine majoritaire, le droit aux vacances obéit à un délai de prescription de cinq ans dès la date d'exigibilité, en application de l'art. 128 ch. 3 CO par renvoi de l'art. 341 al. 2 CO (CEROTTINI, loc. cit., p. 340 ; Philippe CARUSO, Le contrat individuel de travail, n°10, ad art. 329d CO ; Rémi WYLER/Boris HEINZER, Droit du travail, 4ème éd., p. 515 ; contra BUHLER/WAEBER/BRUCHIEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n°8, ad art. 329c CO) ; le Tribunal fédéral s'est rallié à la doctrine majoritaire et a expressément tranché en faveur du délai de prescription uniforme de cinq ans (arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2009 dans la cause 4A_333/2009).

3.2 La requête de conciliation ayant été déposée le 25 juin 2018, le droit aux vacances afférent aux années 2008 à 2012, réclamé par l'appelant, est ainsi prescrit au sens de l'art. 128 al. 3 CO. Ainsi, seules les vacances pour les années de 2013 à 2018 ne sont pas frappées de prescription.

3.3 Les premiers juges ont rejeté la réclamation relative aux vacances prises pendant la période précitée, au motif que les témoins entendus dans la procédure auraient indiqué que le directeur bénéficiait de week-ends prolongés, du jeudi au dimanche, sans s'accorder toutefois sur la fréquence de ces congés et sur les horaires de départ de [l'établissement] et les horaires de retour, les témoignages étant confus et contradictoires à cet égard. Considérant que les jours de vacances ne pouvaient être établis avec certitude, le Tribunal a fait application de l'art. 42 al. 2 CO et a déterminé les vacances « en considération du cours ordinaire des choses », en considérant que, en plus de ses jours de congé hebdomadaires, A_____ avait bénéficié d'un jour complet de vacances par semaine et que son droit aux vacances, à concurrence de cinq semaines par année, avait ainsi été épuisé.

Cet argumentaire ne convainc pas. Tout d'abord, les témoins entendus à la procédure se sont accordés à reconnaître que A_____ n'avait pas pris de vacances pendant la période concernée, ou en tout cas ne se souvenaient plus qu'il ait pu bénéficier de vacances (témoins U_____, O_____, M_____, N_____, R_____, L_____ certes pour une période antérieure à la période concernée).

Il ressort en outre des déclarations de ces mêmes témoins que, de façon épisodique et non régulière, il arrivait au directeur de quitter [l'établissement] le jeudi en fin d'après-midi pour un retour le dimanche à [l'établissement]. Ces absences n'étaient pas régulières (« quelques fois », « certaines fois »). On ne peut donc déduire de ces témoignages que A_____ prenait chaque semaine un jour de

congé, en sus de son congé hebdomadaire, compte tenu de l'irrégularité de ces absences.

La Chambre des prud'hommes constate que la question des vacances était récurrente. A_____ avait présenté une première réclamation qui fut mise à l'ordre du jour de la séance du comité du 6 juillet 2005, dans laquelle il exposait que l'intensité de son travail l'avait empêché de prendre ses vacances. Ce point de l'ordre du jour fut retiré lors de la séance. Une année plus tard, par une communication du 10 mai 2006 adressée au président du comité, A_____ réitéra sa prétention tendant au versement d'une compensation pour les vacances non prises. Informé de cette problématique, il appartenait alors au comité de s'assurer que les vacances du directeur de [l'établissement] fussent prises, cette obligation étant d'autant plus concrète que, lors de la séance du comité tenue en juillet 2005, les membres du comité ont été informés des problèmes de santé rencontrés par leur directeur, auquel il fut demandé de signaler dorénavant ses incapacités de travail à la présidence de l'association. Eu égard à ces problèmes de santé, il appartenait au comité de veiller à la prise de vacances effectives qui, nonobstant la tâche de travail importante, devait permettre au directeur de bénéficier d'un repos psychique et physique et ceci même si des problèmes de santé n'ont pas ultérieurement été invoqués par l'intéressé. L'association ne peut se retrancher derrière une autonomie dans l'organisation du travail du directeur. Même s'il est reconnu que A_____ bénéficiait d'une indépendance dans l'organisation et la gestion de [l'établissement], il rapportait néanmoins au comité qui suivait et supervisait les questions relatives à la gestion et à l'organisation de [l'établissement], comme en témoigne les procès-verbaux de séances du comité. Il appartenait ainsi au comité, même si ses membres ne travaillaient pas à [l'établissement], de s'assurer de la prise effective des vacances par son subordonné et de ne pas évacuer la problématique en invoquant une autonomie dans l'organisation du travail de l'intéressé. N'ayant pu prendre ses congés pendant la période de 2013 à 2018, A_____ a ainsi droit à une indemnité pour vacances non prises pendant cette période.

3.4 Cette indemnité sera calculée selon la méthode de calcul admise par la doctrine majoritaire et la Cour de céans, prenant en considération (i) le nombre de mois dans la période de référence, (ii) le nombre de semaines de vacances par année civile, (iii) le nombre de jours de travail par semaine, (iv) le nombre de semaines de vacances dont a effectivement bénéficié le travailleur, (v) le salaire annuel pour la période concernée. La Chambre d'appel retiendra que A_____ prenait, en tout cas une fois par mois, des week-ends prolongés afin de se rendre en Valais, ce qui représente une moyenne de 1,5 jour de congé par mois, soit 18 jours de vacances par année (1,5 x 12). Pour les années 2013 à 2016, durant lesquelles A_____ a travaillé de façon complète, l'indemnité de vacances se calcule ainsi comme suit :

- 2013 : (12 x 5 : 12 – 3.6) x (5 : 52 – 5 + 1) x 136'422.- : 52 = 4'076 fr. 92

- 2014 : (12 x 5 : 12 – 3.6) x (5 : 52 – 5 + 1) x 139'672.- : 52 = 4'174 fr. 04

- 2015 : (12 x 5 : 12 – 3.6) x (5 : 52 – 5 + 1) x 140'322.- : 52 = 4'193 fr. 47

- 2016 : (12 x 5 : 12 – 3.6) x (5 : 52 -5 + 1) x 143'000.- : 52 = 4'273 fr. 50

Pour l'année 2017, A_____ a été absent pour cause de maladie les mois de septembre à décembre, soit quatre mois. En tenant compte d'un mois de grâce, son droit aux vacances pour l'année 2017 doit ainsi être réduit de 3/12ème, soit 6.25 jours (25 x 3/12ème). Son droit aux vacances en 2017 est par conséquent arrêté à 18.75 jours (25 – 6.25). Il n'est pas ressorti des enquêtes et des débats que, pendant la période 2017, durant laquelle l'audit de la Ville de Genève a été ordonné, A_____ ait pu prendre ses congés en Valais comme les années précédentes. L'indemnité vacances pour l'année 2017 se calcule ainsi comme suit : 2017 : (12 x 3.75 : 52 – 3.75) x 143'000 fr. : 12 = 11'440 fr.

Enfin, pour l'année 2018, A_____ a été absent durant toute la période de l'année. En tenant compte d'un mois de grâce, son droit aux vacances est ainsi arrêté à 2.08 jours, compte tenu d'une réduction de 11/12ème (25 x 11/12ème = 22.92). L'indemnité vacances pour l'année 2018 se calcule donc comme suit : 2018 : (12 x 0.42 : 52 – 0.42) x 143'000 fr. : 12 = 1'430 fr.

Au total, c'est un montant de 29'587 fr. 93 auquel peut prétendre l'appelant au titre d'indemnité pour vacances non prises, pour la période de 2013 à 2018. Le jugement du Tribunal sera également réformé sur ce point.

c) Prétention relative au 13ème salaire:

4. L'appelant invoque une prétention en paiement de 11'163 fr. à titre *pro rata temporis de* son 13ème salaire. Cette prétention lui a été déniée par le Tribunal au motif qu'il ressortait de la police d'assurance perte de gain de C_____ que A_____ avait perçu des indemnités journalières couvrant 80% du salaire soumis à AVS, y compris le 13ème salaire. Les premiers juges ont ainsi considéré que le 13ème salaire était couvert par les indemnités journalières d'assurance reçues par l'intéressé. A l'appui de son appel, A_____ indique que le 13ème salaire n'aurait pas été couvert par les indemnités reçues de l'assurance perte de gain, l'employeur ayant omis d'inclure cette rétribution. Comme l'ont relevé justement les premiers juges, cette allégation n'a été aucunement prouvée et les pièces (irrecevables) produites par l'appelant à l'appui de son appel n'apportent aucun éclairage à cet égard. De plus, en cas de conclusion d'une assurance perte de gain, au sens de l'art. 324a al. 4 CO, l'assureur est substitué à l'employeur et l'art. 87 LCA confère à l'assuré un droit propre qu'il peut faire valoir contre l'assureur. Comme l'a judicieusement retenu le Tribunal, l'employeur n'a pas la qualité pour agir à

l'encontre de l'assurance s'agissant des prestations versées en cas d'incapacité de travail et la réclamation doit être formulée par A_____ à l'encontre de [l'assureur] C_____, dans l'hypothèse, non établi aux débats, où le 13ème salaire n'aurait pas été inclus dans les revenus déterminants. Le jugement sera confirmé sur ce point.

d) Indemnité pour perte de prévoyance :

5. **5.1** Invoquant l'application de l'art. 339b al. 1 CO, l'appelant conclut à une indemnité pour perte de prévoyance, au motif que le comportement fautif de son employeur, impliquant une invalidité reconnue à 100%, l'empêche de cotiser au titre de la prévoyance sociale jusqu'à l'âge de la retraite et qu'il subit donc une perte de cotisations dont il réclame réparation à son employeur, sur la base de l'art. 339b al. 1 CO. Il chiffre son dommage à 63'774 fr.

Les premiers juges ont rejeté cette prétention au motif que cette disposition légale ne trouvait pas application au cas d'espèce.

5.2 La motivation de l'appelant, sur ce plan de sa réclamation, souffre d'une pauvreté criante et la recevabilité d'une telle conclusion est dès lors douteuse. En tout état, la décision des premiers juges doit être sur ce point confirmée, une application de l'art. 339b al. 1 CO ne pouvant asseoir la prétention de l'appelant. L'indemnité de départ visée par l'art. 339b CO vise à combler des lacunes en matière de prévoyance professionnelle, survivants et invalidité, lorsque le travailleur reçoit une prestation insuffisante d'une institution de prévoyance. Or, le but de prévoyance visé par l'art. 339b CO est réalisé lorsque les contributions versées par l'employeur à l'institut de prévoyance, durant les rapports de travail, atteignent le montant fixé selon l'art. 339c al. 2 CO, qui est au maximum de huit mois de salaire. Dans une telle hypothèse devenue aujourd'hui la règle, l'employeur est dispensé du paiement de l'indemnité. Certes, l'art. 339b CO n'a pas été abrogé à l'entrée de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, mais son champ d'application s'en est trouvé fortement restreint et ces dispositions ne concernent désormais plus que les rares cas d'employés à temps partiel, à faible revenus qui travailleraient pendant une longue durée pour leur employeur sans être affiliés à une institution de prévoyance professionnelle (Gabriel AUBERT, Commentaire romand du Code des obligations, n°3 et 4 ad art. 339b CO).

A_____ ne peut donc se mettre au bénéfice de cette disposition légale. La période d'emploi s'est étalée sur vingt années durant lesquelles les cotisations ont été payées et le but de prévoyance visé par l'art. 339b CO a donc été rempli.

A_____ n'est donc pas fondé à solliciter une indemnité à raison des longs rapports de travail et une application « par analogie » de l'art. 339b CO ne peut être retenue en l'espèce. Sur ce point également le jugement sera confirmé.

e) Frais :

6. L'appel joint de l'intimée est partiellement accueilli. Cet appel n'a pas été soumis à émolument. L'appel principal de l'appelant est également partiellement accueilli. Cet appel a fait l'objet d'un élément au montant de 1'500 fr. qui doit être supporté par moitié par chacune des deux parties.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 2 :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ à l'encontre du jugement JTPH/87/2020 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 6 mars 2020, dans la cause C/17604/2018.

Déclare recevable l'appel joint interjeté par ASSOCIATION B_____ à l'encontre dudit jugement.

Déclare irrecevable les pièces nouvelles produites par l'appelant principal.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Condamne l'ASSOCIATION B_____ à verser à A_____ la somme brute de 29'587 fr. 93 à titre d'indemnité pour vacances non prises, avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2019.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais:

Condamne l'ASSOCIATION B_____ à rembourser à A_____ la somme de 750 fr. correspondant à la moitié de l'émolument d'appel.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Guy STANISLAS, président; Madame Fiona MAC PHAIL, Monsieur Kasum VELII, juges; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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

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

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