



Monsieur
T____
Dom. élu : Me Ninon PULVER
Route de Florissant 64
1206 Genève

E____
Dom. élu : Me Philippe MÜLLER
Rue Bellot 6
1206 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 14 décembre 2010

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Yves GLAUSER, juges employeurs

MM. Giampaolo BARONCINI et Stéphane WALLIMANN, juges salariés

M Pierre-Alain STÄHLI, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 30 juin 2010, T___ appelle du jugement rendu par le Tribunal de ladite juridiction le 27 mai 2010 et expédié pour notification par pli recommandé du 28 mai 2010.

Selon le dispositif de ce jugement, le Tribunal a déclaré recevable la demande formée le 4 septembre 2009 par T___ contre E___ (ci-après E___) (ch. 1), a débouté celui-là des fins de sa demande (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

T___ conclut, principalement, à l'annulation du jugement entrepris. Cela fait, il conclut à ce que la nullité du congé du 17 mars 2009 soit constatée, à ce que E___ soit condamnée à verser 1'600 fr. à titre d'indemnité pour vacances non prises, 3'547 fr. 50 à titre d'indemnité pour les heures supplémentaires et 400 fr. à titre d'indemnité pour la prime 2009 et à ce qu'il soit ordonné à E___ de produire un certificat de travail conforme à l'art. 330a al.1 CO. Si mieux n'aime la Cour, il conclut à ce qu'il soit constaté que le congé est abusif, à ce que E___ soit condamnée à verser le montant de 14'400 fr. à titre d'indemnité pour congé abusif, ainsi que les sommes de 1'600 fr. à titre d'indemnité pour les vacances, 3'547 fr. 50 à titre d'indemnité pour les heures supplémentaires, 400 fr. à titre d'indemnité pour la prime 2009 et à ce qu'il soit ordonné à E___ de produire un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO. Préalablement, il sollicite la réouverture des enquêtes et l'audition de neuf nouveaux témoins.

A l'appui de son appel, T___ produit un bordereau de pièces contenant notamment une liste des heures supplémentaires qu'il allègue avoir effectuées entre 2006 et 2007, ainsi qu'un constat médical du 18 juin 2010 dans lequel son médecin de famille atteste qu'il souffrirait d' « *une tendinite aiguë du muscle épineux de l'épaule gauche ainsi que d'un lumbago* » constatés à l'occasion de la consultation du 17 mars 2009.

Par mémoire déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 août 2010, E___ s'oppose à l'appel d'T___, notamment en tant que ce dernier fait valoir de nouvelles prétentions, et conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de dépens, lesquels comprendront une indemnité équitable valant participation à ses honoraires d'avocat.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Par lettre d'engagement du 2 juillet 1998, T___ a été engagé par E___ en qualité de chauffeur-livreur à partir du 3 juillet 1998.

Le contrat prévoyait un salaire mensuel calculé « *sur la base de 4'000 fr* ».

T___ a travaillé à temps partiel jusqu'au 31 août 1998 puis, dès cette date, à temps complet.

b. Son dernier salaire mensuel brut s'est monté à 4'800 fr., versé treize fois l'an. Il a également reçu une prime de 600 fr. pour l'année 2007 et de 400 fr. pour l'année 2008.

c. Un entretien a eu lieu le 17 mars 2009 entre T___ et A___, administrateur de E___. Lors de cette réunion, E___ soutient avoir signifié à l'employé son licenciement pour le 30 juin 2009, ce que ce dernier conteste.

d. Par courrier recommandé du 17 mars 2009, E___ a informé T___ de son licenciement pour le 30 juin 2009, tout en le libérant de son obligation de travailler dès le 1^{er} avril 2009.

Ce courrier a été retourné à l'employeur avec la mention « *non réclamé* ».

e. Le 18 mars 2009, T___ a fait parvenir un certificat médical daté du 17 mars 2009 attestant d'une incapacité totale de travail dès cette date pour cause de maladie.

f. Par courrier recommandé du 19 mars 2009 ainsi que sous pli simple du même jour, E___ a rappelé à son employé qu'il avait travaillé durant toute la journée du 17 mars 2009 sans émettre la moindre réserve et que, dès lors, il ne saurait se prévaloir d'une incapacité de travail débutant le même jour. Elle lui a également répété lui avoir notifié son licenciement par oral à l'issue de l'entretien du 17 mars 2009. Durant cette entrevue, elle lui avait reproché son mauvais comportement récurrent et ce, malgré de nombreux avertissements. Elle l'invitait enfin à consulter le médecin-conseil de l'Union des Associations Patronales Genevoises (ci-après UAPG) pour que celui-ci se prononce sur la nature et la durée de son incapacité de travail.

Le courrier recommandé a également été retourné à l'employeur avec la mention « *non réclamé* ».

g. Par lettre du 24 mars 2009, le médecin-conseil de l'UAPG a convoqué T___ pour une consultation fixée au 30 mars 2009.

h. Par courrier du 2 avril 2009 adressé à E___, T___ a indiqué qu'il n'avait pas compris avoir été licencié à l'issue de l'entretien du 17 mars 2009. Il demandait par conséquent une confirmation de son licenciement tout en qualifiant celui-ci d'abusif au sens de l'art. 336 CO.

E___ a répondu le 17 avril 2009. Elle a soutenu que son employé avait parfaitement compris la teneur de l'entretien du 17 mars 2009 puisqu'il s'était justement empressé de se procurer un certificat médical faisant état d'une incapacité de travail débutant le même jour. Elle a également contesté le caractère abusif du licenciement.

i. Par courrier du 14 mai 2009, T___ a signifié à E___ qu'il considérait son licenciement comme entaché de nullité. Il s'estimait toujours employé de la société et rappelait être en incapacité de travail depuis le 17 mars 2009.

E___ a répondu le 26 mai 2009 et a notamment déclaré confirmer la teneur de sa lettre du 17 avril 2009.

j. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 4 septembre 2009, T___ a demandé, principalement, à ce que la nullité du congé soit constatée et, subsidiairement, à ce qu'il soit dit que le congé était abusif. A ce titre, il a assigné E___ en paiement de la somme de 31'200 fr. à titre d'indemnité.

Il a indiqué que son licenciement lui avait été signifié le 19 mars 2009, alors qu'il se trouvait en incapacité de travail totale depuis le 17 mars 2009. Partant, son congé était frappé de nullité. Par ailleurs, il a également soulevé l'existence d'un congé-représailles puisqu'il avait été licencié suite à diverses prétentions émises à l'égard de son employeur en février 2009, notamment concernant ses vacances, ses primes de fin d'année et ses frais de téléphone mobile.

k. Par télécopie du 23 septembre 2009 adressée à T___, E___ a relevé que la période de protection accordée en cas d'incapacité de travail par l'art. 336c al. 1 let. b CO était arrivée à échéance. Elle lui confirmait par conséquent son licenciement pour le 31 décembre 2009.

l. Par mémoire de réponse du 9 novembre 2009, E___ a conclu au déboutement d'T___.

Elle a exposé avoir reçu de nombreuses plaintes de clients mécontents de l'attitude agressive et arrogante de l'employé à leur égard lors des livraisons. Par ailleurs, ce dernier ne respectait pas les trajets usuels de livraison et utilisait le véhicule de la société pour ses besoins personnels. C'était suite à ce comportement, et après l'avoir averti de nombreuses fois sans succès, qu'elle l'avait convoqué le 17 mars 2009, à l'issue de sa journée de travail, pour lui signifier son congé pour le 30 juin 2009. L'employé avait quitté l'entretien furieux et avait transmis le lendemain un certificat médical attestant d'une incapacité totale de travail dès le 17 mars 2009, alors qu'il avait pourtant travaillé normalement durant toute cette journée.

Elle a également précisé avoir respecté l'ensemble de ses engagements contractuels à l'égard de son employé s'agissant des vacances et du versement des salaires. Par ailleurs, l'employé n'utilisait pas son téléphone portable personnel dans le cadre de ses activités professionnelles. Par conséquent, elle contestait que celui-ci ait élevé la moindre prétention concernant son contrat de travail et, partant, l'existence d'un congé-représailles.

m. Le 7 décembre 2009, T___ a produit un chargé de pièces complémentaire contenant diverses pièces en relation avec ses prétentions, notamment son décompte de salaire du mois de décembre 2008, des attestations de primes de fin d'année pour les années 2007 et 2008, un décompte de ses vacances de 2004 à 2007 établi par son employeur ainsi que la correspondance entre les parties au sujet desdites vacances.

n. A l'audience de comparution personnelle du 20 janvier 2010, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

T___ a confirmé avoir été engagé par E___ à partir de 1998 et avoir d'abord travaillé à mi-temps puis, dès le mois de septembre 1998, à temps complet. Ses journées de travail débutaient à 7h00 pour se finir à 15h00, voire 15h30. Il devait également travailler deux samedis par mois. Il avait été licencié une première fois au mois de mai 2001 mais avait été réengagé deux jours plus tard. Le 17 mars 2009, il se sentait très fatigué mais s'était néanmoins présenté au travail à 5h30. Il avait travaillé selon son horaire habituel puis, vers 14h00, s'était rendu dans le bureau de A___ afin d'obtenir les raisons de la suppression de sa prime de fin d'année, de son treizième salaire ainsi que d'une semaine de vacances sensée compenser les samedis où il avait travaillé. Lors de cet entretien, lequel s'était déroulé sans témoins, A___ n'avait pas répondu à ses questions mais lui avait fait des reproches s'agissant de son travail et de son comportement. Il avait quitté l'entretien furieux et avait ensuite informé A___ du fait qu'il se sentait mal et qu'« *il ne savait pas*

où il allait ». A la fin de sa journée de travail, soit vers 14h30, il était rentré chez lui puis s'était rendu chez son médecin de famille, lequel l'avait mis en arrêt de travail en l'enjoignant de se rendre à l'hôpital pour y subir un examen radiologique. Le 18 mars 2009, son épouse avait appelé la société pour l'informer de l'incapacité de travail de son mari et était venue ensuite déposer le certificat médical. Par ailleurs, il soutenait n'avoir jamais reçu la moindre de lettre de licenciement.

Il s'était rendu à la consultation du médecin-conseil de son employeur en date du 7 avril 2009 mais n'avait pas reçu son rapport. A l'heure actuelle, il était toujours en incapacité de travail

E___, comparant par A___, a expliqué avoir licencié une première fois le 4 mai 2001 T___ en raison des relations conflictuelles entre celui-ci et ses collègues ainsi que les clients de la société. Elle avait cependant décidé de lui donner une nouvelle chance et l'avait réengagé. Jusqu'en 2006, les samedis travaillés avaient été compensés par des jours de vacances en plus, ce qui avait permis à l'employé de bénéficier annuellement d'environ huit semaines de vacances. Depuis 2006, les samedis travaillés devaient être récupérés la semaine suivante, réduisant les vacances de l'employé à quatre semaines par an. En 2007, suite aux réclamations de l'employé s'agissant des samedis à compenser, elle lui avait octroyé à bien plaisir des vacances pour 2008. Au mois de novembre 2008, celui-ci avait émis le souhait de prendre deux semaines de congé. Comme son solde de vacances n'était plus que d'une semaine, elle avait déduit une semaine de vacances sur son salaire, ce qu'il avait accepté.

Le 17 mars 2009, T___ s'était rendu dans les bureaux de l'administrateur pour se plaindre de nombreuses petites choses qui lui avaient d'ailleurs déjà été expliquées par le passé. Lors de cet entretien, A___ lui avait effectivement reproché la qualité de son travail et lui avait fait part des critiques des clients de la société à son encontre. L'administrateur avait conclu l'entretien en annonçant à l'employé son intention de le licencier tout en lui disant qu'il recevrait formellement sa lettre de licenciement le lendemain par pli recommandé, avec la précision qu'il était libéré de son obligation de travailler dès le 1^{er} avril 2008 [*recte* : 2009] et qu'il lui était accordé un préavis de congé de trois mois. L'employé avait quitté le bureau en avertissant qu'il ne viendrait pas travailler le lendemain car il serait malade. L'administrateur avait rédigé la lettre de licenciement le jour même. Ce courrier recommandé n'avait pas été retiré par l'employé. L'épouse de ce dernier avait appelé la société le 18 mars 2009 pour signifier l'absence de son mari et lui avait

remis en main propre un certificat médical. Le médecin-conseil de l'UAPG avait confirmé l'incapacité de travail.

o. Lors de l'audience du 4 mars 2010, six témoins ont été entendus.

C___, chauffeur, a déclaré avoir travaillé pour E___ de 2002 à janvier 2007. Les chauffeurs travaillaient de 5h00 à 14h45, cinq jours par semaine et un samedi sur deux. Les samedis travaillés avaient été compensés par des vacances puis, dès 2006, par des jours de congé dans la semaine suivante. T___ n'avait jamais accepté ce principe. Le personnel de l'entreprise avait droit à quatre semaines de vacances par an. T___ était un « *bon collègue* » bien qu'il ne passait que très peu de temps au dépôt, vu ses horaires de livraison. Lui-même avait eu un litige avec E___ au sujet de salaires versés en trop et avait été devant le Tribunal. La procédure s'était soldée par un accord entre les parties.

C___, poissonnier, a déclaré avoir travaillé pour E___ de 1994 à 2003. Il débutait sa journée de travail à 5h30 pour la terminer à 16h30, avec une pause de midi à 13h30. Il avait toujours eu de bons rapports avec T___ . Celui-ci s'entendait d'ailleurs bien avec tous ses collègues. Il n'avait pas eu connaissance de problèmes entre T___ et les clients de la société. Il n'avait cependant pas été en contact avec les clients de l'entreprise.

D___, restaurateur, a déclaré être client de E___ depuis environ dix ans. Il avait eu des rapports normaux avec T___ bien qu'il y ait eu parfois des affrontements lors des livraisons. Il avait averti les livreurs du fait que les livraisons devaient se faire par l'entrée des marchandises et non par l'entrée administrative de la mairie. Toutefois, dans le cas de T___, un simple avertissement oral n'avait pas suffi et il avait dû avertir E___ afin de régler le problème.

F___, restaurateur, a déclaré être client de E___ depuis environ quinze ans. Il avait eu de nombreux problèmes avec T___ en raison de livraisons tardives. Il s'était fâché plusieurs fois et avait demandé à la société de lui envoyer un autre livreur. Suite à cela, il n'avait plus eu de problème.

G___, restaurateur, a déclaré être client de E___ depuis environ vingt-cinq ans. Il avait connu quelques problèmes avec T___ suite au retard dans les livraisons. Lorsqu'il avait interpellé une première fois l'employé à ce sujet, ce dernier avait bien réagi. Par la suite, il l'avait « *envoyé sur les roses* ». Il avait demandé à E___ de lui envoyer un nouveau livreur. Il attendait d'un livreur se présentant en retard qu'il se montre conciliant et patient s'agissant des délais de paiement, sans déposer la marchandise au milieu du restaurant.

H___, employé de E___, a déclaré travailler pour la société depuis quinze ans. Il occupait actuellement le poste de responsable qualité et logistique. Il contrôlait et organisait les livraisons. Il supervisait le chef de production qui lui-même supervisait les chauffeurs. Il reconnaissait avoir eu de nombreux problèmes avec T___ car celui-ci avait refusé de livrer certains clients qui dépendaient de sa zone de livraison, en raison du fait qu'il ne s'entendait pas bien avec certains d'entre eux et qu'ils ne faisaient pas partie de sa tournée. Cela avait provoqué des tensions avec les autres chauffeurs qui avaient dû effectuer les livraisons à sa place. L'employé avait également refusé de faire certaines tâches qui lui avaient été confiées. Par ailleurs, ce dernier avait systématiquement essayé de contourner les instructions qui lui avaient été données. Il avait demandé à A___ de convoquer l'employé. L'entretien du 17 mars 2009 avait eu pour but de résilier les rapports de travail liant les parties. Il n'avait pas assisté personnellement à cet entretien mais A___ lui avait confirmé avoir licencié T___ et lui avait dit qu'il allait lui envoyer sa lettre de congé.

Concernant les heures supplémentaires et les vacances, le problème avait été réglé avec l'employé. D'ailleurs, tous les collaborateurs de la société avaient été informés du changement dans le système de compensation des samedis travaillés. Tous avaient accepté ce changement, à l'exception d'T___.

- C. Par jugement du 27 mai 2010, le Tribunal s'est tout d'abord estimé suffisamment renseigné pour ne pas faire droit à la demande de l'employé à ce qu'il soit procédé à l'audition du témoin I___, absent à l'audience du 4 mars 2010.

S'agissant de la nullité du congé, le Tribunal a relevé que l'employé avait travaillé pour E___ le 17 mars 2009, selon son horaire habituel. Ce comportement entraînait contradiction avec le certificat médical qu'il avait produit. Par ailleurs, E___ avait signifié son licenciement à l'employé par pli recommandé du 17 mars 2009 et confirmé ledit congé par pli recommandé daté du 19 mars 2009, en précisant qu'il était intervenu à l'occasion de l'entretien du 17 mars 2009. Par conséquent, les premiers juges ont retenu que, si T___ n'avait pas retiré le pli recommandé du 17 mars 2009, c'était parce qu'il en connaissait déjà la teneur, à savoir la résiliation des rapports de travail le liant à son employeur. Partant, E___ avait licencié son employé avant l'incapacité de travail de ce dernier et le congé était valable. La période de protection prévue par l'art. 336c al. 1 let. b CO avait commencé à courir au plus tôt au moment où l'employé avait quitté les locaux de la société au terme de sa journée de travail du 17 mars 2009. C'était donc à juste titre que E___ avait informé l'employé, par lettre du 23 septembre 2009, de l'échéance de la période

de protection consacrée à l'art 336c al. 1 let. b CO et lui avait confirmé la résiliation de son contrat de travail pour le 31 décembre 2009.

Concernant enfin le caractère abusif du congé, le Tribunal a souligné que l'instruction de la cause, et notamment les auditions des clients de E___, avait établi qu'T___ n'avait pas donné entière satisfaction à son employeur, tant en raison de son comportement vis-à-vis de la clientèle que du non-respect des instructions qui lui avaient été données. Par conséquent, son licenciement avait été motivé par son mauvais comportement et ne pouvait être qualifié de congé-représailles. Partant, aucune indemnité ne se justifiait à raison de la résiliation du contrat de travail.

- D.** Devant la Cour de céans, l'employé fait valoir que c'est à tort que le Tribunal n'a pas constaté la nullité du congé. En effet, il avait donné entière satisfaction à son employeur depuis le début de son engagement, ce qui était confirmé par la longue durée des rapports de travail. Sur son salaire du mois de décembre 2008, E___ lui avait déduit une semaine de vacances, réduit sa prime de fin d'année ainsi que son treizième salaire. Il n'avait jamais accepté ces déductions et avait finalement réussi à obtenir un entretien avec son employeur en date du 17 mars 2009. Ce dernier avait profité de l'occasion pour lui faire des reproches sur son travail mais ne l'avait pas licencié. A l'issue de cette réunion, il s'était rendu chez son médecin qui avait établi un certificat médical attestant d'une incapacité travail débutant le 17 mars 2009. Ce diagnostic avait été confirmé par le médecin-conseil qui l'avait examiné. Il n'avait pas réclamé la lettre de licenciement expédiée sous pli recommandé le 17 mars 2009 car il n'avait pas reçu d'avis l'invitant à la retirer au guichet postal. Ce dernier courrier ne faisait d'ailleurs nullement référence à une résiliation préalable. C'est en raison de l'absence de tout licenciement signifié lors de l'entretien susmentionné que son employeur s'était senti obligé de rédiger un nouveau courrier de licenciement le 19 mars 2009, faisant faussement état d'un licenciement donné oralement. En conséquence, il convenait de considérer que le courrier du 17 mars 2009 ne lui avait été notifié qu'à l'échéance du délai de garde, soit durant son incapacité de travail. Partant, son congé était frappé de nullité. Son employeur n'avait pas renouvelé le congé à l'issue de la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO mais n'avait fait que confirmer une résiliation sans effet par lettre du 23 septembre 2009. Il se considérait donc encore comme un employé de E___.

S'agissant du caractère abusif du congé, T___ soutient que la majorité des clients de son employeur s'était montrée satisfaite de ses prestations, ce qu'il offrait de

démontrer par l'audition de nouveaux témoins. Les reproches qu'avait retenus le Tribunal étaient anciens, peu importants et n'avaient donné lieu à aucun avertissement écrit de la part de son employeur. C'était lui-même, et non E___, qui avait pris l'initiative d'organiser l'entretien du 17 mars 2009 pour se plaindre de ses conditions de travail. C'était parce qu'il s'était plaint que son employeur avait pris la décision de le licencier.

L'employé allègue enfin n'avoir bénéficié d'aucune période de vacances durant l'année 2009 et ne pas avoir été payé pour les heures supplémentaires accomplies en 2006 et 2007. Il soulève également que le caractère régulier et inconditionnel du versement des primes qu'il a perçues depuis 1998 lui donne le droit à une gratification pour 2009. Par ailleurs, il précise que le certificat de travail qui lui a été remis le 30 décembre 2009 ne correspond pas aux prescriptions de l'art. 330a CO.

E___soulève tout d'abord une exception d'irrecevabilité s'agissant des nouvelles conclusions prises par l'employé dans son mémoire d'appel, au motif que celles-ci n'ont pas été soulevées devant les premiers juges. Elle avait signifié oralement à son employé qu'il était licencié lors de l'entretien du 17 mars 2009. Le même jour, et comme elle le lui avait dit lors de la réunion, elle lui avait fait parvenir un courrier de confirmation. C'est à raison que le Tribunal a retenu que l'employé n'avait pas réclamé ce courrier car il en connaissait déjà le contenu. Par ailleurs, elle avait pris soin de renouveler le licenciement par courrier du 23 septembre 2009, à l'issue de la période de protection de 180 jours accordée par l'art. 336c al. 1 let. b CO de sorte que, même si la Cour devait considérer qu'aucun congé n'avait été signifié le 17 mars 2009, le contrat de travail avait pris fin à tout le moins le 31 décembre 2009.

L'employeur conteste également l'existence d'un congé abusif, donné en représailles aux prétentions qu'T___ aurait fait valoir. En effet, elle avait toujours respecté toutes ses obligations contractuelles à son égard s'agissant du versement des salaires, des primes discrétionnaires de fin d'année et de l'octroi des jours de vacances. Elle lui avait expliqué de nombreuses fois le détail du décompte du salaire du mois de décembre 2008, notamment la déduction de la semaine de congé « *sans solde* » qu'il avait sollicitée au mois de novembre 2008. Cette dernière déduction avait d'ailleurs fait l'objet d'un accord préalable entre les parties. De son côté, l'employé avait adopté un comportement inacceptable face à ses collègues et à la clientèle de la société et avait continué à utiliser abusivement le véhicule de la société, ce malgré les nombreux avertissements qui lui avaient été signifiés. Les témoins entendus lors des enquêtes avaient confirmé que l'employé ne donnait

pas entière satisfaction. C'est pour cette unique raison qu'elle avait mis fin au contrat de travail.

- E. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 15 novembre 2010 devant la Cour d'appel, l'employé (ci-après aussi l'appelant) a persisté dans ses conclusions. Il a expliqué avoir déposé des conclusions nouvelles en appel par économie de procédure et en raison du fait qu'il n'était pas assisté du même conseil en première instance. L'employeur (ci-après aussi l'intimée) a également persisté dans ses conclusions.

La Cour d'appel a procédé à l'audition de trois nouveaux témoins.

J___, cuisinier, a déclaré avoir été client de l'intimée de 2003 à 2007. L'appelant avait effectué toutes les livraisons pour son restaurant, à raison d'une à deux fois par semaine. Il ne s'était présenté que très rarement en retard et s'était à chaque fois excusé. Il s'était toujours montré courtois.

K___, cuisinier, a déclaré avoir été employé durant douze ans, jusqu'au mois de mai 2009, auprès de F___, lui-même client de l'intimée. Il n'avait jamais eu de problèmes avec l'appelant et avait même entretenu des relations amicales avec lui, en raison de leur nationalité commune. Il n'avait jamais assisté à un accrochage entre son patron et l'appelant, bien que ce dernier ait parfois eu du retard dans ses livraisons.

K___, commerçant, a déclaré être client de E___ depuis environ douze ans. L'appelant avait livré son établissement à raison de trois à quatre fois par semaine et cela s'était toujours bien déroulé. Il n'avait pas eu à se plaindre du retard de l'employé vu qu'il n'avait pas d'horaire précis pour les livraisons.

A la suite de ces auditions, l'appelant a maintenu sa demande à ce qu'il soit procédé à l'audition des autres témoins figurant sur la liste de son mémoire d'appel, y compris les témoins ne s'étant pas présentés à la présente audience.

A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par l'art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP), l'appel est recevable. La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 LJP).

2. Il ne sera pas donné suite à la demande de l'appelant à ce qu'il soit procédé à l'audition de nouveaux témoins. En effet, la Cour s'estime suffisamment renseignée sur les faits de la cause pour se prononcer sur les points litigieux en appel. L'audition d'autres témoins n'apparaît pas comme étant de nature à influencer l'issue du litige.

3. En appel, pour la première fois, l'appelant réclame la condamnation de l'intimée à lui verser une indemnité pour vacances non prises, pour des heures supplémentaires non payées ainsi que pour la prime de l'année 2009. Il réclame, en outre, la production d'un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO, celui reçu ne l'étant pas.

3.1 Selon l'art. 312 de la loi de procédure civile (ci-après LPC), applicable à titre supplétif à la procédure prud'homale (art. 11 LJP), la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse : a) de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance; b) d'intérêts, loyers et autres accessoires échus depuis ce jugement; c) de dommages et intérêts pour le préjudice subi après le jugement; d) de demande provisionnelle pendant la litispendance. Cet article pose le principe du double degré de juridiction qui veut que le litige soumis au juge d'appel soit identique à celui dont le premier juge avait été saisi : mêmes caractéristiques de personnes, de conclusions, d'allégués de fait et de preuve (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise, n. 1 *ss. ad* art. 312 LPC).

3.2 En l'espèce, les conclusions susvisées n'ont jamais été formulées en première instance. Les débats n'ont, par ailleurs, nullement porté sur les heures supplémentaires prétendument accomplies, les vacances non prises, l'indemnité de fin d'année ou la teneur du certificat de travail remis à l'employé en 2009. Le fait que l'appelant ait changé de conseil à l'occasion de la procédure devant la Cour de céans ne constitue pas une exception au principe du double degré de juridiction consacré à l'art. 312 LPC. Il en va de même lorsque l'appelant invoque avoir pro-

cédé de la sorte par économie de procédure. Partant, il s'agit de conclusions nouvelles qui sont irrecevables.

4. L'appelant soutient que son licenciement lui a été notifié alors qu'il était en incapacité de travail et est, par conséquent, frappé de nullité.

4.1

4.1.1 L'art. 336c al. 1 let. b CO stipule que l'employeur ne peut pas résilier le contrat, après le temps d'essai, pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 180 jours à partir de la sixième année de service. L'al. 2 de cette même disposition prévoit que le congé donné pendant cette période est nul ; si le congé a été donné avant cette période et si le délai de congé n'a pas expiré avant ladite période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

Selon l'art. 8 CC, il appartient au travailleur de prouver son empêchement de travailler (ATF du 12 décembre 1995 *in* JAR 1997, p. 132).

Le certificat médical ne constitue pas une preuve absolue. Ainsi, le juge est habilité à s'écarter du résultat médical lorsque le comportement du travailleur (notamment lorsque celui-ci s'est rendu normalement sur son lieu de travail alors qu'il bénéficiait pourtant d'un certificat médical) permet de conclure à l'absence d'une incapacité de travail effective (Rehbinder, Berner Kommentar, n. 18 *ad* art. 324a CO et la jurisprudence citée ; Wylér, Droit du travail, p. 224 *ss.* ; Carruzzo, Le contrat individuel de travail, n. 6 *ad* art. 324a CO).

Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'employé qui s'était présenté au travail alors qu'il était au bénéfice d'un certificat médical faisant état d'une incapacité de travail ne pouvait pas bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO (ATF non publié 4A_227/2009 du 28 juillet 2009, consid. 3.2 ; 4C.141/2005 du 9 juin 2005, consid. 1).

4.1.2 Lorsque le destinataire d'un courrier recommandé est absent, et qu'aucun tiers n'est habilité à en accuser réception, un avis de passage l'invitant à retirer cet envoi auprès de l'office postal sera déposé dans sa boîte aux lettres. Cet avis est présumé avoir été correctement délivré, de sorte que le fardeau de la preuve de la non-réception de l'invitation de retrait incombe au destinataire (Amstutz/Arnold, Basler Kommentar, n. 31 *ad* art. 44 LTF).

4.2 En l'espèce, les parties divergent quant à la teneur exacte de l'entretien qui s'est déroulé le 17 mars 2009, à l'initiative de l'appelant. Il est cependant établi qu'une lettre de licenciement a bien été adressée à ce dernier sous pli recommandé du même jour, pli qu'il conteste avoir reçu. L'appelant n'étaye pas plus en avant cette dernière affirmation, de sorte que son comportement ne peut s'expliquer que par le fait qu'il connaissait déjà le contenu dudit courrier avant de le recevoir. Il apparaît donc hautement vraisemblable que l'appelant s'est vu signifier son licenciement à l'occasion de l'entretien du 17 mars 2009, avec la précision qu'il recevrait ultérieurement une lettre de confirmation sous pli recommandé.

L'appelant a certes fourni un certificat médical attestant d'une incapacité de travail débutant le 17 mars 2009. Toutefois, celui-ci a confirmé avoir travaillé pour l'intimée en date du 17 mars 2009, avant de se rendre chez son médecin de famille « en sortant du travail vers les 14h30 » (PV d'audience du 20 janvier 2010, p. 2). De plus, l'appelant ne s'est plaint d'aucun problème de santé durant sa journée de travail, alors que le constat médical du 18 juin 2010 a exposé qu'il souffrait d'une tendinite et d'un lumbago depuis le 17 mars 2009.

Par conséquent, il ressort du comportement de l'appelant, en particulier de sa présence sur son lieu de travail durant la journée du 17 mars 2009, qu'il n'était pas encore en incapacité de travail au moment où son congé lui a été signifié oralement, soit lors de l'entretien du 17 mars 2009. C'est donc à bon droit que les premiers juges ont estimé que le congé avait été donné avant la période de protection prévue à l'art. 336c al. 1 let. b CO et qu'il était donc pleinement valable.

Partant, le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

5. L'appelant se prévaut ensuite, subsidiairement, du caractère abusif de son congé, lequel lui aurait été signifié en représailles aux prétentions qu'il avait fait valoir à l'encontre de l'intimée. A ce titre, il réclame une indemnité pour licenciement abusif.

5.1 L'art. 336 al. 1 let. d CO vise le congé-représailles ou congé-vengeance. Il tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (art. 3 al. 1 CC), et il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées. La réclamation ne doit cependant être ni chicanière ni téméraire car elle empêcherait

une résiliation en elle-même admissible (ATF non publié 4C.237/2005 du 27 octobre 2005, consid. 2.2 et les références citées ; 4C.97/2006 du 6 juin 2006, consid. 3.1).

Selon l'art. 8 CC, c'est à la partie qui invoque le congé-représailles de prouver le rapport de causalité entre la prétention qu'elle a fait valoir et le licenciement (Stahelin/Vischer, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, n. 25 ad art. 336 CO).

5.2 *In casu*, l'appelant affirme avoir sollicité l'entretien du 17 mars 2009 dans le but de se plaindre du fait que l'intimée lui avait déduit une semaine de vacances sur son salaire du mois de décembre 2008, ainsi que réduit le montant de sa prime et de son treizième salaire. L'intimée ne conteste pas cela puisqu'elle a reconnu que l'appelant lui avait fait part, à cette occasion, « *de ses mécontentements au sujet de plein de petites choses que j' [l'intimée] avais déjà expliqué plusieurs fois dans le passé* » (PV d'audience du 20 janvier 2010, p. 4). Le témoin H___ a confirmé que l'appelant s'était plaint du changement dans le système de récupération des samedis travaillés (PV d'audience du 4 mars 2010, p. 5).

Toutefois, il n'apparaît pas que les réclamations de l'appelant soient à l'origine de son licenciement. Le motif de la résiliation des rapports de travail résulte bien plutôt du comportement de l'appelant à l'égard de l'intimée ainsi qu'envers les clients de celle-ci. En effet, le témoin H___ a déclaré que l'appelant refusait de faire certaines tâches qui lui étaient déléguées ainsi que de livrer certains clients dépendant pourtant de sa zone de livraison, tout en précisant que celui-ci avait fait l'objet de plusieurs rappels à l'ordre à ce sujet (PV d'audience du 4 mars, p. 4). Plusieurs clients ont confirmé les difficultés persistantes rencontrées avec l'appelant, particulièrement s'agissant du retard dans les livraisons, allant jusqu'à se plaindre directement auprès de l'intimée (témoins D___, F___ et G___). Le témoin G___ a même déclaré que l'appelant l'avait « *envoyé sur les roses* » lorsqu'il s'était une nouvelle fois plaint de livraisons tardives (PV d'audience du 4 mars 2010, p. 4). Le témoin C___ a certes déclaré que l'appelant n'avait, à sa connaissance, pas rencontré de problèmes avec la clientèle de l'intimée. Toutefois, ses déclarations doivent être relativisées puisque il a précisé ne pas avoir été « *en contact avec la clientèle de l'entreprise* » (PV d'audience du 4 mars 2010, p. 3).

Les nouvelles auditions auxquelles il a été procédé en appel ne sont pas de nature à modifier l'appréciation de la Cour. Le témoin L___ a d'ailleurs précisé que, s'il n'avait jamais eu à subir le retard de l'appelant, c'était tout simplement parce qu'il « *n'avait pas d'horaire précis pour les livraisons* » (PV d'audience du 15 novembre 2010, p. 3).

Par conséquent, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que le licenciement de l'appelant était lié à son comportement vis-à-vis de la clientèle et non pas aux prétentions qu'il avait formulées s'agissant des déductions opérées sur son salaire du mois de décembre 2008.

Partant, le jugement querellé sera également confirmé sur ce point.

6. Enfin, l'appelant conclut à la condamnation de l'intimée au paiement des frais et dépens de l'instance, comprenant une équitable indemnité valant participation à ses honoraires d'avocat.

6.1 Il est constant qu'en matière prud'homale, la partie souhaitant l'assistance d'un avocat est censée prendre les frais en découlant à sa propre charge (Aubert in SJ 1987, p. 574). Ainsi, et compte tenu du fait que les prétentions de l'intimée ne sont pas téméraires (art. 76 al. 1 LJP), il ne sera pas alloué de dépens à l'appelant.

Par ailleurs, la procédure est gratuite pour les parties, sous réserve de l'émolument de mise au rôle, lorsque le montant litigieux excède 30'000 fr., ce qui n'est pas le cas en l'espèce (art. 76 et 78 *a contrario* LJP).

6.2 Enfin, il n'y a pas lieu d'octroyer des dépens à l'intimée, l'appelant n'ayant pas plaidé avec témérité (art. 76 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2,

A la forme :

déclare recevable l'appel formé par T___ contre le jugement TRPH/357/2010 rendu le 27 mai 2010 par le Tribunal de la Juridiction des prud'hommes dans la cause C/20149/2009 - 2 ;

Au fond :

le rejette et confirme le jugement entrepris ;

déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente