REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22347/2018-4 **CAPH/38/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU MERCREDI 9 MARS 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 octobre 2021, comparant par Me Claudio FEDELE, avocat, rue de Saint-Léger 6, case postale 444, 1211 Genève 4, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Philippe EIGENHEER, avocat, rue Bartholoni 6, case postale, 1211 Genève 4, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 mars 2022

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/383/2021, reçu par les parties le 13 octobre 2021, le Tribunal des prud'hommes a condamné B_____ à verser à A_____ la somme nette de 5'392 fr. 70 avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er avril 2021 (ch. 2 du dispositif), débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 3) et dit que la procédure était gratuite et qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4).

B. **a.** Le 12 novembre 2021, A_____ a formé appel de ce jugement, concluant à ce que la Cour l'annule, condamne B_____ à lui verser 56'652 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er avril 2018 et 9'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2019 et prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer poursuite n° 1_____.

b. Le 6 janvier 2022, B_____ a conclu à l'irrecevabilité de l'appel, subsidiairement à son rejet.

c. Les parties ont été informées le 4 février 2022 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. A_____, né le _____ 1961, a été engagé par B_____, en sa qualité d'agent général de C_____ SA et de D_____ SA, en qualité de conseiller à la clientèle, à partir du 1er juin 2013, par contrat de travail à durée indéterminée signé le 25 mars 2013.

La rémunération convenue était composée d'un salaire fixe, d'une indemnisation forfaitaire des frais, de commissions d'acquisition, de renouvellement et de suivi, d'une commission pour la croissance du portefeuille, d'un bonus ainsi que d'une commission pour affaires transmises à des sociétés partenaires (art. 14).

Les articles 6.1 et 6.2 du contrat stipulaient ce qui suit :

« 6.1 L'agent général attribue au conseiller à la clientèle un secteur d'activité et le portefeuille associé. […] Il ne lui est pas attribué à titre exclusif. Le conseiller à la clientèle n'a droit à aucune indemnité pour les affaires réalisées d'une autre manière sur ce secteur par D_____ SA ou par l'agent général.

6.2 L'agent général peut modifier à tout moment le secteur d'activité du conseiller à la clientèle. Il ne découle de telles modifications aucun droit à indemnité pour ce dernier ».

Il était par ailleurs prévu, à l'article 9, que le conseiller à la clientèle s'engageait notamment à participer à des formations et à fournir les rapports demandés par l'agent général.

Comme le prévoit l'article 29 du contrat de travail, A_____ et B_____ ont signé, le même jour, une convention de caution aux termes de laquelle le premier s'engageait à verser une caution de 9'000 fr. à titre de garantie afin de couvrir les éventuelles contre-passations de commissions pour des contrats D_____ SA annulés ainsi que les éventuelles obligations de remboursement découlant de conventions de formation après la résiliation du contrat. Le remboursement de la caution devait intervenir au plus tard trente-six mois après la fin du contrat de travail, après déduction des éventuelles prétentions de l'agent général ou de D_____ SA.

Une convention de formation a également été conclue à la même date, laquelle prévoyait que A_____ participerait à la formation de conseiller à la clientèle dispensée sur quarante-huit jours entre le 1er juin 2013 et le 31 mai 2015. Malgré le fait qu'il n'ait pas réussi les tests permettant d'être dispensé de cette formation, A_____ a été dispensé d'une partie des modules prévus en accord avec B_____, les autres sujets ayant fait l'objet d'une formation accélérée par son chef de vente.

b.a Le 4 mars 2014, D_____ SA a délivré à A_____ un diplôme attestant de sa réussite de la formation et de l'examen D_____ SA, l'autorisant de ce fait à porter le titre de « conseiller pour clientèle privée ».

b.b Par courrier du 15 août 2014, le responsable de distribution auprès de D_____ SA, a félicité A_____ pour ses résultats trimestriels et son bon classement au concours H_____.

b.c Par attestation datée du mois de septembre 2014, D_____ SA a félicité A_____ pour avoir été désigné par son agent général, B_____, pour rejoindre le « Club P_____ ».

Selon A_____, l'appartenance à ce club constituait une reconnaissance de la qualité de son travail. Selon B_____, il s'agissait d'un groupe de travail essentiellement mis en place pour motiver les collaborateurs ayant des difficultés et les encourager.

Selon le témoin E_____, supérieur hiérarchique de A_____, ce club comportait deux catégories, soit l'une pour les collaborateurs rencontrant des difficultés, mais motivés par le secteur vie, et l'autre pour les collaborateurs plus performants, afin de créer une synergie. Il ignorait à quelle catégorie appartenait A_____. Selon les témoins F_____ et G_____, ce club comprenait les conseillers ayant une spécificité vie ou atteignant un certain chiffre d'affaires.

b.d Par attestation datée du mois de mars 2015, D_____ SA a félicité A_____ pour les performances réalisées dans le cadre du Challenge H_____ (2014), catégorie Start-up, lequel récompensait les conseillers à la clientèle ayant obtenu de très bons résultats de vente.

c. Du mois de février au mois de septembre 2015, A_____ s'est trouvé en incapacité de travail.

d. Plusieurs témoins entendus par le Tribunal ont déclaré que, après un certain temps, les performances de A_____ ne donnaient pas satisfaction à son employeur et que ses objectifs de vente et de volume d'activité n'étaient pas atteints. Ses chiffres étaient souvent à la limite de l'acceptable, légèrement en dessous de la moyenne. Dès 2015 de nombreux entretiens, formels et informels, avaient eu lieu entre A_____, B_____ et A_____ E_____ pour améliorer la situation et des mesures avaient été prises, mais ces démarches n'avaient pas porté leurs fruits (témoins I_____, responsable des agence D_____ SA pour la Suisse romande, E_____, J_____).

Durant ses deux dernières années d'activité, A_____ était démotivé; il créait des polémiques ce qui avait un impact négatif sur le bon fonctionnement de l'équipe. Il s'entendait bien avec certains collègues mais avait des relations conflictuelles d'autres (témoins E_____, K_____, J_____, L_____, F_____).

Il avait été à un certain moment envisagé, à titre de mesure de soutien, que A_____ E_____ accompagnerait A_____ à ses rendez-vous professionnels pour l'aider, mais cette mesure n'a finalement pas été mise en place du fait de l'opposition de A_____ (témoin E_____).

Il avait également été demandé à A_____ de remettre à son employeur des rapports hebdomadaires. Il s'agissait d'un moyen de suivre l'évolution du conseiller et une base de discussion. Ces rapports étaient obligatoires pour tout le monde (témoins J_____ et F_____).

Selon le témoin L_____, employé de B_____ de 2013 à septembre 2014, celui-ci avait apporté un gros portefeuille de clients lors de son engagement. Il ignorait quelle était l'ampleur du portefeuille confié à A_____ par B_____ par la suite. Le témoin a précisé lors de son audition qu'il était ami avec A_____, qu'il avait parlé avec lui du litige et que celui-ci lui avait exposé sa version des faits ainsi que ce qui avait été dit pendant les précédentes audiences.

e. Par lettre du 29 septembre 2016 B_____ a confirmé à A_____ les termes de l'entretien tenu le même jour en présence de A_____ E_____ et constaté que ses résultats au 30 septembre 2016 en termes de crédits de commissions étaient largement en-dessous des attentes et largement inférieurs aux minimums standards de D_____ SA. Des objectifs lui étaient fixés pour le dernier trimestre

en termes de rendez-vous et de commissions. B_____ a précisé que si ces objectifs n'étaient pas atteints, il serait dans l'obligation de reconsidérer leur relation contractuelle. Enfin, A_____ E_____ et lui-même étaient à sa disposition pour l'aider, tant techniquement que pour des accompagnements en clientèle.

f. Selon la plupart des témoignages recueillis par le Tribunal, B_____ était un agent général apprécié de ses employés qui n'avait jamais fait l'objet de plaintes. Il était ouvert à la communication et, tout en étant ferme et exigeant, ne mettait pas une pression excessive sur ses employés. Le métier de conseiller en assurance comportait inévitablement une certaine pression en termes de rendement, mais B_____ gérait la situation de manière humaine et adéquate. Il ne traitait pas A_____ de manière différente des autres employés et ne lui mettait pas plus de pression (témoins I_____, E_____, L_____, F_____, G_____, K_____).

Un seul témoin, à savoir M_____, qui a travaillé pour B_____ de 2014 à 2018, a critiqué en termes virulents le mangement de B_____, relevant qu'une pression excessive était mise sur les collaborateurs et qu'aucun soutien n'avait été apporté à A_____.

g. Dès le 24 avril 2017, A_____ s'est trouvé en incapacité de travail totale pour cause de maladie. Le 13 juillet 2017, son médecin a rempli un formulaire à l'attention de D_____ SA, dans lequel il a indiqué que son patient souffrait d'un "*burn out* sévère".

h.a Pendant son incapacité de travail, A_____ a convenu avec un collègue, M_____, qu'il lui enverrait les clients dont il ne pouvait pas s'occuper, en échange d'un partage des commissions. Il n'a pas demandé l'autorisation de son employeur pour ce faire.

Par la suite, lorsque B_____ a appris l'existence de cet accord, il a réprimandé M_____ et lui a signifié un avertissement.

h.b Par courriel du 11 juillet 2017, B_____ a fait savoir à A_____ qu'il était en repos et qu'il ne devait pas faire des courriels professionnels depuis chez lui.

Le 25 juillet 2017, il a précisé que cette injonction était toujours valable et que les clients qui l'appelaient devaient être adressés à Monsieur F_____ qui était son seul interlocuteur.

Par courriel du 21 août 2017, A_____ a répondu à un client qui demandait une annulation de son contrat.

h.c Suite à cela, les accès informatiques de A_____ ont été coupés au motif que celui-ci était en arrêt maladie et devait se reposer. B_____ considérait de plus

que son employé ne devait pas travailler en "sous-marin" alors qu'il touchait des indemnités perte de gain.

i. Par la suite, B_____ a réattribué à un autre employé environ 10% du portefeuille de A_____, afin que les clients concernés aient quelqu'un à qui s'adresser pendant son absence.

j. Par courrier du 15 septembre 2017, A_____ a fait savoir à B_____ que les mesures visant à couper son accès informatique sans avertissement préalable puis à attribuer son portefeuille à un autre conseiller étaient gravement attentatoires à sa personnalité et lui avaient causé un important préjudice au vu du temps qu'il avait mis pour constituer le portefeuille en question. Il s'interrogeait sur la manière dont ce préjudice allait être réparé ainsi que sur la façon dont son retour au travail était envisagé, une fois sa capacité de travail retrouvée, précisant que des mesures concrètes devaient être prises pour préparer cette reprise. Il a également requis le versement du solde de salaire non versé pour les mois de juillet et août 2017.

k. Le 22 septembre 2017, B_____ a indiqué à A_____ que le décompte d'indemnisation perte de gain avait été établi à la même date que le courrier de ce dernier et que le versement était par conséquent intervenu dans l'intervalle, précisant que le décompte avait été effectué conformément au contrat de travail.

A_____ lui a répondu le 25 septembre 2017 que le décompte contenait une déduction relative aux cotisations LPP alors que les conseillers étaient exonérés de telles cotisations dès le nonante-et-unième jour d'incapacité, conformément au règlement. Il l'invitait dès lors à corriger ce point et à se déterminer sur les autres points soulevés.

l.a Par courrier du 3 octobre 2017, D_____ SA a informé A_____ qu'afin de pouvoir évaluer le degré de gravité ainsi que l'évolution de la maladie pour laquelle son médecin-traitant attestait d'une incapacité de travail depuis quelque temps, elle avait décidé de demander un deuxième avis indépendant sous forme d'expertise à N_____, Centre d'expertise pluridisciplinaire situé à Genève, et l'invitait à s'y présenter pour une consultation le 9 octobre 2017. Le rapport d'expertise a été rendu le 4 décembre 2017. Il ne résulte pas de ce rapport que l'incapacité de travail de A_____ serait due à l'attitude de son employeur.

l.b. Le 6 octobre 2017, à la demande de son psychiatre-psychothérapeute le Dr O_____, A_____ a été vu par l'Institut universitaire romand de santé au travail (ci-après IST) pour une « consultation de souffrance au travail ».

Le rapport de cet institut rendu suite à cette consultation le 14 novembre 2017 retrace les déclarations de A_____ et les perspectives qui ont été envisagée avec celui-ci au titre de mesure de soutien, en plus d'un suivi chez son médecin-

psychiatre, à savoir une négociation de ses conditions de départ avec son employeur, l'inscription au chômage et un recours à l'AI pour bénéficier de mesures de réadaptation. Le rapport précise que cette consultation n'était fondée que sur les aspects rapportés par le patient de sorte que le compte rendu réalisé ne pouvait être utilisé à d'autres fins que thérapeutiques pour le patient.

m. Par courrier du 16 octobre 2017, A_____ a rappelé à B_____ qu'il restait dans l'attente de sa prise de position et l'a informé de ce que l'évaluation de l'IST avait confirmé que "à défaut de mesures concrètes prises par son employeur pour protéger et respecter sa personnalité, une reprise d'activité (…) n'était pas possible".

n. Par courrier recommandé du 20 octobre 2017, B_____ a résilié le contrat de travail de A_____ pour le 31 décembre 2017, en raison de son manque de performances récurrent ainsi que de l'absence d'atteinte des objectifs fixés malgré les nombreux avertissements lui ayant été adressés et les discussions tenues à ce titre depuis la fin de l'année 2014. Cette décision s'expliquait également par ses nombreuses absences, dont il ne pouvait toutefois lui être tenu rigueur dès lors qu'elles relevaient d'arrêts maladie, mais qui n'allaient pas sans poser des problèmes organisationnels et commerciaux. Enfin, A_____ était libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé.

o. Par courrier séparé daté du même jour et envoyé par pli simple, B_____ a informé A_____ que les déductions LPP avaient été effectuées à tort et que la correction serait opérée dans les meilleurs délais. Il a également contesté qu'une « cabale » ait été orchestrée pour nuire à ses intérêts et à sa santé. Comme le stipulait le contrat, le portefeuille n'était pas attribué à titre exclusif et ne lui appartenait donc pas, mais restait la propriété de D_____ SA. Il était par ailleurs inexact de dire qu'il avait mis des années à le constituer puisque le portefeuille lui avait été remis à sa prise de fonction et qu'il était tout au plus chargé de le développer, précisant que la croissance de ce portefeuille s'était révélée être mauvaise en l'occurrence. Il n'y avait aucun acte de représailles dans la réattribution de son portefeuille, laquelle était tout à fait conforme au contrat et consistait en une simple mesure de réorganisation nécessaire pour la pérennité de l'entreprise. En outre, seuls 10% du portefeuille avaient été confiés à un autre collaborateur pour les missions urgentes. B_____ a également contesté que la suspension des accès informatiques pouvait être interprétée comme un acte de malveillance délibérée, une telle accusation relevant par ailleurs de la mauvaise foi puisqu'il se trouvait en incapacité totale de travail et n'était donc pas censé continuer à exercer une activité lucrative.

p. Le 23 octobre 2017 A_____ a formé opposition à ce licenciement qu'il qualifiait d'abusif.

q. Le 9 décembre 2017, il a été victime d'un accident ayant entraîné une nouvelle incapacité de travail, laquelle a eu pour effet de reporter le délai de congé au 31 mars 2018.

r. Selon une attestation de D_____ SA du 31 décembre 2018, le solde du compte de caution de A_____ auprès d'elle était de 5'392 fr. 70. Cette attestation ne comprend aucune indication relative aux retenues effectuées sur le montant de 9'000 fr. initialement versé par A_____.

A_____ a contesté en temps utile l'exactitude de ce montant de 5'392 fr. 70 et soutient qu'il a droit à la restitution de l'entier de la caution versée.

s. Le 18 janvier 2019, A_____ a fait notifier à B_____ un commandement de payer, poursuite n° 1_____ pour un montant de 56'652 fr., avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er avril 2018 au titre d'indemnité pour congé abusif. Ce dernier y a fait opposition.

t. Par demande déposée en conciliation le 13 novembre 2018 et introduite en temps utile par devant le Tribunal des prud'hommes A_____ a assigné B_____ en paiement de 65'652 fr. 60, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er avril 2018. Il a également conclu au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer poursuite n° 1_____. La somme susmentionnée se décompose comme suit : 56'652 fr. nets, à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 9'000 fr. nets, à titre de remboursement de la caution.

A_____ a allégué que le motif du congé, à savoir son manque de performance et l'absence d'atteinte des objectifs fixés était faux et qu'il avait été licencié car il avait "osé réclamer de bonne foi une légitime protection résultant de son contrat de travail". Il avait subi un sévère *burn out* que l'IST avait mis en lien de causalité avec ses conditions de travail. L'intégralité de son portefeuille avait été confiée à un nouveau conseiller à la clientèle et ses accès informatiques avaient été coupés de manière "sournoise".

Il a relevé dans la partie en fait de sa demande, sans expressément alléguer qu'il s'agissait là d'une atteinte à sa personnalité, que son employeur exerçait sur lui une pression excessive, avec des exigences administratives inutiles et qu'il lui avait été imposé d'être accompagné par ses supérieurs lors de ses rendez-vous.

u. B_____ a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions.

Il a notamment allégué que les objectifs de performances fixés pour A_____ n'étaient pas toujours atteints et que sa production était en dessous de la moyenne. De nombreux entretiens avaient eu lieu à ce sujet pour améliorer la situation. Les mesures de soutien organisées (présence d'un collègue, rédaction de rapports)

n'avaient pas permis d'améliorer la situation. A_____ avait un caractère difficile et son attitude perturbait le climat de travail.

B_____ a produit des pièces desquelles il ressort que plusieurs clients se sont plaints des prestations de A_____ et que celui-ci a effectué du démarchage non autorisé sur papier en-tête de l'agence.

v. A l'issue de l'administration des preuves, les parties ont persisté dans leurs conclusions et le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. L'appel, formé en temps utile et selon les formes légales dans une cause avec une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. est recevable (art. 308 et 311 CPC).

Même si la motivation présentée par l'appelant à l'appui de son appel est sommaire, les griefs qu'il forme contre le raisonnement du Tribunal sont intelligibles de sorte que, contrairement à ce que soutient l'intimé, l'appel ne doit pas être déclaré irrecevable pour défaut de motivation.

2. Le Tribunal a considéré que le caractère abusif du licenciement n'était pas établi. Les motifs de licenciement invoqués par l'intimé étaient réels. L'appelant avait effectué de bonnes performances jusqu'en 2015 mais, par la suite, ses prestations s'étaient dégradées comme l'attestaient les déclarations des témoins E_____, J_____ et I_____. Plusieurs entretiens avaient eu lieu et un avertissement formel avait été notifié à l'appelant. Celui-ci était démotivé et son attitude se répercutait sur toute l'équipe. A cela s'ajoutait que les absences récurrentes de l'appelant pour cause de maladie avaient un impact négatif sur l'organisation et le fonctionnement de la société. L'intimé n'avait pas porté atteinte à la personnalité de l'appelant en coupant ses accès informatiques pendant son arrêt maladie car celui-ci devait se reposer. L'appelant n'était de plus pas en droit de décider à qui confier les clients de son portefeuille car le contrat prévoyait expressément que ces clients étaient ceux de D_____ SA et qu'il incombait à l'intimé, en tant que chef d'agence de les attribuer. La réattribution des clients pendant l'absence de l'appelant était justifiée, étant précisé que seuls 10% des clients du portefeuille de l'appelant étaient concernés. Aucun élément du dossier ne permettait de retenir que l'incapacité de travail de l'appelant était imputable à l'intimé. Aucun témoin n'avait confirmé que l'intimé exerçait une pression excessive sur l'appelant. La mesure prévoyant que A_____ E_____ accompagnerait l'appelant à ses rendez-vous n'avait finalement pas été mise en place et ne visait au demeurant pas spécifiquement l'appelant. La remise de rapports hebdomadaires concernait tous les employés. Le rapport de l'IST n'établissait pas que le *burn out* de l'appelant était dû à l'attitude de son employeur et le rapport [du centre d'expertise] N_____

était dépourvu de force probante en raison des manquements professionnels de cet établissement constatés par la justice.

L'appelant fait valoir qu'il a été licencié car il a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant son contrat de travail, ce qui est abusif. Ses performances étaient bonnes, de sorte que ce motif de licenciement est infondé, ce qui était attesté par le témoin L_____, par les félicitations qu'il avait reçues de son employeur et par son intégration au "Club P_____". Il avait atteint ses objectifs pour 2015 et pour 2016. L'accord conclu avec son collègue M_____ de lui attribuer ses clients pendant son absence en échange d'un partage des commissions ne causait pas de préjudice à son employeur. Si le motif de licenciement allégué par l'intimé était réel, celui-ci l'aurait licencié dès la fin de sa période de protection, soit dès le 24 juillet 2017. Les entretiens intervenus entre l'appelant et ses supérieurs concernant ses performances étaient usuels. Même si ses absences étaient susceptibles de compliquer l'organisation du travail, il ne s'agissait pas là du motif réel du congé qui devaient "être cherché dans le comportement adopté par" l'intimé "à son endroit au cours des mois et semaines qui ont précédé le licenciement", à savoir l'avertissement de septembre 2016, la pression excessive exercée sur lui par l'intimé, la coupure de ses accès informatiques et le fait que l'appelant s'était plaint de ses conditions de travail. Le caractère abusif du licenciement était attesté par le fait que l'intimé avait reconnu avoir pris la décision de le licencier environ un mois avant la notification de la résiliation.

2.1.1 Lorsque le contrat de travail est de durée indéterminée, chaque partie est en principe libre de le résilier (art. 335 al. 1 CO), moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux. Le droit suisse du contrat de travail repose en effet sur la liberté contractuelle. La résiliation ordinaire du contrat de travail ne suppose pas l'existence d'un motif de résiliation particulier (ATF 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1; 127 III 86 consid. 2a p. 88).

La limite à la liberté contractuelle découle des règles de l'abus de droit (art. 336 CO). La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs indiqués par la partie qui résilie (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.4; 131 III 535 consid. 4.2). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées par cette disposition (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2; 131 III 535 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017, consid. 2.2.2).

Le congé est abusif, en particulier, lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO).

Cette disposition, qui vise les congés-représailles suppose la réalisation de plusieurs conditions, à savoir que la partie licenciée est de bonne foi, qu'elle a émis des prétentions existantes, qui découlent du contrat de travail (salaire, vacances ou prétention en protection de la personnalité) et qu'il existe un lien de causalité entre la formulation des prétentions et la résiliation. Le licenciement est abusif notamment lorsque le travailleur est licencié pour être intervenu auprès de son employeur pour faire cesser les tracasseries dont il estimait être l'objet. De ces situations, il convient de distinguer le cas où l'employé critique la stratégie ou l'organisation imposée par l'employeur. En effet, un travailleur est subordonné à son employeur et n'est pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinions, sa propre vision du but social et des mesures à adopter. Dès lors l'employeur n'abuse pas de son droit de résiliation s'il licencie le travailleur en raison de telles critiques, qui ne peuvent pas être assimilées à des prétentions découlant du contrat de travail (WYLER, Droit du travail, 2019, p. 798).

Si elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Ainsi, la résiliation des rapports de travail en raison d'une incapacité prolongée perdurant au-delà du délai de protection de l'art. 336 c CO n'est pas abusive, pour autant que l'incapacité ne trouve pas sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur et que celui-ci n'exerce pas son droit d'une manière rendant le licenciement abusif. Sous la même réserve, n'est pas non plus abusive la résiliation en raison de performances insuffisantes même si celle-ci résultent de périodes d'incapacité nombreuses ou prolongées (WYLER, op. cit., p. 789).

Il n'appartient pas au juge de substituer à la décision de l'employeur une pesée des intérêts des parties au contrat de travail. Mais, il peut intervenir en cas d'abus de droit, notamment s'il existe une disproportion grossière entre les intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 2.21).

2.1.2 En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 130 III 699 consid. 4.1, SJ 2005 I 152; arrêt du Tribunal fédéral 4A_92/2017 précité consid. 2.2.2). Le travailleur doit établir non seulement le motif abusif mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail (DUNAND, op. cit., n. 16 ad art. 336 CO).

En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a

donné le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_92/2017 précité consid. 2.2.2).

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a précisé qu'en cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif (arrêt du Tribunal fédéral 4A_437/2015 du 4 décembre 2015 consid. 2.2.5 et les arrêts cités; DUNAND, op. cit., n. 19 ad art. 336 CO).

2.2 En l'espèce, le Tribunal a considéré à juste titre que le licenciement de l'appelant n'était pas abusif.

En effet, il résulte des témoignages recueillis par le Tribunal que les prestations de l'appelant ont sensiblement baissé dès 2015 de manière à devenir en-dessous de la moyenne, qu'il était démotivé et que son attitude négative avait un impact sur ses collègues de travail. Plusieurs entretiens ont eu lieu avec sa hiérarchie, entre 2015 et 2016, dont un avertissement formel, sans que cela ne permette d'améliorer la situation.

Contrairement à ce que fait valoir l'appelant, le fait que le témoin L_____ ait déclaré qu'il avait un gros portefeuille de clients à son arrivée ne permet pas de retenir que ses performances ont été satisfaisantes également les derniers temps de son activité. En effet, le témoin a quitté l'agence de l'intimé en 2014.

Le fait que l'appelant ait reçu des marques de reconnaissance de son employeur entre 2014 et le printemps 2015 n'est pas déterminant non plus, car la baisse des prestations de l'appelant est survenue plus tard. Pour les mêmes raisons, l'intégration de l'appelant au "Club P_____" en septembre 2014 n'établit pas non plus que les allégations de l'intimé concernant la baisse des prestations de l'appelant sont infondée. De plus, il ressort des enquêtes que ce club regroupait également les employés qui avaient besoin de soutien et l'on ignore pour quel motif exactement l'appelant y a été intégré.

Le premier motif allégué par l'intimé pour le licenciement, à savoir le manque de performance et d'atteinte des objectifs fixés, en dépit des discussions et avertissements intervenus, est dès lors réel.

Le second, à savoir le fait que les absences de longue durée de l'appelant posaient des problèmes pour la gestion de l'agence l'est également. L'appelant ne le conteste d'ailleurs pas. Selon la jurisprudence précitée, ce motif n'est pas abusif.

Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet de retenir que le congé a été motivé par des prétentions résultant du contrat de travail formulées par l'appelant de bonne foi. L'appelant n'a d'ailleurs jamais indiqué concrètement, que ce soit dans sa demande ou dans son appel, à quelles prétentions il se référait.

A supposer qu'il s'agisse de ses griefs relatifs à la suppression de son accès informatique et à la réattribution, pendant son absence, d'une partie de ses clients, griefs formulés dans son courrier du 15 septembre 2017, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que ceux-ci étaient infondés.

En effet, la suppression de l'accès informatique de l'appelant se justifiait par le fait qu'il était en congé maladie et, qu'en dépit des instructions qui lui avaient été données par son employeur, il persistait à avoir des contacts avec des clients depuis chez lui, au lieu de se reposer. La réattribution d'une partie minime du portefeuille de l'appelant, à savoir 10%, se justifiait également puisqu'il convenait de prendre en charge le suivi des clients de l'appelant pendant son absence.

L'appelant ne soutient pas en appel qu'il était en droit d'attribuer sans l'accord de son employeur ses clients à son collègue M_____, avec lequel il partageait les commissions pendant son absence. Il se limite à alléguer que cela ne causait aucun préjudice à l'intimé. Ceci n'est cependant pas déterminant. En effet, l'appelant était tenu d'obéir aux instructions de son employeur qui lui avait indiqué que les clients devaient être adressés à F_____.

L'appelant n'a pas non plus établi que le *burn out* qui l'a tenu éloigné du travail était imputable à l'intimé. Aucun témoin entendu n'a confirmé ses allégations selon lesquelles l'intimé le maltraitait et exerçait une pression excessive sur lui, à l'exception du témoin M_____. Les déclarations de ce témoin, qui doivent être prises avec réserve compte tenu du fait que c'était avec lui que l'appelant avait convenu de partager des commissions pendant son absence, sont cependant isolées et ne sauraient prévaloir sur les autres éléments de preuves recueillis par le Tribunal.

Le rapport de l'IST n'établit pas non plus que l'arrêt maladie de l'appelant est imputable à l'attitude de l'intimé. A cet égard, il convient de relever que c'est de manière inexacte que l'appelant à prétendu, dans son courrier du 16 octobre 2017 adressé à l'intimé, que cet institut avait confirmé que la reprise de son activité n'était pas possible sans la mise en place par son employeur de mesures concrètes pour protéger sa personnalité. Aucune constatation de ce type ne figure en effet dans le rapport, qui n'a d'ailleurs été rendu que plus tard, et qui mentionne de plus

expressément qu'il n'est fondé que sur les allégations du patient de sorte qu'il ne peut pas être utilisés à d'autre fins que thérapeutiques pour le patient.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, la chronologie des faits n'établit pas le caractère abusif du licenciement, pas plus le fait que l'intimé ne l'ait pas licencié dès le 24 juillet 2017 ou que l'intimé ait déclaré devant le Tribunal avoir pris la décision de licencier l'appelant un mois avant la notification de cette décision. Aucune conclusion en faveur de la thèse de l'appelant ne peut par ailleurs être tirée du fait que l'intimé lui a envoyé deux courriers, l'un recommandé et l'autre non, le 20 octobre 2017.

Il résulte de ce qui précède que le Tribunal a considéré à bon droit que le licenciement de l'appelant n'était pas abusif.

3. Le Tribunal a retenu que l'intimé devait être condamné à verser 5'392 fr. 70 au titre de remboursement de la caution de 9'000 fr. versée par l'appelant au début des rapports de travail au motif que ce dernier n'avait pas contesté spécifiquement les retenues opérées par l'intimé. Le fait que ce dernier ait cessé d'exploiter son agence au 31 décembre 2018 n'était pas un motif de restitution anticipée de la caution et n'était pas déterminant car le décompte pouvait intervenir par la suite. La caution était dès lors exigible, conformément au contrat, au plus tôt dès le 1er avril 2021, de sorte que les intérêts moratoires ne pouvaient courir que dès cette date. La mainlevée de l'opposition ne pouvait pas être prononcée, puisque la dette était devenue exigible après la notification du commandement de payer.

L'appelant fait valoir qu'il a contesté le décompte fourni par sa partie adverse et que celle-ci n'a fourni aucune justification des retenues qu'elle a opérées, alors que la preuve de celles-ci lui incombait.

3.1 La partie qui n'est pas chargée du fardeau de la preuve peut en principe se contenter de contester les faits allégués. Dans certaines circonstances exceptionnelles, il est toutefois possible d'exiger d'elle qu'elle concrétise sa contestation, de façon que le demandeur puisse savoir quels allégués précis sont contestés et, partant, puisse faire administrer la preuve dont le fardeau lui incombe; plus les allégués du demandeur sont motivés, plus les exigences de contestation de ceux-ci par la partie adverse sont élevées. Ainsi, lorsque le demandeur allègue dans ses écritures un montant dû en produisant une facture ou un compte détaillés, qui contient les informations nécessaires de manière explicite, on peut exiger du défendeur qu'il indique précisément les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte est censé admis et n'aura donc pas à être prouvé (arrêt du Tribunal fédéral 144 III 519 consid. 5.2.2).

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Selon l'art. 339 al.1 CO, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. L'exigibilité des provisions peut être différée par accord écrit (art. 339 al. 2 CO).

3.2 En l'espèce, il incombait à l'intimé, qui se prévaut du fait que des retenues doivent être opérées sur le montant de la caution versée par l'appelant, d'établir le bien fondé de celle-ci.

Or l'intimé, qui n'a fourni aucune indication sur les motifs de ces retenues, n'a pas rapporté cette preuve.

Le décompte bancaire qu'il a produit ne fournit aucune indication sur les retenues opérées de sorte que l'appelant ne pouvait pas faire autre chose que de le contester en bloc, ce qu'il a fait.

Il résulte de ce qui précède que l'intimé doit être condamné à verser 9'000 fr. à l'appelant au titre de remboursement de la caution prévue par l'art. 29 du contrat de travail.

Le fait que le contrat de caution prévoit que celle-ci doit être remboursée au plus tard 36 mois après la fin du contrat de travail n'implique pas que ce montant n'est exigible que dès le 1er avril 2021 comme l'a jugé le Tribunal. La mention "au plus tard" ne veut pas dire que le remboursement de la caution ne peut pas être exigé plus tôt.

L'intimé n'a pas démontré que les parties avaient convenu par accord écrit de différer l'exigibilité du remboursement de la caution.

Il en résulte que l'art. 339 al. 1 CO s'applique sur ce point, de sorte que le remboursement de la caution est exigible dès la fin des rapports de travail.

L'appelant n'ayant cependant conclu qu'à l'allocation d'intérêts moratoires à 5% dès le 1er janvier 2019 il sera fait droit à ses conclusions puisque la Cour ne peut pas statuer *ultra petita.*

Le chiffre 2 du dispositif du jugement querellé sera dès lors modifié en ce sens.

La mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer notifié par l'intimé à l'appelant le 18 janvier 2019 ne sera pas prononcée car ce commandement de payer indique comme cause de l'obligation une indemnité pour licenciement abusif et non le remboursement de la caution. Il n'y a dès lors pas identité entre la prétention déduite en poursuite et le titre de mainlevée définitive, ce qui entraîne le rejet de la demande de mainlevée de l'opposition (ABBET/ VEUILLET, La mainlevée de l'opposition, 2017, n. 92 ad art. 80 LP).

4. Compte tenu de l'issue du litige, les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 500 fr. et compensés avec l'avance versée par l'appelant, acquise à l'Etat de Genève seront mis à charge des parties à raison d'une moitié chacune (art. 106 al. 1 et 111 CPC; 71 RTFMC).

L'intimé sera condamné à verser à l'appelant 250 fr. au titre des frais judiciaires.

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ contre le jugement JTPH/383/2021 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 octobre 2021.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif de ce jugement et, cela fait :

Condamne B_____ à verser à A_____ 9'000 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2019.

Confirme le jugement querellé pour le surplus.

Sur les frais :

Met à la charge des parties à raison d'une moitié chacune les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 500 fr. et compensés avec les avances fournies, acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ à verser 250 fr. à A_____ au titre des frais judiciaires d'appel.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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

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

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