



Monsieur T_____

Dom. élu:

Me Giovanni CURCIO
Rue d'Aoste 4
1204 GENEVE

E_____ SA

Dom. élu:

Me Denis WEBER
Rue Bellefontaine 2
Case postale 5924
1002 LAUSANNE

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 3 août 2010

M. Guy STANISLAS, président

Mme Monique FORNI et M. Bernard PICENNI, juges employeurs

MM. Frédéric DREYFUS et Thierry ZEHNDER, juges salariés

Mme Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** E_____ SA (ci-après « E_____ ») est une société anonyme ayant son siège à Lausanne et bénéficiant de plusieurs agences en Suisse, y compris dans le canton de Genève. La société est active dans notamment la recherche de personnel à titre intermédiaire ou permanent pour le compte de ses clients.
- B.** Par contrat de travail du 12 avril 2006, T_____ a été engagé par E_____ en qualité de consultant auprès de l'agence de l'entreprise sise à Genève. Au contrat de travail était joint un document intitulé « Description de fonction » valant cahier des charges pour l'employé.

Les supérieurs hiérarchiques de T_____ étaient A_____, responsable de la succursale et B_____, responsable de région.

- C.** Le 14 mars 2007, E_____ a adressé à T_____ un avertissement au terme duquel certaines tâches relevant de son cahier des charges devaient être améliorées. Un délai au 15 avril 2007 lui était octroyé pour améliorer les différents points de la collaboration qui ne donnaient pas satisfaction et qui concernaient notamment la gestion du recrutement du personnel à placer, le volume de visites au client et le traitement des appels téléphoniques entrants.
- D.** Le 3 octobre 2007, E_____ a établi un certificat intermédiaire à l'endroit de T_____ « en vue de changement de supérieur direct ». Après la description des tâches, le certificat précisait que « T_____ est un collaborateur discret, précis et flexible, capable de travailler de manière indépendante ; nous soulignons son sens de l'organisation. Depuis son engagement, T_____ s'est acquitté de ses tâches à notre pleine et entière satisfaction. T_____ entretient de bonnes relations tant avec ses supérieurs et collègues qu'avec l'ensemble de nos partenaires commerciaux... Nous le remercions pour son engagement et formulons nos

vœux de succès pour la suite de sa carrière professionnelle au sein de notre entreprise. »

- E.** Le 6 mars 2008, E_____ a adressé un avertissement à T_____, lui faisant notamment grief d'avoir commis des erreurs relatives au placement du personnel nécessitant une autorisation de travail. Le respect de la législation était à ce sujet rappelé. Un délai d'un mois était imparti pour remédier à ces dysfonctionnements, faute de quoi, l'employeur serait dans l'obligation de résilier le contrat de travail.
- F.** Au mois d'avril 2008, à la suite du licenciement d'un collaborateur, C_____, ce dernier rapporta à la direction de E_____ des agissements irréguliers de l'agence de Z_____ relatifs à la tenue d'une caisse noire. Cette dénonciation suscita une enquête interne diligentée par E_____, ainsi qu'une enquête externe confiée à D_____, afin d'identifier les circonstances de malversations relatives à la petite caisse de la part des collaborateurs de la succursale Genève. L'enquête diligentée par D_____ a donné lieu à un rapport daté du mois de mai 2008 et concluant à des dysfonctionnements liés notamment à l'encaissement de badges dont le produit était conservé dans une caisse et non enregistré dans le système financier de la succursale. T_____ a participé à la procédure d'investigation.
- G.** A l'issue de cette procédure, T_____ fut invité à restituer à l'entreprise, par courrier du 7 juillet 2008, la somme de CHF 312.50, montant correspondant au bénéfice qu'il avait tiré du système de caisse noire, qui serait déduit de son salaire du mois de juillet 2008.
- H.** Ces événements, notamment l'enquête diligentée par D_____, ont déstabilisé l'agence de l'aéroport qui s'est trouvée, selon les cas, confrontée à des départs imposés ou volontaires. La nouvelle responsable de l'agence, F_____ a ainsi donné sa démission le 5 juin 2008, invoquant souhaiter orienter sa carrière professionnelle vers d'autres horizons.

- I.** A la même époque, s'est posée la question de la pérennité de la collaboration de T_____ au sein de l'entreprise. En dépit des avertissements notifiés de la situation liée à la caisse noire, le responsable régional de E_____, B_____ était désireux de continuer à s'attacher les services de T_____ qui, pour sa part, ne souhaitait pas continuer sa collaboration. Au cours d'un entretien téléphonique du 12 juin 2008, alors que T_____ était en arrêt maladie, B_____ a alors fait part à son subordonné des différentes options sur la poursuite de sa collaboration au sein de E_____, soit une démission, un licenciement ou un changement d'agence. B_____ relève lui avoir indiqué, au cours de cette conversation téléphonique, que T_____ devait préciser ses intentions quant à la pérennité de sa collaboration au sein de l'entreprise et que s'il ne souhaitait pas réintégrer E_____, il devait le signifier clairement à son supérieur hiérarchique qui n'effectuerait pas une résiliation des rapports de services, sans être au préalable informé par écrit du souhait de son employé de quitter la société.
- J.** Le 17 juin 2008 au matin, T_____ a adressé un courriel à B_____, avec la teneur suivante « Suite à notre entretien téléphonique du jeudi 12 juin 2008, je ne souhaite pas réintégrer la succursale selon notre discussion. ». T_____ a contesté être l'auteur de ce courriel.
- K.** Ce même 17 juin 2008, B_____ et T_____ ont signé un document intitulé « Confirmation de licenciement ». Il était indiqué que, selon l'entretien du même jour, les rapports de travail liant T_____ à E_____ étaient résiliés par cette dernière pour le 31 août 2008, et précisé que T_____ était libéré de l'obligation de travailler jusqu'à l'échéance de son préavis.
- L.** Le 31 août 2008, E_____ a délivré à T_____ un certificat de travail au contenu moins élogieux que celui rappelé dans le certificat intermédiaire du 3 octobre 2007. De même, les tâches y étaient décrites de façon moins complète.

- M.** Par courrier de son conseil du 29 août 2008, T_____ a invoqué la résiliation abusive des rapports de travail considérant que le licenciement résultait de la dénonciation auprès de sa hiérarchie des malversations commises par le personnel de l'agence de Z_____ et indiquant avoir fait l'objet de pressions pour que cette situation ne soit pas dévoilée. Il réclamait ainsi une indemnité correspondant à six mois de salaire pour licenciement abusif. De même, il réclamait le paiement de 476 heures de travail supplémentaire.
- N.** Le 4 septembre 2008, E_____ a contesté les griefs énoncés par T_____. L'employeur a relevé que ce dernier n'étant pas le dénonciateur des malversations reprochées au personnel de l'agence, cette situation ne pouvait être la cause de son licenciement. Il était de plus rappelé que le licenciement avait été effectué à la demande de T_____ qui, à la suite des problèmes rencontrés au sein de l'agence, ne souhaitait pas continuer sa collaboration avec E_____. Cette dernière relevait ainsi que la communication du 17 juin 2008 constituait une « confirmation de licenciement » et non un licenciement au sens propre. Elle contestait enfin l'accomplissement de 476 heures de travail par T_____, précisant que cette question n'avait jamais été évoquée auparavant.
- O.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 26 février 2009, T_____ a assigné E_____ en paiement de la somme de CHF 53'643.40, avec suite d'intérêts, se composant d'une somme de CHF 35'100.- réclamée à titre d'indemnité pour résiliation abusive et CHF 18'543.40 invoquée à titre de rémunération de 476 heures de travail supplémentaires. T_____ a, en outre, sollicité la modification du certificat de travail établi le 31 août 2008.

A l'appui de sa réclamation, l'employé a reconnu ne pas avoir dénoncé les irrégularités de gestion ayant donné lieu à l'enquête au sein de l'agence, bien qu'il en connût l'existence. Il avait néanmoins confirmé ces malversations lors de l'enquête dirigée par D_____, en dépit des pressions reçues de sa hiérarchie de taire cette situation. Il a indiqué que le congé lui avait été notifié en relation avec

la confirmation de ces malversations dans le cadre de l'enquête interne et a vu un congé repréaillés au sens de l'article 336 lit. d CO. S'agissant des heures supplémentaires, T_____ a allégué en avoir informé ses supérieurs hiérarchiques et demandé à plusieurs reprises qu'elles lui soient rétribuées. Il a produit à ce sujet, pour les besoins de la procédure, un résumé des heures supplémentaires accomplies pour les années 2006 à 2008, reprises d'un calepin qu'il avait égaré. Enfin, il a indiqué que, hormis les deux avertissements dont il avait fait l'objet, dont il contestait au demeurant le contenu, son travail n'avait jamais donné lieu à une quelconque critique, de telle sorte qu'il ne comprenait pas que le certificat définitif soit nettement moins élogieux que le certificat intermédiaire qui lui avait été délivré le 3 octobre 2007.

- P.** E_____ s'est opposée à la demande. Elle a expliqué que, à la suite des événements au sein de la succursale ayant nécessité un rapport d'audit, T_____ s'était interrogé sur la pérennité de sa collaboration avec E_____ et qu'ayant finalement manifesté son souhait d'interrompre cette collaboration, il avait été convenu que l'employeur procéderait à son licenciement, dès lors qu'aucune possibilité de réaffectation ne pouvait être envisagée. S'agissant des heures supplémentaires, l'employeur a indiqué que les heures de piquet du week-end étaient compensées par un jour de congé et par une indemnité forfaitaire de CHF 150.- figurant sur la fiche de salaire. Les heures supplémentaires que les collaborateurs de l'agence pouvaient effectuer selon des situations particulières étaient également compensées par du temps libre. A ce sujet, E_____ a produit à la procédure les relevés d'activité de T_____, établis par l'employé durant sa période de travail, faisant ressortir les absences de l'employé, qu'il s'agisse des vacances, des accidents, de la maladie ou de la compensation d'heures supplémentaires.

Enfin, l'employeur s'est opposé à la rectification du certificat de travail au motif que son contenu était conforme à la réalité.

Q. A____, employé de E____ de novembre 2003 à octobre 2007 et supérieur hiérarchique de T____, a été entendu en qualité de témoin. Il a considéré que les prestations de l'employé étaient bonnes. Il a déclaré ne pas avoir gardé le souvenir d'une discussion avec l'employé sur les heures supplémentaires effectuées par ce dernier, tout en confirmant que T____ avait effectué des heures supplémentaires, évaluées approximativement entre 90 et 180 minutes par semaine, durant les neuf mois de l'année pendant lesquels le trafic aéroportuaire est particulièrement intense.

C____, employé de E____ de novembre 2006 à avril 2008, a expliqué qu'il accomplissait deux jours sur trois environ 40 à 45 minutes de travail en plus de son horaire habituel, heures supplémentaires qui n'étaient pas rémunérées.

G____, employée de E____ du 6 novembre 2007 à fin avril 2008, a déclaré que T____ était un collègue enthousiaste et passionné par son travail et qu'il ne s'était jamais entretenu avec elle de l'accomplissement d'heures supplémentaires.

R. Par jugement du 9 novembre 2009, le Tribunal des prud'hommes a débouté T____ de sa réclamation en tant qu'elle tendait au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif et à la rétribution d'heures supplémentaires. Le Tribunal a condamné E____ à établir un certificat de travail reprenant les termes du certificat intermédiaire du 3 octobre 2007.

En substance, les premiers juges ont considéré que la dénonciation des rapports de service avait été souhaitée par T____ qui avait, à la suite des événements survenus à la succursale, adressé à son employeur un courriel manifestant son souhait de ne pas réintégrer l'agence. Le Tribunal a considéré qu'aucun élément des débats ne permettait de retenir que T____ ne fut pas l'auteur de ce courriel et a rappelé que le contenu de la lettre du 17 juin 2008, intitulée « Confirmation de licenciement », dont la teneur n'est pas typique d'une lettre de licenciement,

permettait également de retenir que les parties s'étaient quittées à la requête de l'employé. Les premiers juges ont dès lors considéré que le licenciement du 17 juin 2008 ne pouvait être qualifié d'abusif. La réclamation concernant les heures supplémentaires a été rejetée, faute pour l'employé d'avoir pu établir leur accomplissement, étant au demeurant précisé que la liberté d'organisation du travail de l'employé, les bonus perçus et les jours de congé compensatoires étaient autant d'éléments permettant de retenir que les heures supplémentaires, dont l'accomplissement n'était pas contesté, avaient été dûment compensées et/ou rémunérées.

Enfin, le Tribunal a admis la prétention en rectification du certificat de travail au motif qu'aucun élément probant ne permettait de modifier le contenu du certificat intermédiaire établi le 3 octobre 2007.

- S. A l'encontre de ce jugement, notifié le 11 septembre 2009, T_____ a interjeté appel par acte du 14 octobre 2009. A l'appui de son appel, l'employé reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir retenu que la dénonciation des rapports de services avait été effectuée à son initiative et conteste être l'auteur du courriel du 17 juin 2008 adressé à sa hiérarchie. L'appelant soutient que la rupture des relations contractuelles a été exclusivement souhaitée par E_____, ainsi que cela ressort du document signé le 17 juin 2008. Cette dénonciation des rapports de travail n'était fondée sur aucun motif légitime, puisque les prestations de l'employé ont toujours été appréciées de son employeur, ainsi qu'en témoignent les augmentations de salaire obtenues et le paiement des primes de fidélité et bonus allouées à l'employé. T_____ conclut ainsi à la condamnation de E_____ à lui verser une somme de Fr. 35'100.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

S'agissant des heures supplémentaires, T_____ indique avoir retrouvé le calepin dans lequel il consignait, jour après jour, les heures supplémentaires accomplies, calepin qui n'avait pas pu être produit dans le cadre de la procédure en première

instance, dès lors qu'il avait été égaré. Il a indiqué avoir sollicité à plusieurs reprises de sa hiérarchie que les heures supplémentaires ainsi accomplies lui soient rétribuées, étant précisé que l'employeur connaissait l'accomplissement de telles heures supplémentaires que nécessitait l'organisation du travail au sein de l'agence. Invoquant l'exécution de 476 heures supplémentaires à raison de 363 heures pour l'année 2006, 213 heures pour l'année 2007 et 100 heures pour l'année 2008, T_____ réclame de ce chef une somme de Fr. 18'543.40 à titre de rétribution des heures supplémentaires.

- T.** Par mémoire du 25 novembre 2009, E_____ s'est opposée à l'appel. L'intimée s'est étonnée de la production inopinée du calepin qui aurait été égaré par son auteur. Elle a indiqué que, à plusieurs occasions, les heures supplémentaires indiquées dans ce calepin étaient en contraction avec le relevé des activités produit à la procédure consignait les absences de l'employé. Il en allait ainsi des 24 novembre 2006 (absence pour raison d'accomplissement d'une obligation militaire), du 29 décembre 2006 (absence pour cause de vacances), du 22 février 2008 (absence pour enfant malade), du 13 mars 2008 (absence pour accomplissement d'une formation) qui correspondaient à des jours où l'employé n'était pas présent dans l'entreprise et où il n'avait donc pu effectuer des heures supplémentaires de travail, ainsi que cela ressortait du carnet nouvellement produit à la procédure. E_____ a en outre allégué que le licenciement du 17 juin 2008 ne pouvait être qualifié d'abusif, dès lors que cette situation répondait aux souhaits de l'employé qui, pour les circonstances liées aux malversations reprochées au personnel de l'agence, ne souhaitait pas réintégrer l'entreprise. E_____ a également contesté la partie du dispositif du jugement qui la condamnait à rectifier le certificat de travail indiquant à ce sujet que le certificat établi le 31 août 2008 reflétait un contenu conforme à la réalité.
- U.** Interrogé par la Cour d'appel sur les circonstances de la fin des rapports de services intervenus le 17 juin 2008, T_____ a indiqué n'avoir jamais émis le souhait de quitter l'entreprise et avoir reçu, alors qu'il était en arrêt maladie, un ap-

pel téléphonique de B_____ qui désirait le rencontrer. Lors de cet appel, son supérieur a évoqué diverses options pour la poursuite de la collaboration, soit la démission, le licenciement, le changement d'agence ou le changement de comportement. Dès lors qu'aucune de ces options ne convenait à T_____, E_____ a décidé de le licencier.

De son côté, B_____ a exposé que l'agence était profondément déstabilisée par les événements liés à la caisse noire et que ceci avait suscité des départs volontaires ou imposés. T_____, de son côté, s'interrogeait sur la poursuite de sa collaboration, mais B_____ ne souhaitait pas se séparer de ses services, dès lors qu'il était considéré comme un bon élément. Au cours de l'entretien téléphonique du 12 juin 2008, alors que T_____ était en arrêt maladie, B_____ lui a clairement demandé de préciser ses intentions sur la pérennité de la collaboration. Il lui a indiqué qu'il n'effectuerait pas une résiliation des rapports de services sans au préalable avoir été informé par écrit de son souhait de quitter la société. Le 17 juin 2008 au matin, au retour T_____, ce dernier a adressé à son supérieur un courriel, se référant à l'entretien téléphonique précité, lui confirmant son souhait de ne pas réintégrer l'entreprise. C'est à la suite de ce courriel que les parties ont concrétisé la dénonciation des rapports de services par le document intitulé « Confirmation de licenciement » qui avait l'avantage de libérer T_____ de la clause de non-concurrence et ne pas le pénaliser au niveau du chômage.

S'agissant des heures supplémentaires, T_____ a indiqué que la contradiction entre le contenu du carnet et les relevés d'activité n'était qu'apparente, puisqu'il était néanmoins retourné à l'agence les jours concernés et qu'il avait effectué une activité professionnelle.

A la demande de l'appelant, la Cour a entendu, en qualité de témoin, quatre clients de E_____, affectés à la société Y_____, qui ont tous rappelé la disponibilité de T_____, y compris en dehors des heures de bureau, qu'ils pouvaient appeler sur son portable.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrite par la loi, l'appel de T_____ est recevable (article 59 LJP).

2. L'appelant réclame une indemnité de Fr. 35'100.- pour licenciement abusif.
 - a) Selon l'article 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque co-contractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO ; ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116 ; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537 ss). L'article 336 CO contient une énumération exemplaire des situations de faits considérées comme des résiliations abusives et cette liste n'est pas exhaustive. Le recours à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) reste possible, de manière exceptionnelle, l'application de cette norme présupposant néanmoins l'abus manifeste d'un droit, condition qui n'est pas requise dans le cadre de l'article 336 CO (Wyler, Droit du travail, 2è éd., p. 531).

Au regard de leur champ d'application, les articles 336a et 336b CO sont toutefois exclusivement applicables aux contrats de durée indéterminée qui prennent fin par une résiliation ordinaire à l'initiative de l'employeur. Ainsi, les articles 336 à 336b CO ne s'appliquent pas en cas d'accord sur des parties sur la résiliation des rapports de travail (« *Aufhebungsvertrag* ») (Wyler, idem).

- b) Les parties au contrat de travail peuvent convenir de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord (« *Aufhebungsvertrag* ») pour autant qu'elles ne

cherchent pas à détourner une disposition impérative de la loi. Aux termes de l'article 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Selon la jurisprudence, cette norme qui prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi, et ce malgré le caractère relativement impératif de l'article 336c CO (ATF 119 II 449 consid. 2a ; 118 II 58 consid. 2b, p. 61 ; JAR 2001, p. 327 ; SARB 4/00 n° 167 p. 1094 ; JAR 1999 p. 217 ; ATF 115 V 435, 437 ; Wyler, loc. cit., p. 455 et les références citées).

- c) La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement (Muller, Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1991, p. 26 et 42). Pour savoir si un tel accord a été passé, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO ; interprétation subjective) ; si le juge ne parvient pas à établir en fait cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leur manifestation de volonté réciproque (application du principe de la confiance ; interprétation objective ; ATF 133 III 675 consid. 3.3, p. 681 ss). Dans ce dernier cas, l'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (arrêt 4C.127/2005 du 5 novembre 2005 consid. 4.a reproduit in JAR 2006 p. 351). En d'autres termes, l'employeur ne peut conclure trop facilement que le salarié accepte de mettre fin conventionnellement aux rapports de travail ; il ne peut, de bonne foi, déduire une telle volonté de la part du travailleur que si celle-ci ressort de manière claire et irréfutable de son comportement (arrêt 4A_474 2008 du 13 février 2009 consid. 3.1).

3. En l'espèce, les parties sont en désaccord sur les circonstances ayant présidé à la dénonciation des rapports de services. L'employeur soutient que, compte tenu des difficultés rencontrées à l'agence à la suite de l'audit liée aux malversations constatées, T_____ ne souhaitait pas continuer sa collaboration avec E_____, du moins sous la même forme ; il en a ainsi dûment informé son employeur et, afin de ne pas préteriter les intérêts de l'employé, les parties ont convenu de l'accord exprimé dans la « confirmation de licenciement » du 17 juin 2008. De son côté, l'employé soutient ne pas avoir émis le souhait de mettre fin à sa collaboration avec E_____ et d'avoir en réalité été licencié par son responsable qui ne souhaitait plus continuer leur collaboration.

Faute d'établir la réelle et commune intention des parties par une interprétation subjective, il appartient à la Cour d'appel de rechercher quel sens les parties ont pu ou dû donner, selon les règles de la bonne foi, à leur manifestation de volonté réciproque.

La Cour d'appel retiendra, tout d'abord, l'envoi d'un courriel adressé le 17 juin 2008 au matin par l'appelant au directeur régional de l'intimée, par lequel il manifestait son désir de ne pas réintégrer la succursale. Ce courriel, adressé à B_____, fait référence à un entretien téléphonique tenu le 12 juin 2008, alors que l'employé était en congé maladie, et sur le contenu duquel les parties s'accordent à reconnaître qu'il avait pour objet la pérennité de la collaboration au sein de l'entreprise. Lors de cet entretien téléphonique, face aux atermoiements de T_____, B_____ lui a indiqué vouloir recevoir une détermination claire quant à la poursuite de leur collaboration. De retour dans l'entreprise le 17 juin 2008 au matin, T_____ a, depuis son poste de travail, adressé un courriel à B_____ lui indiquant qu'il ne souhaitait pas réintégrer la succursale. T_____ a contesté être l'auteur de ce courriel, sans avoir pu donner d'explications crédibles sur une prétendue usurpation. Il ne ressort pas du dossier que des soupçons d'acte malveillant puissent raisonnablement naître à l'encontre de l'entreprise ; de plus,

T_____ n'a pas prétendu que le courriel du 17 juin 2008 constituerait un faux ; enfin, le contenu du courriel est suffisamment précis pour ne pas avoir été rédigé par une personne autre que les protagonistes de l'entretien téléphonique du 12 juin 2008. Bien que n'ayant pas été mis en cause par T_____, on ne voit pas l'intérêt pour B_____ de s'être adressé ce courriel depuis le poste de T_____, alors même que ce dernier avait signé, le même jour, la confirmation de licenciement mettant fin aux rapports de service pour le 31 août 2008.

La Cour d'appel constatera ainsi que les rapports de service ont été dénoncés à l'initiative de l'employé qui supportait difficilement l'ambiance pesante qui s'était installée suite aux enquêtes liées à la découverte de la caisse noire au sein de l'agence.

Le document signé par les parties le 17 juin 2008, intitulé « Confirmation de licenciement », dont la teneur n'est pas typique d'une lettre de licenciement notifiée à un employé, avait pour but d'éviter de prétexter les intérêts de l'employé dans le cadre d'une démission en faisant apparaître la dénonciation des rapports de service comme initiée par l'employeur. Au surplus, voudrait-on considérer que la communication du 17 juin 2008 procède d'un licenciement unilatéral de l'employeur qu'il aurait alors été motivé par la volonté de l'employé de ne pas réintégrer la succursale de l'aéroport et de ne pas continuer sa collaboration avec l'entreprise. Dès lors, le congé notifié au 17 juin 2008 ne saurait présenter un quelconque caractère abusif et c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté la réclamation formulée à ce sujet par l'appelant.

4. L'appelant réclame ensuite une somme de Fr. 18'543.40 à titre de compensation pour 476 heures supplémentaires accomplies du 10 avril 2006 au 17 juin 2008.
 - a) A teneur de l'article 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail

supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale. Enfin, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectué, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (Aubert, Code des obligations I, Commentaire romand, § 16 ad. art. 321c CO ; ATF 126 III 337 = SJ 2000 I 629). Toutefois, le juge doit se montrer strict dans le recours à cette disposition et cette appréciation d'équité ne doit être admise que si les circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé, et non simplement rendu vraisemblable, que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. Dans ce contexte, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période, et non annoncées, ne doivent pas être indemnisées à moins que l'employeur ne les aient approuvées. Ne constituent ainsi pas des heures supplémentaires celles qui sont accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que des circonstances exceptionnelles ne les justifient dans l'intérêt de l'employeur. De plus, le travailleur qui attend de longs mois ou la fin des rapports de travail pour annoncer de prétendues heures supplémentaires ne peut exiger leur rémunération, l'employeur n'étant dans ce cas pas informé et n'ayant pas la possibilité de s'opposer à l'accomplissement de telles heures. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires (première condition) et/ou il n'a pas de raison de savoir que de telles heures supplémentaires ont été effectuées (deuxième-

me condition), le Tribunal fédéral admet que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 II 171, 175 = JT 2003 I 241 ; Wyler, loc. cit., p. 117).

S'agissant de la preuve de l'accomplissement des heures supplémentaires, les relevés personnels du travailleur ne suffisent pas, sauf s'ils ont été régulièrement remis à l'employeur (SARB 3/00 n° 151, p. 976 ; arrêt 4C.141/2006 du 14 août 2006 consid. 4.2.3). En particulier, les décomptes récapitulatifs établis unilatéralement par l'employé à l'issue des rapports de travail doivent être accueillis exceptionnellement et avec une grande réserve (Wyler, loc. cit., p. 126).

- b) Si l'employeur admet que T_____ avait accompli des heures supplémentaires, compensées au demeurant par un congé, les parties ne s'accordent pas sur la quotité des heures supplémentaires invoquées par l'employé.

En procédure d'appel, l'appelant a produit l'original du carnet dans lequel il a indiqué avoir consigné ses heures de travail de juin 2006 à juin 2008, carnet qui est l'exact reflet des décomptes d'heures supplémentaires évoqués par l'employé dans la procédure de première instance. La Cour d'appel constate d'importantes contradictions entre l'agenda ainsi produit et les fiches d'activité établies par l'employé. Ce dernier indique avoir effectué deux heures supplémentaires le 24 novembre 2006, alors que le relevé d'activité relève une absence pour raison d'obligation militaire ; il en va de même pour le 29 décembre 2006, alors que le relevé d'activité fait état d'une absence pour vacances ; des heures supplémentaires sont également invoquées pour les 27 avril 2007 et 22 février 2008, alors que ces jours correspondent à une absence de l'employé en raison de la maladie de son enfant ; pour le 13 novembre 2007 et le 13 mars 2008, il est invoqué l'accomplissement d'heures supplémentaires, alors que ces journées correspondent à une période de formation ayant généré une absence de l'employé ; enfin, pour les 29 février, 28 mars et 9 mai 2008, il est invoqué l'accomplissement d'heures supplémentaires, alors qu'il ressort des relevés que l'employé était en

congé précisément pour récupérer des heures supplémentaires ! La Cour d'appel retiendra ainsi que le carnet produit en procédure d'appel, consignait au demeurant l'accomplissement d'heures supplémentaires déjà invoqués en première instance, se saurait constituer une preuve propre à retenir l'accomplissement des heures supplémentaires invoquées par l'employé. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît impossible à la Cour d'évaluer correctement le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'appelant, lequel avait pourtant la charge d'en apporter la preuve.

Si l'accomplissement d'heures supplémentaires n'est pas contesté par les parties, les éléments recueillis dans la procédure permettent de retenir que ces heures étaient compensées, étant précisé que la compensation des heures supplémentaires en faveur de T_____ ressort des pièces de la procédure et notamment des relevés d'activité.

- c) L'employeur n'a pas contesté l'accomplissement d'heures supplémentaires rendu quelque fois nécessaire par le trafic. Il a toutefois été établi que T_____ bénéficiait, au même titre que les autres employés de l'entreprise, d'une liberté d'organisation dans le cadre de son travail et qu'il avait ainsi l'habitude de récupérer en nature les heures supplémentaires effectuées, étant au surplus précisé que l'employé a reçu, pour l'année 2007, des bonus, non stipulés dans son contrat de travail, qui pouvaient être destinés à compenser son assiduité.

- d) Enfin, il sera rappelé que T_____ n'a pas informé sa hiérarchie de l'accomplissement d'heures supplémentaires donnant droit à rémunération. Son supérieur hiérarchique a reconnu n'avoir reçu aucune réclamation à ce sujet. T_____ a ainsi attendu la fin des rapports de service pour présenter un décompte unilatéral qui ne peut emporter la conviction de la Cour d'appel et qui ne tient compte des compensations, sous forme de congés ou de rétributions complémentaires, dont a bénéficié l'appelant à ce sujet.

5. Dans ses conclusions en réponse à l'appel, E_____ sollicite la réformation du chiffre 3 du dispositif du jugement entrepris, lié à l'établissement d'un certificat de travail reprenant les termes du certificat intermédiaire du 3 octobre 2007. Les conclusions de E_____ sont à ce sujet constitutives d'un appel incident au sens de l'article 62 LJP.

Selon l'article 59 LJP, l'appel, et l'appel incident, est formé par une écriture motivée déposée au greffe qui indique notamment les points de faits et de droit contestés du jugement, ainsi que les conclusions en appel. Cela signifie que l'appelant (incident) doit articuler les critiques qu'il forme contre le jugement de manière suffisamment précise (CAPH du 4 octobre 2000, cause C/4445/2000-1). En l'espèce, le mémoire de réponse du 25 novembre 2009 ne contient aucune motivation liée à cette conclusion constitutive d'un appel incident. Le document ne porte ainsi aucune critique, ne fut-ce que subliminale, à l'encontre du jugement entrepris sur la question du certificat de travail litigieux. Faute de respecter les exigences énoncées par l'article 59 LJP, l'appel incident de E_____ sera ainsi déclaré irrecevable.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 5

A la forme

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 9 septembre 2009 dans la cause C/3248/2009-5.

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

Au fond

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

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

Le greffier de juridiction

Le président