

# GE\_GERICHTE C/17604/2018 vom 6. März 2020

GE Cour de justice, 2020-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_17604\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_17604_2018)

FR: GE\_GERICHTE C/17604/2018 du 6 mars 2020

IT: GE\_GERICHTE C/17604/2018 del 6 marzo 2020

## Erwägungen

### E. 1

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

### E. 1.2

L'appelant principal sollicite « en tant que de besoin » la ré-audition de deux témoins entendus en première instance (L\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_). Selon l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer des preuves et cette hypothèse survient lorsque l'instance d'appel estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou faits nouveaux en application de l'art. 317 CPC. La partie appelante ne dispose pas d'un droit à la réouverture d'une procédure probatoire qui s'apprécie à la lumière des exigences de l'article 8 CC (fardeau de la preuve) et de l'article 29 al. 2 Cst (droit d'être entendu) lesquelles dispositions n'excluant pas une appréciation anticipée des preuves (Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., Nicolas Jeandin, n°5 ad art. 316 CPC). En l'espèce, l'appelant principal sollicite la ré-audition de L\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ aux motifs que leurs témoignages recueillis par les premiers juges, et ayant fait l'objet d'un procès-verbal signé par les desdits témoins, seraient incomplets sur la problématique du temps de travail de A\_\_\_\_\_ et des vacances qu'il aurait prises durant son activité. Selon l'art. 176 al. 1 CPC, l'essentiel des dépositions du témoin est consigné au procès-verbal qui est lu ou remis pour lecture au témoin et signé par celui-ci. Le témoin peut, tout comme les parties, demander rectification d'une retranscription inexacte ou d'une dénaturation de ses propos et, en cas de refus du correctif proposé, refuser de signer. Les parties ont également la possibilité de protester, mais doivent en principe le faire sur le champ à peine de forclusion (application du principe de la bonne foi en procédure), contre une transcription inexacte, lacunaire ou tendancieuse des déclarations du témoin (Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., Philippe Schweizer, n°10 et 12, ad art. 176 CPC). La juridiction d'appel n'a pas vocation à compléter la procédure de première instance et de permettre à une partie de se rattraper en souhaitant poser à un témoin, déjà entendu en première instance, des questions qu'elle était habilitée à poser lors de son interrogatoire en première instance. Sur cette conclusion préalable et au regard de la solution retenue par la Chambre sur la problématique de l'indemnité vacances formulée par A\_\_\_\_\_, la juridiction d'appel considère qu'il n'est pas opportun de renouveler l'administration des preuves et de procéder à une nouvelle audition des témoins L\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_.

### **E. 1.3**

La partie intimée conclut à l'irrecevabilité des pièces nouvellement produites par l'appelant principal à l'appui de son appel du 22 avril 2020. Au terme de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte dans la procédure d'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et, s'il s'agit de faux novas, s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. La pièce 1 appelant est une déclaration non datée établie par A\_\_\_\_\_, intitulée « Semaine type de mes horaires à [l'établissement] B\_\_\_\_\_ » concernant l'horaire de travail de l'intéressé. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un moyen de preuve, mais d'un allégué de fait venant compléter l'argumentaire déjà développé par l'appelant. La Chambre relève que A\_\_\_\_\_, assisté d'un conseil, a eu l'occasion d'exercer son droit d'être entendu en première instance, dans ses écritures et lors de son audition devant les premiers juges. L'appelant ne peut ainsi utiliser la procédure d'appel pour compléter ses allégués de faits à la lumière du jugement et la pièce 1 doit être déclarée irrecevable, faute de remplir les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Les pièces 2, 4 et 5 appelant pouvaient assurément être produites lors de la procédure de première instance et l'appelant principal n'a pas démontré que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC étaient en l'espèce réalisées. Ces pièces nouvelles seront ainsi déclarées irrecevables, de même que la pièce 3 appelante qui se réfère à une déclaration complémentaire du témoin L\_\_\_\_\_, dont la partie appelante sollicite la ré-audition, qui est déniée par la juridiction d'appel.

### **E. 2**

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

#### **E. 2.1**

En vertu de l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Selon l'art. 328 al. 2 CO, l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. L'obligation de l'employeur de protéger la santé de ses employés découle ainsi de l'art. 328 CO, de même que des règles de droit public qui s'appliquent selon le champ d'application respectif des lois concernées. Le stress et burn-out constituent un cas d'application de la protection de la personnalité du travailleur (Jean-Philippe Dunand, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n° 30 ad art. 328 CO). Le stress, le surmenage et le burn-out sont des cas de trouble psycho-social qui entraîne souvent des dysfonctionnements physiques. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail qui peuvent résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une surcharge ou d'un manque de travail ou de conflits sur le lieu de travail (Dunand, loc. cit., n°44 ad art. 328 CO). Selon la définition retenue par le SECO, le stress est un état fait de réactions émotionnelles, cognitives, comportementales ou physiologiques aux effets néfastes et nocifs de la nature du travail, de son organisation et de son environnement (SECO, annexe de l'art. 2 OLT 3, p. 302-e). Le syndrome de burn-out est, quant à lui, une maladie qui se développe lentement et qui se caractérise par un épuisement professionnel, ainsi que par un

phénomène de distanciation et de dépersonnalisation (SECO, annexe de l'art. 2 OLT 3, p. 302-f). Le burn-out peut déclencher une dépression ou, inversement, on peut faire remonter rétrospectivement l'origine d'une dépression dans un burn-out (arrêt du Tribunal fédéral du 13 septembre 2007 dans la cause 4A\_117/2007 du 13 septembre 2007, consid. 5.2). Ces phénomènes constituent des cas d'atteinte à la personnalité et à la santé des employés et peuvent ainsi être de nature à engager la responsabilité de l'employeur. Ce dernier doit ainsi organiser le travail de manière à ménager ses employés d'un stress inutile (Dunand, loc. cit., n°45, ad art. 328 CO et les références citées). S'agissant de la casuistique relative au stress ou burn-out avec effet sur la santé de l'employé, le Tribunal fédéral a ainsi confirmé un jugement cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant et délibéré d'acquisition de la clientèle mise sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des employés et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y étaient exposées. En l'espèce, l'employée soumise à ce système d'organisation s'était trouvée en incapacité de travail pour surmenage et avait souffert d'un syndrome dépressif grave qui justifiait une indemnité pour tort moral (arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 2005 dans la cause 4C\_24/2005 consid. 7.2). Dans un arrêt postérieur du 7 mars 2013 (cause 4A\_680/2012), la Cour suprême a nié la violation de la protection de la personnalité d'un travailleur exposé au stress et à une ambiance difficile au motif que l'employeur n'avait pas imposé un style de direction et des exigences sévères entraînant une pression excessive de nature à entraîner, selon l'expérience de la vie, une dégradation de la santé psychique d'une personne exposée à une telle situation ; le Tribunal fédéral a relevé que le statut de l'intéressé (chargé de diriger une équipe tout en étant assujéti à une hiérarchie) peut générer un stress et des tensions, mais a considéré que, quand bien même l'employé avait vécu douloureusement cette situation et avait alerté sa hiérarchie de la pression qu'il ne supportait plus, l'employeur ne pouvait en déduire que son employé était menacé dans sa santé et qu'il devait prendre des mesures de protection. La violation des obligations prévue à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur pour réparer le préjudice subi, en application des art. 97 ss CO, et le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité du fait de son employeur peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO. Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation.

## **E. 2.2**

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

argumentaire ne peut emporter la conviction de la Chambre de céans.

### **E. 2.3**

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

### **E. 2.4**

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

### **E. 2.5**

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

### **E. 2.6**

De 2005 jusqu'à l'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017, soit pendant plus de dix ans, l'activité de A\_\_\_\_\_ semble s'être déroulée sans difficulté, les parties s'accordant à reconnaître que [l'établissement] avait sensiblement été modifiée et reprise en mains, sous la supervision de A\_\_\_\_\_, qui avait mis en place de nouveaux systèmes de contrôle, établi de nouveaux contrats de travail pour les collaborateurs, révisé les conditions de travail au sein de l'association, changé les logiciels de gestion hôtelière, de comptabilité, de salaire et de timbrage. Pendant cette période de travail s'étalant sur douze années, la procédure ne relève aucune pathologie particulière de A\_\_\_\_\_ ou atteinte à sa santé qui avait justifié une interruption de son activité ou dont il se serait plaint auprès de sa hiérarchie.

### **E. 2.7**

En 2017, la Ville de Genève, bailleresse de l'association, par la voix de conseillère administrative en charge du département des finances et du logement, a ordonné une revue de la comptabilité et de la gouvernance de l'association, en application des dispositions contractuelles du bail à ferme qui liait les parties. Cette revue fut confiée au Service du Contrôle Financier qui sollicita le concours de la direction de [l'établissement]. A\_\_\_\_\_ vécut très mal cet audit qui, de son point de vue, rouvrait les plaies d'injustice qui ne s'étaient pas cicatrisées depuis son rapport de 2004 dénonçant les agissements de l'ancienne direction et auxquels, de son point de vue, le comité n'avait pas apporté de réponse appropriée. Ainsi, quand bien même la revue portait sur l'exercice 2015, A\_\_\_\_\_, dans des communications des 24 mai, 28 mai et 5 juin 2017 adressées au directeur du contrôle financier, est largement revenu sur les irrégularités financières antérieures à sa prise de fonction qu'il avait dénoncé treize ans auparavant. Manifestement, il apparaissait que A\_\_\_\_\_ ne digérait pas le sentiment d'injustice qu'il nourrissait à l'égard de son prédécesseur et de certains membres du comité et réitérait le scandale des malversations qu'il avait identifiées dans son rapport de 2004. Dans les communications précitées, A\_\_\_\_\_ accusait fortement la Ville de Genève de laxisme pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires face aux malversations constatées treize années auparavant et indiquait très mal accepter cet audit, compte tenu de « la non-entrée en matière de la Ville de Genève sur les faits très graves que je lui ai rapportés en 2003-2004 ». De même, dans un courrier du 5 juin 2017 adressé au directeur du contrôle financier, A\_\_\_\_\_ mettait en cause son impartialité compte tenu de sa dépendance hiérarchique au conseil administratif et indiquait avoir l'intention de transmettre ces informations à la Cour des comptes. Le 7 août 2017, la Ville de Genève, par la voix de sa conseillère administrative, rendit ses conclusions sur la revue de la comptabilité et de la gouvernance de l'association. En substance, quelques corrections

comptables devaient être effectuées pour les comptes 2015 et 2016. Divers problèmes de gouvernance (tenue des séances plus régulières du comité, contrôle de l'organe de révision étendu à des zones à risques, risque d'étanchéité des comptes des différentes structures, indemnités en faveur des membres du comité) étaient identifiés et l'association était invitée à y remédier. A\_\_\_\_\_ a très mal vécu tant l'audit ordonné par la Ville de Genève que ses conclusions. Il a rédigé à l'attention du comité de l'association, de la conseillère administrative et du responsable du contrôle financier, un mémo - qui ne fut finalement pas adressé aux destinataires - très critique, voire virulent, à l'encontre du comité et de l'édile municipal, menaçant de dévoiler ce scandale à la presse.

### **E. 2.8**

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

### **E. 2.9**

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

### **E. 2.10**

On ne voit pas dans ces événements une atteinte illicite à la personnalité de A\_\_\_\_\_. Il ressort de la procédure que A\_\_\_\_\_ a nourri un important sentiment d'injustice à l'encontre des membres du comité et de la Ville de Genève qui n'ont pas su apporter le traitement approprié à son rapport de 2004 qui dénonçait des dysfonctionnements et malversations de l'ancien directeur. En particulier, A\_\_\_\_\_ n'a pas compris que le comité n'entreprene pas les actions judiciaires adéquates pour sanctionner ces faits et récupérer les sommes indument reçues. C'est oublier que, nanti de ce rapport dénonçant des dysfonctionnements et anomalies, le comité a, de façon adéquate, mis en oeuvre un audit externe qui s'est adjoint les services d'une étude d'avocat pour examiner la matérialité des faits qui pouvaient relever du domaine pénal. Dans son rapport d'audit, l'expert externe a identifié diverses anomalies, suggéré des modifications dans la gouvernance, constaté que divers dysfonctionnements avaient pris fin et indiqué les raisons pour lesquelles il n'apparaissait pas judicieux d'entreprendre une action pénale. Ces conclusions n'étaient sans doute pas à l'aune des attentes de A\_\_\_\_\_, qui avait travaillé intensément pour identifier des anomalies ou malversations, mais la Chambre des prud'hommes considère qu'aucune circonstance ne justifiait que le comité s'écartât des constatations ainsi transmises par l'expert qu'il avait mis en oeuvre. L'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017 a ravivé des plaies non fermées et a été interprété par A\_\_\_\_\_ comme une grave offense à son endroit. La virulence des communications adressées au représentant du contrôle financier, l'acharnement vouloir

rouvrir les anomalies dénoncées treize années plus tôt, la défiance affichée tant envers les membres du comité (pourtant modifiés depuis 2004) que la Ville de Genève, qui se voit accusée de négligences graves, voire de collusion, témoignent de la frustration éprouvée par A\_\_\_\_\_ face à cette revue de comptabilité et de gouvernance pourtant prévue dans le contrat de bail à ferme conclu avec Ville de Genève. L'appelant semble oublier que, nonobstant cet audit, le comité a continué à lui témoigner sa confiance, lui indiquant que cet audit n'avait aucun impact sur la relation de confiance qu'elle éprouvait envers son directeur. En dépit de ce témoignage de confiance, A\_\_\_\_\_, dont la santé semblait déjà déficiente, a été fortement éprouvé par cette situation, à tel point qu'il a conçu des idées suicidaires qui ont conduit son médecin à délivrer un certificat d'incapacité totale de travail. Ainsi, la Chambre de céans considère qu'on ne peut reprocher à l'employeur l'absence de mesures pour prévenir la dégradation de l'état de santé de son directeur. Certes, le comité de l'association savait, depuis juillet 2005, que A\_\_\_\_\_ avait été atteint dans sa santé en 2002 et 2003 au bénéfice de certificats qui n'ont pas été communiqués à l'employeur et qui n'ont été utilisés par l'intéressé aux périodes concernées. Le comité avait alors sollicité que tout nouvel arrêt de travail de son directeur lui soit communiqué. Il ressort de la procédure que, depuis cette demande de l'employeur (juillet 2005) jusqu'au printemps 2017, aucune interruption d'activité professionnelle de A\_\_\_\_\_ n'a été communiquée et qu'aucune plainte concernant un état de santé fragilisé ou déficient n'a été effectuée à la hiérarchie, le débat ayant montré que les relations s'étaient déroulées sans difficulté, A\_\_\_\_\_ oeuvrant à la modernisation de [l'établissement] et ses employeurs se félicitant de l'activité de son directeur et des résultats obtenus, ceci en dépit de quelques tensions inhérentes à cette activité managériale. Face à cette situation, on ne voit pas les mesures qu'aurait dû prendre le comité pour prévenir la dégradation d'un état de santé sur lequel elle ne disposait d'aucune information. Les premiers juges se sont mépris sur la situation de santé de l'appelant dont la procédure a démontré qu'elle s'était dégradée en 2017 à l'occasion de l'audit ordonnée par la Ville de Genève et vécu par A\_\_\_\_\_ comme une profonde injustice. C'est cette situation qui a suscité une modification du comportement du directeur, qui a été constaté, contrairement à l'épisode antérieur de 2005, par les employés de [l'établissement] et par le comité et qui a abouti, à la fin août 2017, à une incapacité de travail constatée par un certificat médical. En résumé, à l'instar de la jurisprudence précitée (arrêt 4A\_680/2012), faute d'alerte et de plaintes concernant la situation de santé du directeur, le comité ne peut se voir reproché d'avoir omis de prendre les mesures nécessaires pour prévenir cette situation. Certes, durant la période de maladie, les membres du comité, à l'exception du président, ne se sont pas manifestés auprès de A\_\_\_\_\_ pour s'enquérir de son état de santé. Cette situation ne saurait toutefois être constitutive d'une atteinte à la personnalité de l'employé et on ne peut considérer qu'un employeur qui, pour diverses raisons, s'abstient de prendre des nouvelles de son employé durant une période de maladie, porte derechef une atteinte illicite à la protection de la personnalité de son subordonné. La Chambre d'appel considère en outre que le comité de l'association a pris les mesures appropriées face aux dénonciations du directeur concernant les dysfonctionnements de [l'établissement] (i) en sollicitant un rapport d'audit en 2004 sur les malversations constatées par le directeur, (ii) en prenant les mesures appropriées sur la base des recommandations de l'expert neutre mandaté à cet égard, (iii) en soutenant son directeur dans le cadre du rapport d'audit sollicité par la Ville de Genève en 2017. La Chambre des prud'hommes considère ainsi qu'on ne peut reprocher à l'association une atteinte illicite à la personnalité de son employé. Les conditions de l'octroi d'une indemnité pour tort moral, au sens de l'art. 49 CO, ne sont ainsi

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

### **E. 3**

3.1 Selon l'art. 329a CO, l'employé accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Les vacances sont définies comme « le droit du travailleur à une période d'interruption de travail prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire, dont la durée et les dates sont déterminées à l'avance, durant laquelle le travailleur doit pouvoir effectivement se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année et pendant laquelle il dispose d'un libre choix de son emploi du temps » (Eric Cerottini, *Le droit aux vacances*, Lausanne 2001, p. 80). Le but des vacances est ainsi de permettre au travailleur de se reposer et de se détendre et, par ce moyen, de retrouver sa forme physique et psychique. Le droit aux vacances est essentiellement une émanation du devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (Eric Cerottini in *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, n°2, ad art. 329a CO). L'art. 329b al. 1 et 2 CO prévoient la réduction de la durée des vacances d'1/12ème par mois complet d'absence, après un délai de grâce d'un mois, au cours d'une année de service, pour autant que la durée d'empêchement ait été provoquée sans faute de la part de l'employé. C'est à l'employeur qu'il appartient de fixer et d'octroyer les vacances et non au travailleur de les demander, respectivement de les prendre. L'employeur doit donc s'inquiéter de la prise effective de la totalité du droit aux vacances pendant l'exercice-vacances concerné (ATF 130 III 19 ; arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 1999 dans la cause 4C\_230/1999). De même, selon la jurisprudence, il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a effectivement bénéficié en nature des jours de vacances auquel ce dernier a droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JT 2003 I 606 ; arrêt du Tribunal fédéral du 12 février 2002 dans la cause 4C\_57/2001 ; arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 2006 dans la cause 4C\_291/1995). Enfin, selon la doctrine majoritaire, le droit aux vacances obéit à un délai de prescription de cinq ans dès la date d'exigibilité, en application de l'art. 128 ch. 3 CO par renvoi de l'art. 341 al. 2 CO (Cerottini, loc. cit., p. 340 ; Philippe Caruso, *Le contrat individuel de travail*, n°10, ad art. 329d CO ; Rémi Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, 4ème éd., p. 515 ; contra Buhler/Waeber/Bruchiez, *Commentaire du contrat de travail*, 3ème éd., n°8, ad art. 329c CO) ; le Tribunal fédéral s'est rallié à la doctrine majoritaire et a expressément tranché en faveur du délai de prescription uniforme de cinq ans (arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2009 dans la cause 4A\_333/2009).

### **E. 3.2**

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

### **E. 3.3**

Les premiers juges ont rejeté la réclamation relative aux vacances prises pendant la période précitée, au motif que les témoins entendus dans la procédure auraient indiqué que le directeur bénéficiait de week-ends prolongés, du jeudi au dimanche, sans s'accorder

toutefois sur la fréquence de ces congés et sur les horaires de départ de [l'établissement] et les horaires de retour, les témoignages étant confus et contradictoires à cet égard. Considérant que les jours de vacances ne pouvaient être établis avec certitude, le Tribunal a fait application de l'art. 42 al. 2 CO et a déterminé les vacances « en considération du cours ordinaire des choses », en considérant que, en plus de ses jours de congé hebdomadaires, A\_\_\_\_\_ avait bénéficié d'un jour complet de vacances par semaine et que son droit aux vacances, à concurrence de cinq semaines par année, avait ainsi été épuisé. Cet argumentaire ne convainc pas. Tout d'abord, les témoins entendus à la procédure se sont accordés à reconnaître que A\_\_\_\_\_ n'avait pas pris de vacances pendant la période concernée, ou en tout cas ne se souvenaient plus qu'il ait pu bénéficier de vacances (témoins U\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, R\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_ certes pour une période antérieure à la période concernée). Il ressort en outre des déclarations de ces mêmes témoins que, de façon épisodique et non régulière, il arrivait au directeur de quitter [l'établissement] le jeudi en fin d'après-midi pour un retour le dimanche à [l'établissement]. Ces absences n'étaient pas régulières (« quelques fois », « certaines fois »). On ne peut donc déduire de ces témoignages que A\_\_\_\_\_ prenait chaque semaine un jour de congé, en sus de son congé hebdomadaire, compte tenu de l'irrégularité de ces absences. La Chambre des prud'hommes constate que la question des vacances était récurrente. A\_\_\_\_\_ avait présenté une première réclamation qui fut mise à l'ordre du jour de la séance du comité du 6 juillet 2005, dans laquelle il exposait que l'intensité de son travail l'avait empêché de prendre ses vacances. Ce point de l'ordre du jour fut retiré lors de la séance. Une année plus tard, par une communication du 10 mai 2006 adressée au président du comité, A\_\_\_\_\_ réitéra sa prétention tendant au versement d'une compensation pour les vacances non prises. Informé de cette problématique, il appartenait alors au comité de s'assurer que les vacances du directeur de [l'établissement] fussent prises, cette obligation étant d'autant plus concrète que, lors de la séance du comité tenue en juillet 2005, les membres du comité ont été informés des problèmes de santé rencontrés par leur directeur, auquel il fut demandé de signaler dorénavant ses incapacités de travail à la présidence de l'association. Eu égard à ces problèmes de santé, il appartenait au comité de veiller à la prise de vacances effectives qui, nonobstant la tâche de travail importante, devait permettre au directeur de bénéficier d'un repos psychique et physique et ceci même si des problèmes de santé n'ont pas ultérieurement été invoqués par l'intéressé. L'association ne peut se retrancher derrière une autonomie dans l'organisation du travail du directeur. Même s'il est reconnu que A\_\_\_\_\_ bénéficiait d'une indépendance dans l'organisation et la gestion de [l'établissement], il rapportait néanmoins au comité qui suivait et supervisait les questions relatives à la gestion et à l'organisation de [l'établissement], comme en témoigne les procès-verbaux de séances du comité. Il appartenait ainsi au comité, même si ses membres ne travaillaient pas à [l'établissement], de s'assurer de la prise effective des vacances par son subordonné et de ne pas évacuer la problématique en invoquant une autonomie dans l'organisation du travail de l'intéressé. N'ayant pu prendre ses congés pendant la période de 2013 à 2018, A\_\_\_\_\_ a ainsi droit à une indemnité pour vacances non prises pendant cette période.

#### **E. 3.4**

Cette indemnité sera calculée selon la méthode de calcul admise par la doctrine majoritaire et la Cour de céans, prenant en considération (i) le nombre de mois dans la période de référence, (ii) le nombre de semaines de vacances par année civile, (iii) le nombre de jours de travail par semaine, (iv) le nombre de semaines de vacances dont a effectivement bénéficié le travailleur, (v) le salaire annuel pour la période concernée. La Chambre d'appel

retiendra que A\_\_\_\_\_ prenait, en tout cas une fois par mois, des week-ends prolongés afin de se rendre en Valais, ce qui représente une moyenne de 1,5 jour de congé par mois, soit 18 jours de vacances par année (1,5 x 12). Pour les années 2013 à 2016, durant lesquelles A\_\_\_\_\_ a travaillé de façon complète, l'indemnité de vacances se calcule ainsi comme suit : - 2013 :  $(12 \times 5 : 12 - 3.6) \times (5 : 52 - 5 + 1) \times 136'422.- : 52 = 4'076 \text{ fr. } 92$  - 2014 :  $(12 \times 5 : 12 - 3.6) \times (5 : 52 - 5 + 1) \times 139'672.- : 52 = 4'174 \text{ fr. } 04$  - 2015 :  $(12 \times 5 : 12 - 3.6) \times (5 : 52 - 5 + 1) \times 140'322.- : 52 = 4'193 \text{ fr. } 47$  - 2016 :  $(12 \times 5 : 12 - 3.6) \times (5 : 52 - 5 + 1) \times 143'000.- : 52 = 4'273 \text{ fr. } 50$  Pour l'année 2017, A\_\_\_\_\_ a été absent pour cause de maladie les mois de septembre à décembre, soit quatre mois. En tenant compte d'un mois de grâce, son droit aux vacances pour l'année 2017 doit ainsi être réduit de 3/12ème, soit 6.25 jours (25 x 3/12ème). Son droit aux vacances en 2017 est par conséquent arrêté à 18.75 jours (25 - 6.25). Il n'est pas ressorti des enquêtes et des débats que, pendant la période 2017, durant laquelle l'audit de la Ville de Genève a été ordonné, A\_\_\_\_\_ ait pu prendre ses congés en Valais comme les années précédentes. L'indemnité vacances pour l'année 2017 se calcule ainsi comme suit : 2017 :  $(12 \times 3.75 : 52 - 3.75) \times 143'000 \text{ fr.} : 12 = 11'440 \text{ fr.}$  Enfin, pour l'année 2018, A\_\_\_\_\_ a été absent durant toute la période de l'année. En tenant compte d'un mois de grâce, son droit aux vacances est ainsi arrêté à 2.08 jours, compte tenu d'une réduction de 11/12ème (25 x 11/12ème = 22.92). L'indemnité vacances pour l'année 2018 se calcule donc comme suit : 2018 :  $(12 \times 0.42 : 52 - 0.42) \times 143'000 \text{ fr.} : 12 = 1'430 \text{ fr.}$  Au total, c'est un montant de 29'587 fr. 93 auquel peut prétendre l'appelant au titre d'indemnité pour vacances non prises, pour la période de 2013 à 2018. Le jugement du Tribunal sera également réformé sur ce point. c) Prétention relative au 13ème salaire:

#### **E. 4**

L'appelant invoque une prétention en paiement de 11'163 fr. à titre pro rata temporis de son 13ème salaire. Cette prétention lui a été déniée par le Tribunal au motif qu'il ressortait de la police d'assurance perte de gain de C\_\_\_\_\_ que A\_\_\_\_\_ avait perçu des indemnités journalières couvrant 80% du salaire soumis à AVS, y compris le 13ème salaire. Les premiers juges ont ainsi considéré que le 13ème salaire était couvert par les indemnités journalières d'assurance reçues par l'intéressé. A l'appui de son appel, A\_\_\_\_\_ indique que le 13ème salaire n'aurait pas été couvert par les indemnités reçues de l'assurance perte de gain, l'employeur ayant omis d'inclure cette rétribution. Comme l'ont relevé justement les premiers juges, cette allégation n'a été aucunement prouvée et les pièces (irrecevables) produites par l'appelant à l'appui de son appel n'apportent aucun éclairage à cet égard. De plus, en cas de conclusion d'une assurance perte de gain, au sens de l'art. 324a al. 4 CO, l'assureur est substitué à l'employeur et l'art. 87 LCA confère à l'assuré un droit propre qu'il peut faire valoir contre l'assureur. Comme l'a judicieusement retenu le Tribunal, l'employeur n'a pas la qualité pour agir à l'encontre de l'assurance s'agissant des prestations versées en cas d'incapacité de travail et la réclamation doit être formulée par A\_\_\_\_\_ à l'encontre de [l'assureur] C\_\_\_\_\_, dans l'hypothèse, non établie aux débats, où le 13ème salaire n'aurait pas été inclus dans les revenus déterminants. Le jugement sera confirmé sur ce point. d) Indemnité pour perte de prévoyance :

#### **E. 5**

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

employeur, sur la base de l'art. 339b al. 1 CO. Il chiffre son dommage à 63'774 fr. Les premiers juges ont rejeté cette prétention au motif que cette disposition légale ne trouvait pas application au cas d'espèce.

### **E. 5.2**

La motivation de l'appelant, sur ce plan de sa réclamation, souffre d'une pauvreté criante et la recevabilité d'une telle conclusion est dès lors douteuse. En tout état, la décision des premiers juges doit être sur ce point confirmée, une application de l'art. 339b al. 1 CO ne pouvant asseoir la prétention de l'appelant. L'indemnité de départ visée par l'art. 339b CO vise à combler des lacunes en matière de prévoyance professionnelle, survivants et invalidité, lorsque le travailleur reçoit une prestation insuffisante d'une institution de prévoyance. Or, le but de prévoyance visé par l'art. 339b CO est réalisé lorsque les contributions versées par l'employeur à l'institut de prévoyance, durant les rapports de travail, atteignent le montant fixé selon l'art. 339c al. 2 CO, qui est au maximum de huit mois de salaire. Dans une telle hypothèse devenue aujourd'hui la règle, l'employeur est dispensé du paiement de l'indemnité. Certes, l'art. 339b CO n'a pas été abrogé à l'entrée de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, mais son champ d'application s'en est trouvé fortement restreint et ces dispositions ne concernent désormais plus que les rares cas d'employés à temps partiel, à faible revenus qui travailleraient pendant une longue durée pour leur employeur sans être affiliés à une institution de prévoyance professionnelle (Gabriel Aubert, Commentaire romand du Code des obligations, n°3 et 4 ad art. 339b CO). A\_\_\_\_\_ ne peut donc se mettre au bénéfice de cette disposition légale. La période d'emploi s'est étalée sur vingt années durant lesquelles les cotisations ont été payées et le but de prévoyance visé par l'art. 339b CO a donc été rempli. A\_\_\_\_\_ n'est donc pas fondé à solliciter une indemnité à raison des longs rapports de travail et une application « par analogie » de l'art. 339b CO ne peut être retenue en l'espèce. Sur ce point également le jugement sera confirmé. e) Frais :

### **E. 6**

L'appel joint de l'intimée est partiellement accueilli. Cet appel n'a pas été soumis à émolument. L'appel principal de l'appelant est également partiellement accueilli. Cet appel a fait l'objet d'un élément au montant de 1'500 fr. qui doit être supporté par moitié par chacune des deux parties. \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 2 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ à l'encontre du jugement JTPH/87/2020 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 6 mars 2020, dans la cause C/17604/2018. Déclare recevable l'appel joint interjeté par ASSOCIATION B\_\_\_\_\_ à l'encontre dudit jugement. Déclare irrecevable les pièces nouvelles produites par l'appelant principal. Au fond : Annule ledit jugement. Condamne l'ASSOCIATION B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 29'587 fr. 93 à titre d'indemnité pour vacances non prises, avec intérêts à 5% dès le 1 er janvier 2019. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais: Condamne l'ASSOCIATION B\_\_\_\_\_ à rembourser à A\_\_\_\_\_ la somme de 750 fr. correspondant à la moitié de l'émolument d'appel. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Monsieur Guy STANISLAS, président; Madame Fiona MAC PHAIL, Monsieur Kasum VELII, juges; Madame Chloé RAMAT, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en

matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.