

## **BGer 4A\_35/2017 vom 31. Mai 2017**

Bundesgericht, 2017-05-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_35\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_35_2017)

FR: TF 4A\_35/2017 du 31 mai 2017

IT: TF 4A\_35/2017 del 31 maggio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Interjeté en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) prononcé en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par un tribunal supérieur statuant sur appel en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse excède le seuil requis ( art. 74 al. 1 let. a LTF ), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

#### **E. 1.2**

Devant l'autorité de céans, l'employée émet une prétention pécuniaire de 32'800 fr. dont elle ne donne pas le détail, mais qu'elle a explicitée dans son mémoire d'appel (let. B.b supra ). Elle renonce désormais à demander la suppression de sa condamnation au montant de 1'000 fr.

#### **E. 2.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). «Manifestement inexactes» signifie ici «arbitraires» ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ) La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'invocation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références).

La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes en conformité avec les règles de procédure les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18).

#### **E. 2.2**

Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral ( art. 95 let. a LTF ), y compris le droit constitutionnel ( ATF 136 I 241 consid. 2.1 p. 247; 136 II 304 consid. 2.4 p. 313). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours, ni par la motivation retenue par l'autorité précédente ( ATF 137 II 313 consid. 1.4; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400).

Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , sous peine d'irrecevabilité ( art. 108 al. 1 let. b LTF ), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 115 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3).

### **E. 3**

L'employeuse a notifié un premier congé le 22 avril 2014 pour le 31 juillet 2014. Celui-ci était nul de par la loi dès lors qu'il était prononcé au cours des seize semaines suivant l'accouchement survenu le 13 janvier 2014 ( art. 336c al. 1 let . c et al. 2 CO).

Après l'expiration de cette période de protection, une deuxième résiliation a été notifiée par pli du 15 mai 2014 pour le 31 août 2014. Quels que fussent ses griefs quant à la validité du congé et quant à l'échéance du contrat, l'employée restait tenue de fournir ses services dès la fin de son congé non payé - soit dès le 1

er juillet 2014, selon l'arrêt attaqué - jusqu'à la fin du mois d'août. L'intéressée objecte que les parties s'étaient tacitement entendues sur un congé sabbatique à durée indéterminée, respectivement qu'elle pouvait de bonne foi penser qu'elle était déliée de son obligation de travailler. Ces griefs seront examinés plus loin (consid. 4.4).

L'employée a ensuite fait défaut aux deux rendez-vous que l'employeuse lui avait successivement fixés les 1

er et 3 juillet 2014. Cette dernière a alors résilié le contrat avec effet immédiat par courrier du 7 juillet 2014. L'employée plaide qu'elle doit être indemnisée pour ce congé injustifié et qu'il faut de surcroît tenir compte du caractère discriminatoire du congé signifié le 15 mai 2014.

### **E. 4.1**

Selon l' art. 337 CO , l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Constituent notamment de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

Une telle résiliation met fin au contrat en fait et en droit le jour même où elle est communiquée, qu'elle soit justifiée ou non, et qu'elle intervienne ou non pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun ( ATF 117 II 270 consid. 3b; arrêts 4A\_372/2016 du 2 février 2017 consid. 5.1.2 et 5.4; 4C.413/2004 du 10 mars 2005 consid. 2.4; dans le même sens s'agissant de la protection conférée par l' art. 10 LEg : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7

e éd. 2012, p. 1152 n. 3; ADRIAN VON KAENEL, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, 1996, p. 135-137).

Déterminer les motifs du congé est une question de fait ( ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 i.f.). Savoir s'il repose sur de justes motifs au sens de l' art. 337 CO relève du droit (arrêt 4A\_419/2015 du 19 février 2016 consid. 2.1.1).

#### **E. 4.2**

En l'occurrence, l'autorité précédente a analysé le congé du 7 juillet 2014 comme une «résiliation avec effet immédiat pour abandon de poste basée sur l' art. 337d CO ». Elle a ainsi considéré que le motif du congé résidait dans le fait que l'employée ne s'était pas présentée aux deux rendez-vous fixés par l'employeuse.

L'employée objecte notamment qu'il s'agit d'un congé-rétorsion au sens de l' art. 10 LEg , permettant à l'employeuse de mettre un terme au contrat sans respecter ses obligations; celle-ci aurait exigé une prestation de travail par esprit de chicane, en réaction à la procédure déclenchée par l'employée. Pour autant, l'employée ne plaide pas que la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en retenant que le congé était dû à ses défections aux entretiens fixés; il n'y a ainsi pas matière à rediscuter cette constatation de fait. Doit tout au plus être examinée la question juridique de savoir si ce double défaut constitue un juste motif de congé.

Cela étant, la cour cantonale évoque un abandon d'emploi au sens de l' art. 337d CO , qui est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, de façon intentionnelle et définitive, d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié. En ce cas, le contrat prend fin immédiatement, sans qu'une déclaration expresse soit nécessaire; l'employeur a le droit à une indemnité. Cette hypothèse doit être distinguée de celle où l'employeur invoque un juste motif de résiliation en raison de la demeure du travailleur ( ATF 121 V 277 consid. 3a; 112 II 41 consid. 2). En l'occurrence, la cour cantonale n'a pas examiné si les conditions de l' art. 337d CO étaient réalisées, mais si le congé signifié par l'employeuse était sous-tendu par de justes motifs, ce à quoi elle a répondu par l'affirmative, sur la base des circonstances concrètes. L'employée conteste l'existence de justes motifs. C'est donc ce point précis qu'il convient d'examiner.

#### **E. 4.3**

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Un manquement moins grave ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, portant sur le devoir de travailler ou le devoir de fidélité ( ATF 130 III 28 consid. 4.1; 117 II 72 consid. 3).

L'absence injustifiée du travailleur - moyennant avertissement selon les circonstances - peut constituer un juste motif de résiliation par l'employeur (cf. ATF 108 II 301 consid. 3b p. 303).

Si le congé immédiat est injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Le juge peut en outre lui allouer une indemnité dont il fixera librement le montant en fonction des circonstances, mais qui ne pourra pas excéder six mois de salaire du travailleur ( art. 337c al. 1 et 3 CO ).

#### **E. 4.4**

En l'occurrence, l'employée a fait défaut à deux rendez-vous successifs qui étaient destinés à organiser son travail entre la fin de son congé non payé et l'échéance du contrat résilié par l'employeuse.

L'employée tente de justifier ses manquements par deux arguments principaux: d'une part, elle conteste que les parties aient convenu d'une date précise pour la fin du congé non payé; d'autre part, elle soutient qu'elle pouvait de bonne foi se croire libérée du devoir de travailler.

Concernant l'accord sur une reprise du travail le 1er juillet 2014, l'employée fait observer qu'une telle date n'apparaît dans aucune des correspondances. Elle relève ainsi que dans son courriel du 17 février 2014, elle proposait de « reprendre [s]on travail à partir des cours d'été » sans faire référence à la date précitée; l'employeuse s'est ensuite contentée d'indiquer que sa remplaçante assurerait les cours « jusqu'à la fin de l'année scolaire ». L'arrêt attaqué précise toutefois que l'année scolaire 2014 s'achevait à la fin juin 2014, et l'employée ne s'attache pas à démontrer en quoi cette constatation serait insoutenable. Elle ne prétend pas que la date du début des cours d'été lui était inconnue, et pour cause puisqu'elle en avait déjà donnés en 2013. Pour le surplus, l'employée ne prétend pas avoir proposé un congé non payé à durée indéterminée, de sorte qu'on ne voit pas comment l'employeuse aurait pu tacitement donner son accord. Une telle conclusion ne s'impose pas même en tenant compte des extraits de correspondances invoqués par l'employée, qui figurent pour l'essentiel dans le jugement de première instance. Rien n'indique d'ailleurs que l'employée se soit prévalu d'un congé non payé à durée indéterminée lorsque l'employeuse lui a fixé un rendez-vous pour organiser son travail entre le 1er juillet et le 31 août 2014.

L'employée objecte ensuite qu'elle pouvait de bonne foi penser être déliée de son obligation de travailler, comme l'employeuse lui avait fait savoir que sa remplaçante assurerait l'enseignement des cours et qu'il était préférable pour les élèves de ne pas changer à nouveau de professeur pour les cours d'été. Cela étant, les premiers juges ont constaté que le cahier des charges de l'employée allait au-delà du seul enseignement de l'italien et incluait d'autres tâches que l'employée aurait pu exercer. L'autorité d'appel a jugé irrecevable le grief y relatif présenté par l'employée, en ajoutant par surabondance que la confection d'un livre de grammaire - tâche que l'employeuse disait vouloir confier à l'employée - entrait dans ledit cahier. L'employée ne formule pas de grief recevable contre cette double argumentation, ce qui exclut toute discussion. Il s'ensuit que le seul fait de confier l'enseignement de l'italien à la remplaçante de l'employée ne signifiait pas de facto que cette dernière était libérée du devoir de fournir des prestations en contrepartie de son salaire. Au demeurant, l'employeuse lui a rappelé son obligation de travailler à non moins de trois reprises, dans le cadre des correspondances ayant précédé les entrevues manquées des 1er et 3 juillet 2014. Lorsqu'elle objecte qu'elle ignorait à quelle tâche distincte de l'enseignement elle devait être affectée, l'employée ne convainc pas d'avantage. En effet, lesdites entrevues avaient précisément pour but d'organiser son travail. Quand bien même elle avait initié peu avant une procédure de conciliation consécutive au congé du 15 mai 2014, l'employée ne pouvait pas présupposer, sans même l'avoir entendue, que la partie adverse agissait par pur esprit de chicane et n'avait en réalité aucune tâche à lui confier. Quoi qu'elle en dise, l'employée ne se trouvait pas non plus dans une situation comparable à celle jugée dans l'affaire 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, où la travailleuse avait refusé un changement d'affectation qui l'aurait réduite du poste de vendeuse à temps partiel à celui de préposée à la propreté. Quant au moyen tiré du fait que « le lien salarial » aurait été rompu auparavant, l'on ne sait exactement - faute de précision de l'employée à cet égard - s'il faut y voir l'expression d'une crainte de ne pas être rémunérée pour l'activité qu'elle devait déployer en juillet et août 2014, ce qui revêtirait un aspect antinomique puisque l'employée soutient

parallèlement qu'elle était au bénéfice d'un congé non payé de durée indéterminée. Quoi qu'il en soit, il faudrait lui objecter que l'employeuse avait précisé qu'elle verserait son salaire durant ce laps de temps. Peu importe, dès lors, que la caisse de pension ait fait état de la sortie de l'assurée dans un courrier du 28 mai 2014 (cf. jgt de première instance, p. 10), sans expliquer que cette opération était due au congé non payé et qu'il serait procédé à une réinscription à l'issue dudit congé. Pour le surplus, l'employée ne prétend pas que la partie adverse aurait été en retard dans le paiement de salaires échus ( ATF 120 II 209 consid. 6a p. 212), ce qui prive définitivement son argument de tout fondement.

#### **E. 4.5**

L'employée objecte encore qu'elle «

n'aurait jamais fait mine de quitter son poste

», respectivement qu'elle n'aurait pas opposé à l'employeuse un refus définitif de reprendre le travail. Il ne s'agit toutefois pas de savoir si l'employée a réalisé toutes les conditions d'un abandon de poste au sens de l' art. 337d CO , mais bien de déterminer si l'employeuse disposait d'un juste motif de mettre fin au contrat avec effet immédiat. Or, tel était bien le cas. En effet, l'employeuse a convoqué l'employée le 1er juillet 2014, premier jour après l'expiration du congé non payé, afin de discuter de l'organisation du travail jusqu'à la fin du contrat. L'employée n'avait objectivement pas de raison de considérer qu'elle était libérée de son obligation de travailler; qui plus est, elle avait obtenu l'assurance qu'elle toucherait son salaire. Elle ne s'est néanmoins pas présentée, ne serait-ce que pour prendre connaissance des intentions de l'employeuse, et a persisté après avoir reçu un avertissement en bonne et due forme. L'état de fait ne permet pas d'inférer qu'elle aurait été empêchée sans sa faute de se présenter aux deux entretiens, ni qu'elle aurait été empêchée sans sa faute de travailler pendant ces deux mois.

En définitive, la cour cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en retenant que l'employée était tenue de fournir ses services du 1er juillet au 31 août 2014 et qu'en ne se présentant pas aux deux entrevues qui devaient permettre d'organiser son travail jusqu'à l'échéance du contrat, l'employée a commis des manquements suffisamment graves pour que l'employeuse soit fondée à mettre un terme immédiat aux rapports de travail.

#### **E. 4.6**

Le congé immédiat a été signifié pour de justes motifs, notion qui entre dans celle, plus large, de motif justifié au sens de l' art. 10 al. 1 LEg (GABRIEL AUBERT, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n° 37 ad art. 10 LEg ; VON KAENEL, op. cit., p. 136 note 495). Le congé reposant sur un motif justifié, une des conditions cumulatives pour obtenir la protection conférée par l' art. 10 LEg fait défaut (RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd. 2009, n° 14 ad art. 10 LEg ). Pour cette raison déjà, toute annulation du congé fondée sur cette disposition est exclue (cf. aussi consid. 4.1), tout comme l'octroi d'une indemnité pour congé-rétorsion ( art. 10 al. 1 et 4 LEg ).

En outre, compte tenu de l'effet immédiat du congé signifié le 7 juillet, les griefs relatifs au délai de congé sont privés d'objet.

#### **E. 4.7**

L'employée prétend encore que le licenciement du 15 mai 2014 serait discriminatoire au sens de l' art. 3 al. 1 et 2 LEg et justifierait l'octroi d'une indemnité fondée sur l' art. 5 al. 2

LEg . A l'appui de sa thèse, elle se contente de citer un bref extrait du jugement de première instance qui concluait au caractère discriminatoire dudit congé et ne s'attache pas véritablement à expliquer en quoi l'autorité précédente aurait violé l' art. 5 LEg en considérant qu'une telle indemnité ne pouvait pas être prononcée dans ce cas de figure. Le grief, insuffisamment motivé, est partant irrecevable.

#### **E. 4.8**

Finalelement, il est vain de discuter d'autres moyens de fait invoqués par la recourante, faute pour ceux-ci d'être relevants ou déterminants.

#### **E. 5**

Le contrat de travail ayant pris fin à réception de l'avis de résiliation immédiate du 7 juillet 2014, se pose la question de savoir si la recourante a droit au salaire dans l'intervalle compris entre le 1er juillet et la date de réception.

S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure ( art. 102 ss CO ) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire ( art. 82 CO ; ATF 132 III 406 consid. 2.6; 115 V 437 consid. 5a; arrêt 4C.230/2005 du 1er septembre 2005 consid. 3.1). Partant, force est d'admettre, à l'instar des juges fribourgeois, que l'employée n'a droit à aucune rémunération pendant le laps de temps précité, durant lequel elle n'a fourni aucune prestation.

#### **E. 6**

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, aux frais de son auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). La recourante supportera l'émolument judiciaire fixé selon le tarif réduit ( art. 13 al. 5 LEg en relation avec l' art. 65 al. 4 let. b LTF ; KATHRIN ARIOLI, in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, op. cit., n° 115 ad art. 13 LEg ) ainsi que les dépens dus à l'adverse partie ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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