

# BGer 4A 485/2017 vom 25. Juli 2018

Bundesgericht, 2018-07-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_485\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_485_2017)

FR: TF 4A 485/2017 du 25 juillet 2018

IT: TF 4A 485/2017 del 25 luglio 2018

## Regeste

contrat de travail; résiliation abusive | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont réalisées sur le principe, notamment celles afférentes à la valeur litigieuse minimale de 15'000 fr. et au délai ( art. 74 al. 1 let. a LTF ; art. 46 al. 1 let. b et art. 100 al. 1 LTF ).

### E. 2.1

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Eu égard, toutefois, à l'exigence de motivation qu'impose l' art. 42 al. 2 LTF sous peine d'irrecevabilité ( art. 108 al. 1 let. b LTF ), il n'examine d'ordinaire que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116; 137 III 580 consid. 1.3).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits retenus par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ) et des faits constatés dans le jugement de première instance, dans la mesure où ceux-ci sont repris au moins implicitement dans la décision attaquée (arrêt 4A\_565/2009 du 21 janvier 2010 consid. 2.2.4; sous l'OJ, ATF 129 IV 246 consid. 1; 118 IV 122 consid. 1). Le tribunal de céans 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. 97 al. 1 et art. 105 al. 2 LTF ). « Manifestement inexactes » signifie ici « arbitraires » au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). Dès lors qu'il a trait à un droit constitutionnel, le grief d'arbitraire est soumis à une exigence de motivation accrue: conformément au principe d'allégation, la partie recourante doit indiquer quel droit ou principe constitutionnel a été violé, en expliquant de façon circonstanciée en quoi consiste la violation ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 II 244 consid. 2.2; 133 II 396 consid. 3.2; sous l'OJ, cf. ATF 130 I 258 consid. 1.3). Par ailleurs, pour obtenir un complètement de l'état de fait, la partie recourante doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). En l'occurrence, les recourantes ne remettent pas valablement en cause l'état de fait retenu par les instances genevoises, état de fait dont elles s'écartent à divers égards sans toutefois satisfaire aux exigences rappelées ci-dessus. Il s'ensuit que la cour de céans est liée par les faits retenus dans l'arrêt attaqué.

### E. 3

Les recourantes contestent le caractère abusif du congé et critiquent le montant de l'indemnité allouée.

### **E. 3.1**

Chaque partie peut décider unilatéralement de mettre fin à un contrat de travail de durée indéterminée ( art. 335 al. 1 CO ). Ce droit est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif ( art. 336 ss CO ). L' art. 336 CO énumère des cas de résiliation abusive. Cette liste n'est pas exhaustive; elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit. Un congé peut ainsi se révéler abusif dans d'autres situations que celles énoncées par la loi; elles doivent toutefois apparaître comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément envisagées ( ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538). Le caractère abusif du congé peut découler notamment du motif répréhensible qui le sous-tend (l' art. 336 CO en énonce une liste), ou encore de la manière dont il est donné, de la disproportion évidente des intérêts en présence ou de l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but ( ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.4). L'abus est en principe retenu lorsque le motif invoqué n'est qu'un simple prétexte tandis que le véritable motif n'est pas constatable ( ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine ; cf. aussi ATF 138 III 59 consid. 2.1 p. 62 en matière de bail). Afin de pouvoir dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait ( ATF 136 III 513 consid. 2.3 in fine p. 515). En revanche, savoir si le congé est abusif relève du droit (arrêt 4A\_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 3.3).

### **E. 3.2**

En l'occurrence, le Tribunal des prud'hommes a fait les constatations suivantes: L'employeuse avait invoqué comme motif de congé le conflit d'intérêts entre la fonction d'employée de l'EMS et celle de représentante thérapeutique d'une résidente. Or, l'employeuse connaissait cette double « casquette» à tout le moins depuis la réunion du 14 juillet 2015 et l'avait acceptée, aucune incompatibilité n'ayant été évoquée à l'époque. Le directeur de l'EMS admettait avoir été rendu attentif à la problématique du conflit d'intérêts par le courrier de la FEGEMS du 9 septembre 2015; toutefois, en l'absence de nécessité, il n'en avait pas discuté avec l'employée. Le courrier de l'employée consécutif à la perte des prothèses dentaires de sa tante avait déclenché en novembre 2015 des discussions sur la problématique du conflit d'intérêts, alors même que cette situation était connue de l'employeuse. De surcroît, l'employée n'avait pas agi comme représentante thérapeutique; en effet, son courrier contenait uniquement des questions d'ordre pratique et financier. Le vrai problème était d'être apparentée à une résidente de l'EMS dans lequel l'employée travaillait. Cette situation était toutefois acceptée par l'employeuse. Le licenciement trouvait sa cause dans les courriers échangés entre le 15 novembre et le 22 décembre 2015, qui relevaient d'avantage du dialogue de sourds que d'un échange constructif. Alors que l'employée avait proposé dans un premier temps de renoncer à sa fonction de représentante thérapeutique, le directeur de l'EMS avait réitéré son ultimatum, suite à quoi l'employée avait fait part de son souhait de conserver ladite fonction. En représailles et par orgueil, le directeur avait campé sur sa position et licencié l'employée. A aucun moment, la direction n'avait tenté d'établir un dialogue en cherchant une solution pour maintenir les rapports de travail (jgt de Ire instance, p. 12 s.). Quant à la Cour de justice, elle a retenu, à l'instar des premiers juges, que le courrier du 15 novembre 2015 avait été l'événement déclencheur de la problématique du conflit d'intérêts. L'employeuse avait adopté un comportement contradictoire, en acceptant tout d'abord que l'employée prenne une nouvelle fonction alors

qu'elle connaissait la problématique du cumul des deux fonctions, puis en invitant l'employée à renoncer à une de ces fonctions, avant de résilier son contrat. A l'issue du licenciement, aucune directive interne n'avait été communiquée aux employés et au médecin-répondant, ce qui tendait à démontrer que le motif invoqué n'était qu'un prétexte (arrêt attaqué, p. 14 s.). En droit, les deux instances genevoises ont retenu que le congé était abusif.

### **E. 3.3**

Il apparaît que la Cour de justice a repris implicitement les constatations de fait opérées dans le premier jugement concernant les circonstances de la résiliation. L'autorité de céans est liée par ces constatations, à défaut de griefs recevables contre l'état de fait. C'est le lieu d'examiner si cette résiliation est abusive.

### **E. 3.4**

Au préalable, il faut préciser que l'expression «représentant thérapeutique» vise la représentation dans le domaine médical d'une personne incapable de discernement (cf. art. 378 CC). Cette conclusion découle des décisions cantonales, qui se réfèrent aux explications du médecin-répondant de l'EMS selon lesquelles le représentant thérapeutique est le porte-parole du résident lorsque des décisions doivent être prises en matière médicale. Les recourantes plaident qu'en raison du conflit d'intérêts et du choix opéré par l'employée, elles n'avaient pas d'autre issue que de la licencier, sous peine d'engager leur responsabilité et de contrevenir à la loi. En soi, la question d'un potentiel conflit d'intérêts peut prêter à discussion, et la Cour de justice n'a du reste pas exclu une telle problématique. On peut en outre concevoir que la direction de l'EMS n'ait pas d'emblée perçu un tel problème avant de recevoir le courrier rédigé par la fédération genevoise le 9 septembre 2015. Cela étant, si la direction se souciait réellement d'un conflit d'intérêts susceptible de nuire à la résidente, il lui était loisible de saisir l'autorité de protection de l'adulte. On ne saurait prétendre, comme l'insinuent les recourantes, que l'art. 381 al. 3 CC ne permettrait pas à une telle institution de saisir l'autorité de protection de l'adulte. Cette disposition confère en effet cette faculté au médecin ou à « une autre personne proche de la personne incapable de discernement », par quoi il faut entendre quelqu'un qui connaît bien la personne concernée et qui, grâce à ses qualités, et le plus souvent grâce à ses rapports réguliers avec cette personne, paraît apte à en défendre les intérêts. Entrent notamment en considération l'assistant social et le personnel soignant (cf. Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse [Protection de l'adulte...], FF 2006 6716; WALTER BOENTE, Zürcher Kommentar, 2015, nos 117-121 ad art. 368 et n° 28 ad art. 381 CC ; EICHENBERGER/KOHLER, in Basler Kommentar, 5e éd. 2014, n° 2 ad art. 381 CC ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 2014, nos 945a et 1024). Rien n'indique par ailleurs qu'au moment des faits, la question d'une représentation dans le domaine médical se soit effectivement posée. On ignore l'état de la résidente, si ce n'est que sa capacité de discernement était fluctuante en raison de son âge. Le directeur de l'EMS a lui-même concédé qu'il n'avait pas jugé nécessaire d'intervenir après réception du courrier de la fédération. Selon les constatations de fait qui lient l'autorité de céans, le motif du conflit d'intérêts n'était qu'un prétexte, la direction n'ayant invoqué cette problématique que dans la foulée des interrogations notamment financières émises par l'employée à propos de la perte des prothèses de sa tante. A l'issue d'un « dialogue de sourds », la direction, dans une réaction d'orgueil, a licencié l'employée qui avait dans l'intervalle exprimé sa volonté de rester représentante thérapeutique de sa tante. L'employée avait alors près de 22 ans

d'ancienneté au service de l'employeuse, à qui elle avait donné entière satisfaction. Force est d'admettre que l'ultimatum ordonné par la direction était injustifié; le congé donné dans de telles circonstances était bel et bien abusif.

#### **E. 4.1**

Les recourantes critiquent en outre le montant de l'indemnité allouée en vertu de l' art. 336a CO , qui a été fixée au maximum légal, soit six mois de salaire (al. 2). L'indemnité a une double finalité, à la fois punitive et réparatrice. Le juge doit la fixer en équité ( art. 4 CC ), en tenant compte de toutes les circonstances, dont en particulier les effets économiques du licenciement ( ATF 123 III 391 consid. 3c p. 394). En l'occurrence, les juges d'appel ont justifié leur décision par l'âge de l'employée (57 ans), la très longue durée des rapports de travail et les excellentes évaluations obtenues; les témoins entendus avaient attesté de la grande qualité du travail fourni. De surcroît, le licenciement était intervenu onze mois avant l'ouverture du droit à une retraite anticipée (janvier 2017) ce qui, selon les déclarations non contestées de l'employée, engendrait des conséquences économiques graves liées à la perte de l'affiliation à la caisse de prévoyance des employeuses. La résiliation avait donc eu un effet économique négatif et durable.

#### **E. 4.2**

Les recourantes plaident en substance que les conséquences économiques du licenciement ont été infimes puisque l'employée a rapidement retrouvé un emploi dans un autre domaine; si elle avait cherché un emploi dans son domaine et à plein temps, elle en aurait même trouvé un tout de suite, vu le marché de l'emploi. Une faute devrait être retenue à son encontre, compte tenu de son choix professionnel qui l'a conduite à l'assurance-chômage. Quant au préjudice concernant la prévoyance professionnelle, il serait infime puisque l'employée était couverte par l'assurance-chômage et a ensuite retrouvé un emploi à mi-temps.

#### **E. 4.3**

Les recourantes fondent leur argumentation sur une version des faits qui s'écarte de celle retenue par les juges genevois. Quoi qu'il en soit, l'autorité précédente a uniquement pris en compte l'âge de l'employée et l'ancienneté des rapports de travail, sans faire état de difficultés à se réinsérer sur le marché du travail (l'intéressée avait déclaré en audience avoir retrouvé un emploi d'infirmière à temps partiel à la mi-septembre 2016). Il n'en demeure pas moins qu'après plus de 21 ans de service et les excellentes appréciations recueillies, l'employée pouvait légitimement espérer terminer sa carrière dans cet établissement; avec l'âge, il est de surcroît plus difficile de s'adapter à un nouvel emploi. Concernant le préjudice subi en matière de prévoyance professionnelle, la Cour de justice s'est fondée sur les déclarations de l'employée en relevant qu'elles n'étaient pas contestées par les parties adverses, soit les recourantes. A ce stade, celles-ci n'expliquent toujours pas en quoi les explications données seraient erronées, se contentant d'affirmer que l'employée était couverte par l'assurance-chômage et qu'elle a ensuite retrouvé un emploi. L'état de fait de l'arrêt attaqué ne permet pas de conclure à une analyse juridique manifestement erronée (cf. consid. 2.1 supra ). Finalement, en portant l'indemnité à son maximum, la Cour de justice a fait usage du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière. Sur le vu des circonstances concrètes, le Tribunal fédéral, qui fait montre de réserve en la matière, n'a pas à intervenir ( ATF 123 III 246 consid. p. 255).

#### **E. 4.4**

Les recourantes n'expriment pas d'autre grief, ce qui clôt la discussion (cf. consid. 2.1 supra ).

#### **E. 5**

En définitive, le recours doit être rejeté. En conséquence, les recourantes supporteront solidairement et à parts égales les frais de la présente procédure, fixés selon le tarif réduit de l' art. 65 al. 4 let . c LTF (cf. art. 66 al. 1 et 5 LTF ). Elles verseront à l'intimée de pleins dépens ( art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF ).

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