

GE_GERICHTE A/2471/2020 vom 9. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2471_2020

FR: GE_GERICHTE A/2471/2020 du 9 novembre 2021

IT: GE_GERICHTE A/2471/2020 del 9 novembre 2021

Erwägungen

E. 2

, des travaux techniques et de ramasser les feuilles ou les déchets sur les huit places de parking. Il avait également admis que suite à une dénonciation de 2018, il avait été convoqué à un entretien et que cette activité avait été autorisée pour autant qu'il l'exerce au maximum quatre heures par semaine soit un taux d'activité de 10 % mais qu'il devait néanmoins formaliser cette démarche en demandant l'autorisation, ce qu'il n'avait pas fait. M. A_____ avait également admis avoir finalement affirmé qu'il renonçait à cette activité accessoire et un contrat avait été à nouveau signé le 18 mars 2019 entre la régie D_____ et son épouse. Cette déclaration avait été reprise dans son mémoire de recours du 17 août 2020 et tous les témoins avaient confirmé cette version. Les enquêtes avaient permis d'établir que M. A_____ n'avait pas tenu cet engagement et avait continué à tondre la pelouse car ce travail était trop contraignant pour son épouse. Il avait ajouté que pendant l'été 2019, ne pouvant pas tondre suite à sa blessure à l'avant-bras, il avait engagé quelqu'un pour soulager son épouse de cette tâche. L'affiche officielle placardée dans le hall de l'immeuble photographiée en juillet 2020 apportait une preuve supplémentaire du fait que M. A_____ n'avait pas renoncé totalement à son activité accessoire de concierge. Il n'y avait aucun doute quant à la date à laquelle M. J_____ l'avait vu tondre la pelouse de son immeuble. Il s'agissait bien du 23 juin 2020. Lorsque le témoin l'avait vu en train de tondre la pelouse, il était en voiture et roulait très lentement car il y avait un dos d'âne, de sorte qu'ils se trouvaient à 10 m l'un de l'autre. Les propos tenus par ce témoin étaient crédibles, d'autant plus qu'il s'occupait au sein des TPG de contrôler l'absentéisme et que pendant plusieurs années, il avait attribué les horaires des conducteurs. Par ailleurs, M. A_____ avait eu des réactions contradictoires et avait fourni d'abord une version selon laquelle il avait dû probablement être vu lorsqu'il se rendait à la pharmacie pour prendre des médicaments. Cette version avait été contredite par le témoignage du Dr F_____ selon lequel M. A_____ n'avait pas pris de médicaments lorsqu'il l'avait vu en consultation le 25 juin 2020. Par ailleurs, le recourant avait sous-entendu dans son mémoire de recours que le 23 juin 2020, il avait le dos bloqué, que tout déplacement était extrêmement difficile, de sorte qu'il n'avait pu se rendre chez son chiropraticien que le surlendemain, soit le 25 juin 2020. Le certificat médical fourni aux TPG bien qu'antidaté, mentionnait une incapacité de travail à partir du 24 juin 2020 et ne couvrait donc pas le 23 juin 2020. Le Dr F_____ avait expliqué que M. A_____ lui avait indiqué avoir mal au dos depuis le 22 juin 2020. Par ailleurs, les enquêtes avaient établi que la tondeuse utilisée par M. A_____ devait être guidée et pesait une trentaine ou une quarantaine de kilos. Dès lors, non seulement M. A_____ n'avait pas respecté ses engagements en continuant à exercer cette activité accessoire mais c'était cette activité qui avait de toute évidence provoqué les maux de dos, soit son incapacité de travail attestée par les certificats médicaux des 25 juin et 3 juillet 2020. M. A_____ avait indiqué à son chiropraticien lors de la consultation du 25 juin 2020

que c'était bien la tonte de la pelouse qui avait déclenché sa lombalgie basse. Par ailleurs, l'avis d'instruction de service n° 30/05 (avis d'absence pour maladie ou accident et avis de reprise) était valable depuis le 1^{er} septembre 2018 et disponible sur l'intranet des TPG dès cette date, de sorte que le recourant ne pouvait pas l'ignorer. M. A_____ avait fait preuve de désinvolture et d'absence de remise en cause face à ses manquements et contradictions. Les TPG se sont référés à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le caractère justifié d'un licenciement avec effet immédiat d'un travailleur ayant exercé une activité accessoire alors qu'il s'était déclaré incapable de travailler. Dès lors, M. A_____ avait violé l'art. 19 SP, étant rappelé également que la loi sur la durée du travail (LDT) à laquelle les TPG étaient soumis consacrait des règles strictes relatives à la durée du travail et au repos des conducteurs professionnels dans le but d'assurer la sécurité des usagers. Dès lors, la confiance que les TPG avaient mis en M. A_____ avait été rompue par le fait que le recourant avait menti à plusieurs reprises et que l'exercice de cette activité accessoire contrevenait aux règles de sécurité. En effet, le recourant travaillait essentiellement de nuit, soit entre 16/17h00 jusqu'à 02h00/02h30, de sorte que pendant ses jours de congé, il devait se reposer. 26) La cause a été gardée à juger le 22 juin 2021. EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) Les TPG, établissement de droit public genevois, sont dotés de la personnalité juridique et autonomes dans les limites fixées par la loi sur les transports publics genevois du 21 novembre 1975 (art. 2 al. 1 LTPG - H 1 55). À teneur de l'art. 8 LTPG, les organes administratifs des TPG sont le conseil d'administration (let. a) et le conseil de direction (let. b). Le conseil d'administration établit le statut du personnel et fixe les traitements, après consultation du personnel (art. 19 al. 2 let. o LTPG). Il nomme et révoque le personnel, sous réserve des attributions du conseil de direction et des dispositions du statut du personnel concernant le droit de recours (art. 19 al. 2 let. p LTPG). 3) a. Les rapports de travail sont régis, outre par la législation fédérale applicable, par le statut, son règlement d'application et ses règlements particuliers et les instructions de service (art. 2 SP). Tous les employés sont liés aux TPG par un rapport de droit public (art. 2 al. 2 SP). La loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (Code des obligations CO - RS 220), notamment son titre dixième (du contrat de travail), s'applique à titre de droit public supplétif (art. 2 al. 3 SP). b. L'APOP a pour but, par le biais de l'évaluation des prestations de l'employé, d'intensifier le dialogue, de contribuer à la bonne marche de l'entreprise et d'identifier les besoins en formation (art. 58 al. 1 SP). 4) Parmi les obligations de l'employé figure à l'art. 19 SP que « si l'employé souhaite exercer une autre activité accessoire rémunérée, il doit en faire préalablement la demande à la direction. L'autorisation sera accordée si cette activité n'est pas de nature à nuire à l'accomplissement de sa fonction ». En l'espèce, il apparaît clairement que si, en 2018, le recourant aurait pu être autorisé à exercer une activité accessoire à temps partiel de concierge limitée à quatre heures, il avait par la suite renoncé expressément à cette activité et informé son employeur de ce qu'un nouveau contrat avait été signé avec son épouse uniquement. Le recourant a admis en comparution personnelle avoir continué à tondre la pelouse, activité trop lourde pour son épouse. Il a également donné des explications peu crédibles concernant l'affiche posée en bas de son immeuble le désignant en qualité de concierge avec son numéro de téléphone privé et son numéro de portable. L'employeur pouvait donc retenir sans excès de son pouvoir d'appréciation qu'il continuait d'exercer cette activité accessoire de concierge, contrairement à ce qu'il avait affirmé. Dès lors, une

violation de l'art. 19 SP doit être constatée. Il y a lieu d'examiner si l'employeur avait le droit de licencier M. A_____ avec effet immédiat pour avoir tondu la pelouse le 23 juin 2020 alors qu'il avait annoncé une incapacité de travail le jour-même. 5) Selon l'art. 74 SP, l'employeur et l'employé peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour des motifs justifiés, soit selon l'al. 2, 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. Selon l'al. 3, le juge apprécie librement s'il existe des motifs dûment justifiés mais en aucun cas, il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler. S'il s'avère que cette résiliation avec effet immédiat était injustifiée, 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 ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée. De plus, s'il retient que le licenciement ne repose pas sur un motif justifié, le juge peut proposer à l'entreprise la réintégration du salarié. Si l'entreprise s'y oppose, le juge fixera une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un ni supérieur à huit salaires mensuels (art. 76 SP). Selon la jurisprudence rendue en matière civile, qui peut en l'occurrence se voir utilisée par analogie vu la proximité de la formulation de l'art. 74 des statuts, la résiliation immédiate pour justes motifs constitue une mesure exceptionnelle et doit être admise de manière restrictive ; les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation, mais d'autres incidents peuvent également justifier une telle mesure; ainsi, une infraction pénale commise au détriment de l'autre partie constitue en règle générale un motif justifiant la résiliation immédiate. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 du code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210) ; à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 130 III 28 consid. 4.1 et les arrêts cités, SJ 2011 I p. 454 ss). Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs occasions que le seul fait de travailler ou d'exercer une activité accessoire à l'insu de son employeur, alors même que l'employé était au bénéfice d'un arrêt de travail, est une violation grave du devoir de fidélité et entraînant une rupture du lien de confiance qui justifie un licenciement avec effet immédiat (ATF 8C_885/2017 du 11 octobre 2018, ATF 8C_548/2012 du 18 juillet 2013). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que « durant son engagement, en contrepartie du traitement qui lui est versé, le fonctionnaire est tenu de consacrer à sa fonction l'entier de son temps et sa force de travail, à moins qu'il ne soit empêché de travailler à cause d'une atteinte physique, mentale ou psychique. Ce temps dû à l'employeur « qu'il soit travaillé ou non travaillé en raison de l'incapacité de travail – ne constitue pas du temps libre dont le fonctionnaire peut disposer à sa guise comme d'un jour férié ». Indépendamment du type d'activité que couvrait le certificat médical de la recourante in casu, la gravité de sa faute résidait dans le fait qu'elle avait consacré à son activité accessoire un temps où elle était réputée incapable de travailler. Or, ceci n'était pas tolérable pour un employeur (ATF 8C_548/2012 consid. 6.2). Par ailleurs, selon la doctrine relative à l'art. 337 CO, indépendamment de tous rapports de concurrence, viole son devoir de fidélité le travailleur qui exerce une activité accessoire sans l'accord de son employeur lorsque le statut du personnel de l'employeur subordonne une telle activité à une autorisation préalable (Rémy WYLER/Boris HEINZER, Droit du travail, 4 ème éd., 2019,

p. 115). 6) En l'espèce, les responsables des intimés ont indiqué que la résiliation avec effet immédiat était uniquement basée sur le fait que le recourant avait été vu en train de tondre la pelouse le 23 juin 2020 à 18h00, alors qu'il avait annoncé pour le jour-même une incapacité de travail. Les autres épisodes de comportements inadéquats avaient en effet été réglés de façon satisfaisante pour l'employeur, de sorte qu'ils n'étaient pas entrés en ligne de compte dans la décision de licenciement. Il n'y a pas lieu de remettre en cause la crédibilité du témoin ayant dénoncé les faits. Ce témoin a été réentendu pendant les enquêtes et confirmé qu'il s'agissait bien du 23 juin 2020 à 18h10 et qu'il avait reconnu M. A_____. Par ailleurs, s'occupant des horaires des conducteurs TPG, il s'était rappelé que ce dernier travaillait en fin de journée et en début de nuit, de sorte qu'il en avait déduit que c'était pour lui un jour de congé. Aucun élément du dossier ne permet de remettre en question ce témoignage, d'autant plus que les réponses diverses et contradictoires du recourant à son employeur ne permettent pas de déterminer une autre version des faits. En particulier, le Dr F_____ n'a reçu le recourant que le 25 juin 2020, de sorte qu'il n'a pas pu déterminer s'il était souffrant déjà le 23 juin 2020 ; bien qu'il ait cru comprendre que le début de l'incapacité de travail datait du 22 juin 2020, ce médecin a attesté d'une incapacité à partir du 24 juin 2020. Par ailleurs, ce témoin a clairement indiqué que les douleurs au dos étaient provoquées par le fait que le recourant avait poussé une lourde tondeuse à gazon quelques jours auparavant. D'autre part, il a également indiqué que le recourant n'avait pas pris de médicaments, ce qui met à mal la version de ce dernier selon laquelle il aurait été vu se rendre à la pharmacie le 23 juin 2020 au soir. Dès lors, il faut admettre que le recourant a continué de tondre le gazon devant son immeuble en 2018, 2019 et 2020, à l'exception de la période où sa blessure au tendon l'en a empêché. En continuant cette activité qui n'était pas autorisée par son employeur, M. A_____ a provoqué lui-même des douleurs au dos qu'il a subies à plusieurs reprises et notamment en juin 2020. L'ensemble de ces éléments permet de retenir que l'employeur ne pouvait plus avoir confiance en son employé qui a de plus varié de version selon son opportunité et a finalement fini par se contredire. Par ailleurs, le certificat médical fourni par le recourant déployant son effet à partir du 24 juin 2020 et ne couvrait donc pas le 23 juin 2020. Quant à l'affiche photographiée le 2 juillet 2020 en bas de son immeuble indiquant qu'il était encore concierge à cette date, elle ne fait que renforcer l'impression de mauvaise foi de la part du recourant, qui a profité à partir de 2018 d'un manque de contrôle de la part de M. E_____ qui était persuadé qu'il avait arrêté définitivement cette activité de concierge. Dès lors, les TPG étaient en droit de résilier avec effet immédiat le contrat les liant à M. A_____. Il en résulte que le recourant ne peut faire valoir aucune prétention de salaire pour la période ayant suivi son licenciement, ne peut demander à être réintégré à l'entreprise ni prétendre à une indemnité du fait de sa non-réintégration. Par ces motifs, le recours sera rejeté. 7) Compte tenu de l'issue de la présente procédure, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *