

## **GE\_GERICHTE CAPH/18/2020 vom 27. Januar 2020**

GE Cour de justice, 2020-01-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_18\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_18_2020)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/18/2020 du 27 janvier 2020

IT: GE\_GERICHTE CAPH/18/2020 del 27 gennaio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

septembre 2014 et la réserve de l'assurance quant aux sinistres préexistants, le régime ordinaire découlant de l'art. 324a CO était applicable. Conformément à "l'échelle de Berne", cette dernière avait droit à 5 mois de salaire. Le Tribunal a, par ailleurs, acquis la conviction que l'employée avait été licenciée en raison de sa demande de vacances. Considérant que la faute de l'employeur était grave, que l'atteinte à la personnalité de l'employée était aigüe, une incapacité de travail en étant résultée, que les rapports de travail avaient duré quatorze ans, que les effets économiques du licenciement avaient été dévastateurs, puisque deux ans après, l'employée était toujours sans emploi, que l'âge de celle-ci lui portait

- 15/32 -

C/25865/2015-3 probablement préjudice dans le cadre de ses recherches d'emploi et que, contrairement à cette dernière, la situation économique de l'employeur devait être considérée comme bonne au vu des nombreux magasins qu'elle exploitait, il a fixé une indemnité pour congé abusif équivalent à un mois de salaire. S'agissant de l'indemnité pour tort moral, si les premiers juges ont considéré comme établi le comportement répréhensible de L\_\_\_\_\_ à l'encontre de l'employée, ils ont néanmoins considéré que l'employeur avait pris les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la seconde en déplaçant la première. EN DROIT 1. 1.1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est, comme en l'espèce, supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), l'appel est recevable (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC). 1.2. L'appelante conclut à l'irrecevabilité de l'appel joint, au motif que celui-ci ne respecterait pas les requis de forme légaux, ne comprenant aucune mention d'appel joint et ne distinguant pas la réponse à l'appel de l'appel joint, ce dernier point l'ayant empêchée de se déterminer à satisfaction. 1.2.1. Si les conclusions au fond de la réponse à l'appel vont au-delà de la simple confirmation du jugement attaqué, il est admissible de considérer cet acte comme un appel joint (ATF 121 III 420 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_618/2012 du 25 mai 2013 consid. 4.1). 1.2.2. L'appelante se réfère à la doctrine selon laquelle le mémoire d'appel joint doit être articulé en deux parties : l'une consacrée à la réponse proprement dite (art. 312 CPC), l'autre constituant l'appel joint; les conditions de recevabilité de l'appel joint doivent remplir, mutatis mutandis, les exigences prévalant quant à l'appel principal (JEANDIN, CR-CPC, n° 4 ad art. 313 CPC et les réf. cit.). 1.2.3. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de

comportement imposée au justiciable par le droit cantonal, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249 consid. 5; 128 II 139 consid. 2a; 127 I 31 consid. 2a/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5P\_389/2004 du 9 mars 2005 consid. 2.2, in SJ 2005 I 579).

- 16/32 -

C/25865/2015-3 1.2.4. En l'espèce, l'appel joint ne contient certes pas deux parties distinctes comme le préconise la doctrine précitée. Au vu des conclusions de l'acte, qui aurait gagné en clarté à être articulé de façon différenciée, il est manifeste que l'intimée a formé un appel joint, en dépit de l'absence de mention en ce sens. L'intimée s'est, toutefois, déterminée tant sur les griefs de l'appelante que sur ceux qu'elle a elle-même formulés. Son écriture permet de distinguer aussi bien sa position quant aux reproches de l'appelante que sa propre argumentation d'appel joint. L'appelante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle affirme que la forme de l'appel joint ne lui a pas permis de se déterminer de manière satisfaisante, ce qui est, au demeurant, contredit par son écriture détaillée de réplique et de réponse à l'appel joint du 7 mars 2019. Partant, l'appel joint est également recevable (art. 313 al. 1 CPC). 1.2.5. Par souci de simplification, l'appelante sera dénommée comme telle, et l'appelante jointe comme l'intimée. 1.3. L'appelante a sollicité la tenue d'une audience relative à la recevabilité de l'appel joint. 1.3.1. L'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces (art. 316 al. 1 CPC). 1.3.2. In casu, l'appelante, qui s'est déterminée sur la recevabilité de l'appel joint dans son mémoire de réponse, n'indique pas dans quelle mesure la tenue d'une audience par la Cour sur cette question serait nécessaire et susceptible d'apporter des éléments pertinents supplémentaires pour l'issue du litige. Il ne s'impose, dès lors, pas de donner une suite favorable à cette requête. 1.4. La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Compte tenu de la valeur litigieuse d'espèce, supérieure à 30'000 fr., la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). 2. Les parties ne contestent à juste titre ni la compétence des tribunaux genevois (art. 34 al. 1 CPC et art. 1 al. 1 let. a LTPH) ni l'application de la Convention collective de travail cadre du commerce de détail conclu du 1er juin 2014 dès sa date d'entrée en vigueur, intervenue le 1er octobre 2014 (art. 357 CO; art. 1 LECCT). 3. L'intimée reproche au Tribunal d'avoir retenu l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. Selon elle, elle est une société entièrement indépendante de C\_\_\_\_\_ SA et ses associés ne sont pas les mêmes que les actionnaires de cette dernière; l'employée avait signé un nouveau contrat de travail avec B\_\_\_\_\_

- 17/32 -

C/25865/2015-3 SARL. C\_\_\_\_\_ SA avait été vidée de sa substance par les saisies répétées et la vente-liquidation organisée par l'Office des poursuites, puis l'activité commerciale de la société s'était poursuivie sous la tutelle complète de l'office. Aucune vente ni aucun apport n'avait pu constituer un tel transfert. L'intimée se réfère, par ailleurs, à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la responsabilité solidaire instaurée par l'art. 333 al. 3 CO ne s'applique pas à l'acquéreur d'une entreprise en faillite (ATF 129 III 335, in JT 2003 II 75). 3.1. Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (art. 333 al. 1 CO). Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but.

L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire (ATF 136 III 552 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_350/2018 du 25 octobre 2018 consid. 3 et 4A\_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 8). L'art. 333 CO ayant été adopté pour que le droit suisse soit adapté à la Directive 77/187 du Conseil des Communautés européennes du 14 février 1977, remplacée depuis par la Directive 2001/23 du 12 mars 2001, les notions contenues dans l'art. 333 CO doivent être interprétées au regard de la législation et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (ATF 129 III 335 consid. 6, in JT 2003 II 75). Dans un arrêt rendu en 2005, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que, pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique organisée de manière stable sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément. Le juge national, dans son appréciation des circonstances de fait qui

- 18/32 -

C/25865/2015-3 caractérisent l'opération en cause, doit tenir compte du type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit (CJCE, arrêt du 14 avril 1994, affaire C-392/92, Christel Schmidt contre Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, n° 2 ad art. 333 CO). Les parties peuvent négocier un nouveau contrat même en cas de transfert des rapports de travail (ATF 114 II 349 consid. 3). 3.2. L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur (art. 333 al. 3 CO). Dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 333b CO en janvier 2014, le Tribunal fédéral a retenu que, contrairement à l'art. 181 CO, l'art. 333 al. 3 CO ne se rattache pas, pour les créances échues avant le transfert, à la reprise contractuelle des actifs et passifs, mais à la poursuite effective de l'entreprise et à la conservation de son identité. La responsabilité solidaire de l'acquéreur d'une entreprise après sa faillite au sens de l'art. 333 al. 3 CO - interprété *contra verba legis* - doit être exclue. Selon le Tribunal fédéral, l'application de l'art. 333 al. 2 CO dans le cadre d'une faillite irait à l'encontre des intérêts que l'on a tenté de protéger, puisque la solidarité instituée par l'art. 333 al. 3 CO conduirait d'éventuels acquéreurs à renoncer à l'acquisition envisagée s'ils devaient répondre des créances échues avant l'ouverture de la faillite, ce qui conduirait les employés considérés à perdre leur travail, alors que la fonction de la norme est au contraire de protéger lesdits travailleurs. Il a limité son examen à l'existence de la responsabilité solidaire de l'acquéreur instaurée par l'art. 333 al. 3 CO, tout en précisant que la question de l'applicabilité générale de l'art. 333 CO à une reprise d'une entreprise en faillite n'avait pas à être tranchée dans ladite affaire (ATF 129 III 335, in JT 2003 II 75). 3.3. En l'espèce, comme le relève à juste titre l'appelante, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral

que le moment déterminant est le prononcé de la faillite et non le début de la procédure d'insolvabilité. L'appelante ayant conclu son contrat de travail avec l'intimée au printemps 2006 et la faillite de C\_\_\_\_\_ SA ayant été prononcée au mois d'août suivant, soit ultérieurement, un éventuel transfert d'entreprise n'est pas exclu, quand bien même cette dernière faisait l'objet de saisies par l'Office des poursuites. En ce qui concerne la question de l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO entre C\_\_\_\_\_ SA et l'intimée, il convient de retenir, à l'instar du Tribunal, que le but, à savoir le commerce de \_\_\_\_\_, n'a pas changé. L'intimée - qui a racheté le solde du stock de C\_\_\_\_\_ SA pour un montant de 60'000 fr. - a maintenu pour l'essentiel l'organisation de cette dernière : les locaux ont été

- 19/32 -

C/25865/2015-3 conservés, G\_\_\_\_\_ est demeurée responsable administrative, aucun changement n'a été constaté dans les magasins en termes d'organisation et de marchandises et E\_\_\_\_\_ a conservé son bureau au magasin de la [rue] 1\_\_\_\_\_, était très présent, apparaissait en photographie sur les publicités et est resté le dirigeant de fait (ce dont il a lui-même témoigné en déclarant qu'il s'était opposé aux intentions de ses enfants de procéder avant septembre 2014 au licenciement de l'appelante). Il apparaît ainsi que tant l'identité que l'exploitation de C\_\_\_\_\_ SA sont demeurées inchangées. Par conséquent, c'est à raison que les premiers juges ont considéré qu'il y avait eu transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO et que le contrat de travail de l'appelante avait pris effet le 4 septembre 2000. 4. Se pose, dès lors, la question de la date de fin des rapports de travail entre les parties. Il n'est pas contesté que l'incapacité de travail de l'appelante est intervenue après son licenciement.

4.1. La question de savoir si l'art. 3.2 CCT s'applique au délai de congé de l'appelante peut rester ouverte, celui-ci étant identique au délai prévu par l'art. 335c al. 1 CO.

4.2. Le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième et de trois mois ultérieurement (art. 335c al. 1 CO).

Selon l'art. 336c CO, l'employeur ne peut résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service (al. 1); si le congé a été donné et n'a pas expiré avant l'incapacité, le délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (al. 2 2ème phrase); lors que les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

4.3. En l'espèce, l'appelante se trouvant dans sa quinzième année de service, son délai de congé était de trois mois. Interrompu le 26 septembre 2014 en raison de son incapacité de travail consécutive à son licenciement, le délai a été suspendu durant 180 jours, soit jusqu'au 24 mars 2015. Le délai a recommencé à courir le lendemain pour trois mois et prolongé au prochain terme, à savoir au 30 juin 2015.

- 20/32 -

C/25865/2015-3 5. L'appelante réclame le paiement de 102'000 fr. à titre de paiement du salaire en cas de maladie. Elle reproche aux premiers juges d'avoir opéré un raisonnement hypothétique, en partant du principe que, quand bien une assurance perte de gain avait été conclue par l'intimée avec effet au 1er octobre 2014, la réserve et le régime ordinaire étaient applicables. Elle considère qu'il appartenait à son ancien employeur de prouver que l'assurance perte de gain aurait effectivement refusé de prendre en charge son cas. Elle réclame ainsi ce qu'elle aurait été amenée à recevoir de l'assurance perte de gain. Elle relève, enfin, en tout état, qu'ayant été licenciée quatre jours seulement avant que la CCT n'entre en vigueur - dans le but évident d'éviter les règles plus favorables qui devaient s'appliquer à elle -, le raisonnement du Tribunal confinerait à l'abus manifeste de droit. L'intimée n'a pas formulé de griefs sur ce point.

5.1. L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par contrat- type de travail ou par convention collective (art. 322 al. 1 CO). Le droit au salaire cesse à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 318 consid. 4b). 5.2. L'art. 9 de la CCT - entrée en vigueur le 1er octobre 2014 - prévoit que, après le temps d'essai, les employeurs ont l'obligation de couvrir le droit au salaire en cas de maladie des employés au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, par une assurance perte de salaire (choix du délai d'attente libre) garantissant au minimum 80% du salaire pendant 720 jours sur 900 (al. 1); en cas de réserve de l'assurance, les obligations de l'art. 324a CO renaissent.

5.3. Aux termes de l'art. 324a CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personnalité, telles que la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (al. 1); l'employeur paie, pendant la première année de service, le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2). La pratique a développé des barèmes destinés à faciliter l'application de cette disposition (échelles bernoise, zurichoise et bâloise; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2019, p. 310; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 2012, p. 409 ss). Conformément à l'échelle bernoise généralement appliquée à Genève, cette période est de cinq mois de la quinzième à la dix-neuvième année de service.

- 21/32 -

C/25865/2015-3 5.4. En l'espèce, la CCT prévoit l'obligation pour l'employeur de souscrire une assurance perte de gain en cas de maladie dès le 1er octobre 2014. Avant cette date, selon l'avenant au contrat de travail du 7 avril 2014, l'intimée appliquait le régime ordinaire de l'art. 324a CO et "l'échelle de Berne". Ainsi, entre le 26 et le 30 septembre 2014, l'intimée n'avait aucune obligation de souscrire une telle assurance et ne l'avait pas fait (cf. déclarations de G\_\_\_\_\_ et du témoin R\_\_\_\_\_). Dès le 1er octobre 2014, l'intimée avait l'obligation de souscrire une assurance perte de gain en cas de maladie conformément à la CCT. L'appelante n'a pas requis la production de la police d'assurance et l'intimée ne l'a pas déposée devant les premiers juges, de sorte que la date de la conclusion de l'assurance n'est pas connue. L'intimée a, en revanche, produit les conditions générales de cette assurance dans leur édition au 1er janvier 2013, lesquelles prévoient une réserve pour les maladies préexistantes. Si, au vu de ce qui précède, il n'est pas établi que cette assurance a pris effet dès le 1er octobre 2014, il convient néanmoins de retenir que, si tel avait été le cas, la réserve contenue dans les conditions générales d'assurance alors en vigueur aurait été

applicable. De même, dans l'hypothèse où l'assurance perte de gain aurait été conclue ultérieurement, rien n'indique que les conditions générales des autres compagnies d'assurance auraient été plus favorables à l'appelante si l'intimée s'était conformée à son obligation découlant de la CCT, puisqu'il découle de l'expérience générale de la vie que, sauf cas de transfert de couverture avec reprise des sinistres, les assurances ne couvrent pas des sinistres préexistants à l'entrée en vigueur d'une police. La Cour retient, dès lors, que la couverture de la maladie de l'appelante par une assurance perte de gain dès le 1er octobre 2014 était en toute hypothèse exclue et que le régime ordinaire de l'art. 324a CO avec renvoi à "l'échelle de Berne" était applicable, comme l'a retenu le Tribunal. Il sera, enfin, relevé que l'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient avoir été licenciée quatre jours seulement avant l'entrée en vigueur de la CCT dans le but évident d'éluider les règles plus favorables qui devaient s'appliquer à elle. L'intimée ne pouvait, en effet, pas anticiper le fait que son employée se trouverait en incapacité de travail de longue durée dès le jour de son licenciement. Par ailleurs, cette dernière allègue, pour en tirer des droits, que son congé est intervenu en représailles à sa demande de vacances, ce qui ne se concilie pas avec la thèse susmentionnée.

- 22/32 -

C/25865/2015-3

Pour le surplus, les parties ne remettent pas en cause les calculs opérés et les montants arrêtés par les premiers juges. Par conséquent, les chiffres 4 et 5 du dispositif du jugement entrepris seront confirmés. 6. L'intimée fait grief au Tribunal d'avoir retenu l'existence d'un congé-représailles, soit un licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Elle soutient avoir licencié l'appelante en raison de ses manquements répétés à ses obligations de diligence et de fidélité (consignés dans la lettre d'avertissement du

## **E. 28**

octobre 2013), et non en raison de sa demande de congé. L'appelante conteste, pour sa part, le montant de l'indemnité arrêté par les premiers juges. 6.1. Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336ss CO; ATF 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1). 6.2. En vertu de l'art. 336 al. 1 let. d CO, qui vise le congé de représailles (ou congé-vengeance), le licenciement est abusif s'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2008 du 18 décembre 2008 consid. 4.1). La notion de "prétentions résultant du contrat de travail" doit être interprétée de manière large. Elle comprend la loi, les conventions collectives de travail, les règlements d'entreprise, voire la pratique (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2008 du 18 décembre 2008 consid. 4.2). Il doit s'agir de prétentions existantes, et non de prétentions futures, comme l'augmentation de salaire reçue de manière systématique les années précédentes, l'exercice du droit aux vacances ou une réclamation tendant à ce que le salaire soit adapté conformément aux promesses orales que

l'employeur a faites (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.3). L'employé doit être de bonne foi, laquelle est présumée (art. 3 al. 1 CC). Il importe peu qu'en réalité, sa prétention n'existe pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4).

- 23/32 -

C/25865/2015-3 Il suffit qu'il soit légitimé, de bonne foi, à penser que sa prétention est fondée (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.2). La réclamation ne doit toutefois être ni chicanière ni téméraire, car elle empêcherait alors une résiliation en elle-même admissible (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2008 du 18 décembre 2008 consid. 4.1). L'employeur qui soutient que l'employé est de mauvaise foi doit l'établir (sur la preuve du contraire, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_474/2014 du 9 juillet 2015 consid. 6.2.1). Ainsi, alors que l'employé de bonne foi (art. 3 al. 1 CC) peut bénéficier de la protection de l'art. 336 al. 1 let. d CO sans démontrer le bien-fondé de sa prétention, l'employeur, de son côté, s'il entend établir la mauvaise foi de l'employé, doit démontrer que l'employé savait qu'il faisait valoir des prétentions totalement injustifiées, ou chicanières ou présentant un caractère téméraire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.2). Enfin, les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier (ATF 136 III 513 consid. 2.6). 6.3. L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation (ordinaire) est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances, en application de l'art. 2 al. 2 CC. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3). 6.4 Le caractère abusif du congé peut découler notamment du motif répréhensible qui le sous-tend 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. 2.2 p. 515 ; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.4). Il y a en principe abus lorsque le motif invoqué n'est qu'un simple prétexte, tandis que le véritable motif n'est pas constatable (ATF 138 III 59 consid. 2.1; 130 III 699 consid. 4.1 in fine). Pour apprécier le caractère abusif ou non d'un congé, il faut se fonder sur le motif réel (CAPH/38/2019 du 6 février 2019 consid. 3.a). La résiliation est valable même si l'employeur ne la motive pas, la motive faussement ou incomplètement. Lorsque le travailleur exige de son employeur qu'il motive le congé et que celui-ci ne s'exécute pas ou imparfaitement, il n'en découlera que des sanctions indirectes dans le cadre d'un procès portant sur la protection contre le congé au niveau de l'appréciation des preuves et, le cas échéant, des frais et dépens. En revanche, le législateur n'a pas prévu de sanctions telles que la nullité de la résiliation ou la présomption d'abus au sens de l'art. 336 CO (ATF 121 III 60 consid. 3, in JT 1996 I 47).

- 24/32 -

C/25865/2015-3 6.5 L'obligation de l'employeur d'agir avec égards envers le travailleur est le corollaire de l'obligation de fidélité de ce dernier. L'âge du travailleur bénéficiant d'une grande ancienneté joue un rôle déterminant. Pour cette catégorie de travailleurs, le devoir de protection de l'employeur est accru. Il convient ainsi de considérer, pour les travailleurs âgés, que l'employeur doit avoir des égards particuliers dans la manière d'exercer la résiliation. En particulier, le travailleur dispose du droit d'être informé en temps utile sur le licenciement envisagé et il doit être entendu à ce sujet, l'employeur étant tenu de rechercher s'il est possible de mettre en place une solution alternative permettant le maintien des rapports de travail. Pour cette catégorie de travailleurs, il n'existe cependant pas de

protection absolue contre la résiliation qui remettrait en question le principe de la liberté de résilier (ATF 132 III 115, in JT 2006 I 152). L'employeur doit toutefois clairement signaler au travailleur, avant la résiliation, que l'insuffisance des prestations est telle qu'il envisage un licenciement. Il doit également fixer un délai au collaborateur et lui assigner une convention d'objectifs aux fins de lui laisser une dernière chance afin d'accomplir ses prestations de manière satisfaisante. En renonçant à cette étape intermédiaire avant de prononcer le licenciement, l'employeur viole son devoir de protection élargi, de sorte que le licenciement est considéré comme abusif (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.2.2; CAPH/177/2017 du 8 novembre 2017 consid. 4.1.4). L'employé doit tout son temps de travail à l'activité pour laquelle il a été engagé par l'employeur. L'employé qui trompe la confiance de l'employeur en prenant régulièrement du temps libre sur son horaire de travail viole ainsi gravement son devoir de fidélité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_123/20007 du 31 août 2007; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 112). 6.6 En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 130 III 699 consid. 4.1; 123 III 246 consid. 4b). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de preuve par indices. De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les réf. citées). Le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). L'appréciation du caractère abusif du licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce (ATF 132 III 115 consid. 2.5 et les réf. citées).

- 25/32 -

C/25865/2015-3 6.7. Selon l'article 336a al. 1 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). Selon la jurisprudence, il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur, de l'intensité et de la durée des rapports de travail, des effets économiques du licenciement, de l'âge et de la situation personnelle du travailleur, des conditions existantes sur le marché du travail, de la situation économique des parties, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur licencié (DUNAND, Commentaire du contrat de travail 2013, n° 14 ad art. 336a CO et les réf. citées). Selon l'article 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Selon l'article 336b al. 2 CO, si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption des droits du demandeur. 6.8. En l'espèce, il est constant que le courrier de licenciement ne comportait pas de motifs et que l'intimée, requise par l'appelante de motiver

sa décision, n'a pas donné de suite à cette demande. Dans la présente procédure, elle a, aux termes de sa réponse de première instance, évoqué des raisons économiques et des manquements répétés de l'appelante à ses obligations de diligence et de fidélité, à savoir des absences fréquentes pour se rendre dans un commerce de fleurs tiers et l'absence d'évolution positive après les reproches adressés en octobre 2013. En appel, elle s'est référée uniquement aux "manquements répétés" aux obligations de fidélité et de diligence, prouvés selon elle par le témoignage O\_\_\_\_\_ et par l'avertissement du 28 octobre 2013. Elle n'a formé aucun allégué au sujet du contenu de l'entretien de licenciement. A ce propos, l'appelante a déclaré, lors de son audition par les premiers juges, que E\_\_\_\_\_ avait évoqué un motif économique, tandis que ce dernier n'en a rien dit dans sa déclaration au Tribunal. Le représentant de l'intimée n'a pas non plus évoqué ce motif lors de son audition. Selon G\_\_\_\_\_, la convocation du 26 septembre 2014 était due à des feuilles de présence erronées ou manquantes; la décision de licencier l'employée avait déjà été prise, à la suite de plaintes de collaborateurs, et en lien avec les reproches énoncés dans la lettre d'octobre 2013. E\_\_\_\_\_ a déclaré que la question des vacances et congés n'avait pas été abordée; il avait dit à l'employée qu'il était "bête de la garder malgré toutes ces erreurs", ce qu'elle avait admis. Les raisons du congé (qu'il n'a pas mentionnées dans son

- 26/32 -

C/25865/2015-3 témoignage) avaient été données oralement. Le témoin a ajouté dans un premier temps que la décision avait été prise le matin même (parce que l'employée ne voulait pas reconnaître ses erreurs), avant de dire l'inverse. G\_\_\_\_\_ a déclaré avoir appris que l'employée avait "repris un fleuriste" et exerçait donc "une autre activité à côté de son emploi", sans précision de date, ni lien avec le congé signifié à l'appelante. Selon E\_\_\_\_\_, l'activité dans le magasin de \_\_\_\_\_ lui était connue, et il avait requis du compagnon de l'employée qu'elle démissionne de sa fonction de gérante; il n'a pas évoqué cette circonstance en lien avec le congé. Il résulte de ce qui précède que la thèse du licenciement économique, soutenue en première instance et apparemment abandonnée en appel, ne trouve aucun appui dans le dossier, et que la supposée violation de l'obligation de fidélité, contestée et non établie, n'a pas été évoquée comme causale dans le congé, ni par les représentants de l'intimée, ni par le témoin E\_\_\_\_\_, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Reste le motif lié à des prestations insuffisantes de l'appelante, lequel ne trouve qu'une assise très ténue dans la procédure, puisque le courrier énonçant des griefs date de quasiment une année avant le congé, et qu'il n'a pas été établi que, pour autant qu'ils aient été avérés à l'époque, ils aient ensuite prospéré; à ce sujet, le témoignage O\_\_\_\_\_ n'est pas suffisamment précis pour qu'il puisse en être retiré que la situation visée dans ledit courrier avait persisté dans les mois suivants. Par ailleurs, vu l'absence d'allégués de l'intimée sur le contenu de l'entretien de licenciement et les déclarations peu claires voire contradictoires des participants pour la société à celui-ci, il n'est pas possible d'en établir la teneur, l'appelante n'ayant pour sa part fait état que de l'évocation de la motivation économique. Il en ressort en outre une confusion certaine, accentuée par l'influence du dirigeant de fait de l'intimée qui a tenu l'entretien de licenciement, apparemment à la requête de sa fille. Pour sa part, l'appelante a soutenu que son licenciement avait été motivé par sa requête de congé, formulée le 22 septembre 2014, en se fondant sur la chronologie. De fait, il ne résulte pas de la procédure qu'un événement particulier se serait produit entre la requête susmentionnée et la décision prise le 26 septembre 2014 avant même l'entretien avec l'appelante à en croire G\_\_\_\_\_. L'absence d'un tel événement, qui aurait commandé qu'il soit dès lors mis fin aux

relations de travail, accrédite la thèse de l'employée. En définitive, l'intimée n'est pas parvenue à faire la démonstration complète des motifs avancés à l'appui du congé, tandis que l'appelante a présenté des indices concluants faisant apparaître une autre raison relevant du congé-représailles, ce qui, joint à la façon particulièrement peu claire et correcte dont il a été donné, rend abusif le congé signifié à l'appelante.

- 27/32 -

C/25865/2015-3 Celle-ci fait à raison grief aux premiers juges de l'insuffisance de la quotité de l'indemnité allouée sur la base de l'art. 336a al. 1 CO. Les circonstances du cas d'espèce, en particulier l'âge (54 ans) et l'ancienneté de l'appelante (15 ans), les conséquences du licenciement, à savoir une longue incapacité de travail et des perspectives relatives de trouver un nouvel emploi, enfin la confusion ayant présidé à l'entretien du 26 septembre 2014, justifient d'arrêter l'indemnité à un montant de l'ordre de trois mois de salaire, soit 16'000 fr. nets Le chiffre 6 du dispositif du jugement attaqué sera ainsi annulé et il sera statué à nouveau dans le sens de ce qui précède. 7. L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir déboutée de sa conclusion en versement d'une indemnité pour tort moral, au motif que l'intimée aurait pris les mesures nécessaires à sa protection.

Elle fait valoir qu'elle a été victime des agissements de L\_\_\_\_\_ durant deux ans, que, si des clients en avait été témoins, il en allait nécessairement de même de l'intimée, qui n'avait pris aucune mesure pour préserver les droits de la personnalité de son employée, mais avait, au contraire, participé à l'acharnement dont cette dernière avait fait l'objet en la contraignant à travailler avec L\_\_\_\_\_ dans des conditions inacceptables. 7.1. L'employé atteint dans sa personnalité par son employeur a droit à la réparation du préjudice patrimonial qu'il subit (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_117/2013 du 31 juillet 2013 consid. 2.2), réparation dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des art. 97 ss CO et 41 ss CO (DUNAND, op. cit., n° 41 ad art. 328 CO). Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; en particulier, il manifeste les égards voulus pour sa santé. L'art. 328 al. 2 CO précise en outre que 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, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. L'art. 328 CO interdit non seulement à l'employeur de porter atteinte, par ses directives, aux droits de la personnalité du travailleur mais lui impose la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de sa personnalité, laquelle comprend notamment sa vie, sa santé, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 390 ss; AUBERT, CR-CO I, 2012, n° 2 et 3 ad art. 328 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2c).

- 28/32 -

C/25865/2015-3 Lorsqu'un conflit de nature interpersonnelle survient au sein de l'entreprise entre deux ou plusieurs employés, l'employeur est tenu de prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, le désamorcer ou y mettre fin. Cette obligation repose sur l'art. 328 al. 1 CO, qui impose à l'employeur de faire en sorte que l'ambiance de travail et la qualité des relations ne soient préjudiciables ni à la qualité du travail, ni à la santé de ses employés (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 457). Lorsque l'acte répréhensible est commis par un

collègue envers une victime de même niveau hiérarchique (harcèlement horizontal), il appartient à la victime de porter à la connaissance de l'employeur les faits incriminés, à défaut de quoi elle ne pourra lui reprocher l'ignorance de ceux-ci, sauf si l'employeur en avait déjà connaissance (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 454). En cas de violation de l'art. 328 al. 1 CO, l'employé peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO. Selon cette norme, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte ne justifie pas une indemnité (ATF 125 III 70 consid. 3a); l'atteinte doit revêtir une certaine gravité objective et doit être ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation (CAPH/151/2017 du 21 septembre 2017 consid. 7.1; ATF 129 III 715 consid. 4.4). L'atteinte objectivement grave doit être ressentie par la victime comme une souffrance morale, à défaut de quoi aucune indemnisation ne peut lui être accordée. Comme chaque être humain ne réagit pas de la même manière à une atteinte portée à son intégrité psychique, le juge doit se déterminer à l'aune de l'attitude d'une personne ni trop sensible, ni particulièrement résistante. Pour que le juge puisse se faire une image précise de l'origine et de l'effet de l'atteinte illicite, le lésé doit alléguer et prouver les circonstances objectives desquelles on peut inférer la grave souffrance subjective qu'il ressent, malgré la difficulté de la preuve dans le domaine des sentiments (ATF 125 III 70 consid. 3a; 120 II 97 consid. 2b). La gravité de l'atteinte à la personnalité suppose en tout cas une atteinte extraordinaire, dont l'intensité dépasse l'émoi ou le souci habituel, de telle sorte qu'elle peut fonder une prétention particulière contre son auteur, alors que la vie exige de chacun qu'il tolère de petites contrariétés (BREHM, Commentaire bernois, n° 20 et 23 ad art. 49 CO). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances d'espèce justifient une indemnité pour tort moral (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2).

- 29/32 -

C/25865/2015-3 Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle et à l'art. 8 CC, il incombe au lésé d'apporter la preuve de la violation d'une norme légale ou contractuelle (arrêt 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7 et les réf. cit.).

7.2. En l'occurrence, la question de savoir si l'appelante a subi une atteinte à sa personnalité du fait des agissements de L\_\_\_\_\_ à son encontre peut rester ouverte.

En effet, en première instance, l'employée a exposé qu'à la suite d'une altercation verbale importante avec L\_\_\_\_\_ au début du mois d'octobre 2013, elle avait été convoquée le lendemain pour un entretien avec G\_\_\_\_\_, à qui elle avait fait part de la situation et qui s'était montrée très compréhensive, précisant qu'elle aurait dû lui parler plus tôt des problèmes qu'elle avait rencontrés avec sa collègue, et que cette dernière avait, par la suite, été "moins présente" dans le magasin.

Ainsi, l'appelante n'a informé sa supérieure hiérarchique, G\_\_\_\_\_, de ses difficultés relationnelles avec L\_\_\_\_\_ qu'en octobre 2013 et sa supérieure a immédiatement pris les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de son employée en la déplaçant dans un autre magasin.

Comme les bureaux de la direction ne se trouvaient pas au magasin [du boulevard] 3\_\_\_\_\_, où travaillait l'appelante, mais au magasin de la [rue] 1\_\_\_\_\_, et comme

l'appelante n'a pas allégué que G \_\_\_\_\_, M \_\_\_\_\_ ou E \_\_\_\_\_ auraient été informés d'une quelconque manière avant octobre 2013 du comportement de L \_\_\_\_\_, il n'y a pas lieu de reprocher à la direction de ne pas avoir pris connaissance des problèmes relationnels entre les deux employées.

Partant, le Tribunal a débouté avec raison l'appelante de ses prétentions en indemnité pour tort moral. 8. L'appelante conteste la répartition des frais judiciaires opérée par le Tribunal.

Elle soutient qu'ayant élevé de bonne foi l'ensemble de ses prétentions à l'encontre de l'intimée et ayant obtenu majoritairement gain de cause, il revenait à cette dernière de supporter l'entier des frais judiciaires conformément à l'art. 107 al. 1 let. b et let. f CPC. 8.1. Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les conclusions des parties à cet égard doivent être considérées comme de simples suggestions qui, comme telles, ne sont pas visées par la maxime de disposition (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_692/2015 du 1er mars 2017 consid. 8.2, non publié aux ATF 143 III 206).

- 30/32 -

C/25865/2015-3

8.2. Les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 1ère phrase CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). La Cour peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsqu'une partie a intenté le procès de bonne foi (art. 107 al. 1 let. b CPC) ou des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (art. 107 al. 1 let. f CPC).

8.3. En l'espèce, le montant des frais judiciaires de première instance - fixé à l'640 fr. et compensé avec l'avance du même montant versée par l'employée (art. 111 al. 1 CPC) - n'ayant pas été remis en cause en appel et ayant été arrêté conformément aux règles légales (art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 5, 69 et 73 à 79 RTFMC), il sera confirmé. L'appelante obtient gain de cause sur une faible quote-part de ses prétentions en salaire, et sur le principe du licenciement abusif, avec une indemnité de l'ordre de la moitié de celle requise, et succombe pour le surplus. Il y a donc lieu de lui faire supporter les frais judiciaires de première instance à hauteur de l'000 fr., le solde étant supporté par l'intimée, qui en remboursera l'appelante. 8.4. Les frais judiciaires de seconde instance seront arrêtés à l'500 fr. pour l'appel principal, l'intérêt à l'appel joint étant inférieur au montant de 50'000 fr. (art. 71 RTFMC), compensés avec l'avance déjà effectuée, acquise à l'Etat de Genève. Compte tenu de ce que l'appelante obtient gain de cause sur le principe et sur une partie de la quotité réclamée pour l'un de ses trois chefs de conclusions, elle supportera les 2/3 de ce frais, soit l'000 fr. Le solde, soit 500 fr., lui sera versé par l'intimée. 8.5. Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

- 31/32 -

C/25865/2015-3 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 3 : À la forme : Déclare recevables l'appel interjeté le 7 novembre 2018 par A \_\_\_\_\_ et l'appel joint interjeté le 14 janvier 2019 par B \_\_\_\_\_ SARL contre le jugement JTPH/310/2018 rendu le 5 octobre 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/25865/2015- 3. Au fond : Annule les chiffres 6, 10 et 12 du dispositif du jugement entrepris, et statuant à nouveau sur ces points : Condamne B \_\_\_\_\_ SARL à verser à A \_\_\_\_\_ 15'000 fr. nets avec intérêts

moratoires à 5% l'an dès le 1er juillet 2015. Met les frais judiciaires de première instance à hauteur de 1'000 fr. à charge de A\_\_\_\_\_ et à hauteur de 640 fr. à charge de B\_\_\_\_\_ SARL. Condamne B\_\_\_\_\_ SARL à verser la somme de 640 fr. à A\_\_\_\_\_ à titre de remboursement des frais judiciaires de première instance. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires de seconde instance à 1'500 fr., et dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Met ces frais à la charge de A\_\_\_\_\_ à concurrence de 1'000 fr. et à la charge de B\_\_\_\_\_ SARL à raison de 500 fr. Condamne en conséquence B\_\_\_\_\_ SARL à verser 500 fr. à A\_\_\_\_\_. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant : Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Claudio PANNO, juge employeur; Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

- 32/32 -

C/25865/2015-3

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.