

# **GE\_GERICHTE CAPH/65/2008 vom 2. April 2008**

GE Cour de justice, 2008-04-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_65\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_65_2008)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/65/2008 du 2 avril 2008

IT: GE\_GERICHTE CAPH/65/2008 del 2 aprile 2008

## **Regeste**

Résumé: T, maître-entraîneur polyvalent au sein du fitness E est licencié avec effet immédiat. L'absence non justifiée de T devant la Cour n'entraîne pas les conséquences du défaut. La cause est gardée à juger. La Cour confirme l'inexistence de motif justifiant un licenciement immédiat. Une altercation de T avec un autre employé, qui avait reçu l'ordre de le surveiller avec zèle, devant des clients, malgré un avertissement préalable, ne justifie pas une telle mesure. Elle confirme le droit au paiement du salaire durant le délai ordinaire de congé, ainsi que le droit à une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO correspondant à un mois de salaire.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Recevabilité de l'appel et des conclusions prises en appel; recevabilité de l'appel incident; principe de la comparution personnelle

#### **E. 1.1**

L'appel ayant été interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, il est recevable à la forme (art. 59 LJP). Il en va de même de l'appel incident (art. 62 LJP).

#### **E. 1.2**

L'intimée a soulevée d'entrée une exception d'irrecevabilité de l'appel, motif pris dans l'absence de conclusions d'appel chiffrées.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 14

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 1.2.1**

Ce moyen est infondé. L'éventuelle irrecevabilité de conclusions en appel n'entraîne pas ipso facto de l'appel tout court.

#### **E. 1.2.2**

A noter que l'irrecevabilité de l'appel aurait entraîné, ex lege, l'irrecevabilité de l'appel incident.

### **E. 1.3**

L'examen de la recevabilité des conclusions prises en appel se fait d'office.

#### **E. 1.3.1**

L'obligation faite à un plaideur, demandeur dans une action pécuniaire, de chiffrer ses prétentions, découle du principe du droit d'être entendu et de fairness en procédure: le défendeur doit savoir quel est le montant qui lui est réclamé; ceci lui permet de se déterminer, s'il y a lieu de transiger ou de résister (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich, 1979, p. 193; Loosli, Die unbezifferte Forderungsklage, Thèse, Zurich, 1978, p. 15).

#### **E. 1.3.2**

En principe, cette règle s'impose aussi là où le législateur autorise le juge à fixer en équité le montant à allouer (art. 42 al. 2, 47, 49 CO; Guldener, op. cit. p. 193 FN 8).

#### **E. 1.3.3**

Toutefois, s'agissant de l'art. 337c al. 3 CO, la doctrine admet que le travailleur puisse d'abord attendre les résultats de l'instruction en première instance, avant de chiffrer, avant la clôture des débats, sa prétention en paiement de cette pénalité (Von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 33 c Abs. 3 OR), Berne, 1996, p. 153).

#### **E. 1.3.4**

En l'espèce, le demandeur a bel et chiffré, et ce dès avant l'instruction en première instance, le montant réclamé au titre de l'art. 337c al. 3 CO: il a conclu au paiement de fr. 19'278.-, soit de six salaires mensuels moyens – le maximum admis par dite disposition.

#### **E. 1.3.5**

Le fait qu'il ait omis de rechiffrer ce montant – clairement demandé au titre de l'art. 337c al. 3 CO - en appel, et se soit contenté à demander à la Cour d'appel de l'apprécier "en équité", ne rend pas la conclusion irrecevable.

#### **E. 1.3.6**

Il en va, en revanche, différemment de la conclusion prise, en première instance, en paiement, par la défenderesse, de fr. 9'639.- au titre "d'atteinte à la personnalité", soit donc, interprété selon le principe de la confiance, réclamé au titre de réparation d'un tort moral (art. 49 CO).

#### **E. 1.3.7**

En effet, l'écriture d'appel ne permet pas d'individualiser une conclusion prise, fût-elle non chiffrée, au titre de l'art. 49 CO. La conclusion de bien vouloir "reconsidérer le tort causé" précède la conclusion "de revoir à la hausse le montant alloué à titre d'indemnité pour licenciement avec effet immédiat sans juste motif". Elle se confond donc, parce que non individualisée et non chiffrée, avec celle prise au titre de l'art. 337c al. 3 CO. En fait, la demande de "reconsidérer le tort causé" cadre précisément le travail du juge d'appel à qui il est demandé de revoir l'appréciation du montant de la pénalité de l'art. 337c al. 3 CO.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 15

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 1.4**

L'art. 12 al. 1 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP) consacre le principe de la comparution personnelle des parties. Ce principe garantit le caractère contradictoire, facilite l'instruction et permet aux juges de se forger une idée de la personnalité des protagonistes.

#### **E. 1.4.1**

Ce principe s'applique devant les deux instances: devant le Tribunal tout comme devant la Cour d'appel. Exceptionnellement, le président peut autoriser une partie à se faire représenter par un proche, par un avocat ou un mandataire professionnellement qualifié (i. e. syndicaliste) (cf. art. 13 al. 1 LJP).

#### **E. 1.4.2**

En l'espèce, l'appelant a été invité, à répétées reprises, et ce à travers son mandataire, à produire, au cas où il ne serait pas en mesure de comparaître, un certificat médical attestant ce fait. Il s'est borné à faire parvenir au greffe un certificat d'incapacité de travail. Or, un certificat d'incapacité de travail ne signifie pas encore attestation d'une incapacité de comparaître en justice.

#### **E. 1.4.3**

Dans ces conditions, l'absence de l'appelant à l'audience de la Cour d'appel du 28 février 2008 – absence qui faisait déjà suite à celle du 23 janvier 2006 – n'a pas été dûment justifiée.

#### **E. 1.4.4**

Cette non-comparution à l'audience d'appel ne constitue pas un défaut, et n'entraîne pas un arrêt par défaut de l'appelant. En effet, à teneur de l'art. 65 LJP, "en cas de non-comparution sans excuse valable de l'une des parties à l'audience de la Cour d'appel, la cause est gardée à juger. L'arrêt est réputé contradictoire à l'égard de la partie qui n'a pas comparu".

#### **E. 1.4.5**

Vu cette disposition, il n'y avait plus lieu de poursuivre l'audience. L'arrêt peut être rendu sur le vu du dossier.

### **E. 2**

) Traduction allemande et mise à jour de l'ouvrage Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail Code annoté, Lausanne, 2001.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 17

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 2.1**

Licenciement immédiat. Principes

##### **E. 2.1.1**

Aux termes de l'at. 337 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné congé la continuation des rapports de travail (art.

337 al. 2 CO).

### **E. 2.1.2**

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a et les références). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 16

\* COUR D'APPEL \*

L'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail.

### **E. 2.1.3**

Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 II 28 cons. 4. 1: 213 consid. 3.1; 129 III 380 cons. 2. 1). assorti d'une menace claire de résiliation immédiate en cas de récidive (ATF 127 III 153 cons. 1 b; 4C.293/2004 du 15. 7. 2005 cons. 2. 2; 4C. 247/2006 du 27. 10. 2006 cons. 2.4; Aubert, Commentaire Romand, Bâle, 2003, N. 5 ad art. 337cO).

### **E. 2.1.4**

Il en va de même si chaque élément cité au titre des griefs de l'employeur quant à la rupture du rapport de confiance qu'impliquent les relations de travail n'est pas en lui-même suffisant pour fonder une résiliation immédiate du contrat, ce résultat peut être obtenu, ici également, lorsque l'attitude négative a persisté après la notification d'avertissements comportant la menace claire d'un licenciement immédiat (ATF 127 III 157 cons. 1 b; 108 II 301 cons. 3b p. 303; Rehbindler, Berner Kommentar, 1992, N. 2 ad art. 337cO; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 13 ad art. 337cO; Wyler, Droit du travail, Berne, 2002, p. 364).

### **E. 2.1.5**

Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 28 cons. 4: p. 31), telle l'obligation de diligence et de fidélité.

### **E. 2.1.6**

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs permettant de mettre un terme immédiat au contrat de travail (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A 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 manquements (ATF 130 III 28 cons. 4.1; 217 III 351 consid. 4a; 116 II 145a cons. 6a).

### **E. 2.1.7**

Le fardeau de la preuve de l'existence de justes motifs incombe à l'employeur (art. 8 CC (ATF SARB 1997 p. 14; CAPH GE JAR 1989 139; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht 2, Lausanne, 2006, N. 3. 1. ad. Art. 337cO; Brühwiler, Kommentar zum

Einzelarbeitsvertrag, Berne, 1996, N. 367).

## **E. 2.2**

En l'espèce

### **E. 2.2.1**

Il convient d'examiner d'abord si le comportement de l'appelant lors de l'altercation du 17 février 2003 justifiait en soi déjà le licenciement immédiat du surlendemain.

#### **E. 2.2.1.1**

La Cour d'appel a retenu en fait que l'appelant avait été, ce jour-là, une nouvelle fois dérangé par H\_\_\_\_\_, alors qu'il était en train de donner son cours.

#### **E. 2.2.1.2**

La Cour est convaincue en outre du fait que cet employé agissait sur instruction de C\_\_\_\_\_, respectivement de l'épouse de ce dernier, G\_\_\_\_\_; il avait reçu pour mission de "contrôler" l'appelant, et de faire du zèle – peu importe l'impact sur le déroulement du cours et la clientèle: contrôles inopinés de la propreté des chaussures des participants, allumage des lumières de la salle, fermeture délibérée de la porte de la salle.

#### **E. 2.2.1.3**

Dans ces conditions, la prise de bec de l'appelant avec cet employé était compréhensible. S'y ajoute que cet énervement s'insère dans un contexte où l'appelant, dont les qualités d'animateur/entraîneur n'étaient pas contestées, mais explicitement reconnues, ne se sentait aucunement appuyé par la Direction.

#### **E. 2.2.1.4**

Or, l'employeur, personne physique ou personne morale, doit se laisser imputer les agissements fautifs de ses organes, cadres (art. 55 CC) et collaborateurs (art. 101 CO), notamment lorsqu'il leur a délégué un droit de direction (ATF 4C.119/2002 du 20. 6. 2002, cons. 2. 1.). Il ne saurait se prévaloir de l'énervement réputé inacceptable d'un salarié, lorsque cet énervement est la conséquence directe de ses propres faits, gestes ou omissions.

#### **E. 2.2.1.5**

L'intimée se prévaut des déclarations de B\_\_\_\_\_, directeur adjoint de la succursale et auteur de la lettre de licenciement. Ce dernier a déclaré que l'appelant aurait eu des mots avec I\_\_\_\_\_. Il aurait été en furie, aurait quitté le club et le lendemain (le 18.2.2002), il ne se serait pas présenté au travail.

#### **E. 2.2.1.6**

Les déclarations d'un témoin salarié d'une partie au procès, i.e. de l'employeur, doivent être appréciées avec retenue – il se trouve dans un rapport de dépendance et son témoignage peut avoir été influencé (ATF 4P.110/2001 du 17.7.2001 cons. 2/bb; ATF 4A\_262/2007 du 13.2.2008 cons. 3.3). La retenue s'impose en particulier lorsque le témoin, comme en l'espèce, se trouve être un organe de fait de l'employeur personne morale et qui a, à ce titre, participé de manière déterminante au processus de prise de décision conduisant au licenciement immédiat (art. 55 CC).

#### **E. 2.2.1.7**

Enfin, les déclarations de B\_\_\_\_\_ quant à l'altercation de l'appelant avec I\_\_\_\_\_, son départ abrupt du travail et son absence du travail le lendemain, ne trouvent aucun appui dans le dossier – l'incident et sa texture ne sont même pas mentionnés dans la lettre de renvoi immédiat du 19 février 2003. L'intimée, du reste, n'a pas fait auditionner I\_\_\_\_\_.

#### **E. 2.2.1.8**

L'intimée invoque encore un arrêt de la Cour d'appel Gr. 12 du 6 octobre 1997 (in: JAR 1998 p. 229. X c/ Arabie Séoudite). A tort. Contrairement à ce qu'elle soutient, le geste de colère du chauffeur dans la cuisine de la Résidence – planter un couteau dans la table – suite à un mot de l'Ambassadrice, n'a pas été considéré comme motif justifiant le licenciement immédiat prononcé, le lendemain, par l'Ambassadeur.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 18

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 2.2.1.9**

Vu ce qui précède, la Cour d'appel retiendra que l'incident du 17 février 2003 n'était pas en soi suffisamment grave pour fonder un licenciement immédiat.

#### **E. 2.2.2**

Reste à examiner si l'incident du 17 février 2003 pourrait fonder un licenciement immédiat sous l'angle de la réitération d'un comportement fautif et d'éventuels avertissements.

##### **E. 2.2.2.1**

L'incident du 15 octobre 2002, pour déplaisant qu'il puisse paraître, était compréhensible. D'abord, la Cour d'appel est convaincue, en dépit des déclarations du témoin salarié F\_\_\_\_\_, que l'appelant n'avait pas été informé à temps du changement de durée du cours de biking I (90 min. au lieu de 60 min).

##### **E. 2.2.2.2**

S'y ajoute un élément de taille : l'appelant avait soutenu, depuis l'été 2002, que le travail de préparation d'un cours (env. 10 min) et de rangement du matériel après le cours (env. 5 min) constituait du temps du travail et devait être payé "au titre d'heures supplémentaires".

##### **E. 2.2.2.3**

Certes, il ne s'agissait pas d'heures supplémentaires au sens habituel du terme vu que, dans un contrat de travail sur appel, la notion d'horaire contractuel ne se conçoit pas ; mais il s'agissait d'un travail accessoire. Or celui-ci, tout comme le travail principal, devait être rémunéré, et ce à teneur du contrat de travail qui prévoit que l'appelant touche un salaire horaire (cf. art. 3), soit une rémunération calculée en fonction du temps, c'est-à-dire en fonction du nombre d'heures de travail, et non pas d'une rémunération en nombre de cours.

##### **E. 2.2.2.4**

L'intimée, en dépit des protestations écrites et fondées de l'appelant, a persisté à ne prendre en considération que le nombre de cours donnés, ces derniers, en règle générale, étant de 60 minutes. L'appelant a donc pu croire de bonne foi que dorénavant, il serait censé travailler pour le même tarif par cours, non plus 60, mais carrément 90 minutes. Sa lettre de protestation du 31 octobre 2002 contre l'avertissement patronal du 28 février 2002

l'atteste.

#### **E. 2.2.2.5**

L'avertissement écrit du 28 octobre 2002 à l'appelant, qui lui rappelait que son salaire ne lui était versé que pour la "durée du cours<sup>3</sup> et non pas pour la durée de [votre] séjour au club", était donc, pour cet aspect-là, juridiquement infondé.

#### **E. 2.2.2.6**

Par ailleurs, cet avertissement, dans la mesure où il censurait la cessation abrupte du cours du 15 octobre 2002 après 60 minutes, ne contenait pas la menace d'un licenciement immédiat en cas de récidive.

#### **E. 2.2.2.7**

Quant à l'incident du 30 janvier 2003, - la prise de bec avec l'épouse de C\_\_\_\_\_ - la version des faits présentés par l'appelant dans sa lettre à l'employeur du soir du 30 janvier 2003 a été frappée de silence. Une autre version écrite, contemporaine

#### **E. 2.2.2.8**

Dans ces conditions, l'altercation du 17 février 2003 ne justifiait pas non plus le licenciement immédiat de l'appelant sous l'angle de la réitération et des avertissements qui auraient pu être donnés.

#### **E. 2.2.2.9**

Dans la pesée, il convient encore de noter que le délai de congé contractuel n'était que d'un mois, quelque soit le nombre d'années de service (en dérogation valable du délai de congé légal de deux mois à compter de la 2<sup>ème</sup> année de service, art. 335b al. 1 CO). Il pouvait être raisonnablement exigé ("zumutbar") de l'intimée qu'elle renoncât au licenciement immédiat et procédât au licenciement ordinaire de l'appelant, cas échéant en le libérant, avec effet immédiat, de la place de travail.

#### **E. 2.2.2.10**

C'est du reste ce qu'elle a fini par reconnaître implicitement à deux reprises: une première fois, une fois le litige né, en offrant, par la plume de son conseil zurichois, et par gain de paix, de régler le salaire du préavis jusqu'au 30 avril 2003, et une seconde fois, dans son appel incident en concluant, à titre préalable, à l'irrecevabilité de l'appel.

### **E. 2.3**

Licenciement immédiat sans justes motifs. Salaire du préavis, art. 337c al. 1 CO.

#### **E. 2.3.1**

Aux termes de l'art. 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, 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 la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée. L'art. 337c al. 2 CO commande d'imputer sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi qu le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé.

#### **E. 2.3.2**

En l'espèce, si l'employeur avait licencié l'appelant moyennant préavis contractuel, les rapports de travail auraient pris fin le 30 avril 2003. Il n'a pas été allégué que l'appelant

aurait à se laisser imputer des gains réalisés ailleurs, ou aurait pu en réaliser durant le préavis non respecté.

### **E. 2.3.3**

Par conséquent, l'intimée doit à l'appelant le salaire du 16 février 2003 au 30 avril 2003. Dans la détermination de ce montant, le Tribunal s'est basé, à juste titre, sur le salaire moyen des 12 mois précédant le licenciement immédiat. Les parties n'ont pas remis en cause le montant moyen arrêté par le Tribunal, soit fr. 2'341,55, ni la somme brute due pour la durée du préavis, soit fr. 3'512,35 (soit 1,5 x fr.. 2'341,55). La Cour d'appel les confirmera.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 20

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 2.4**

Licenciement immédiat sans justes motifs. Pénalité selon l'art. 337c al. 3 CO

#### **E. 2.4.1**

A teneur de l'art. 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.

#### **E. 2.4.2**

L'indemnité est due, sauf cas exceptionnels, pour tout congé immédiat injustifié (ATF 121 III 64 = JdT 1996 I 60; 120 II 243 = JdT 1995 I 222). Elle a une fonction mixte punitive et réparatrice (du tort moral p. ex.) (121 III 64 = JdT 1996 I 60). Elle doit être proportionnée à la mesure de l'atteinte aux droits de la personnalité du travailleur (ATF 123 III 393 cons. 3b/cc et 3c p. 393; 123 V 5 cons. 2 a p. 7; 121 II 64 cons. 3c p. 68), de son âge, de sa situation sociale, du temps qu'il a passé au service de l'employeur (ATF 121 III 64 = JdT 1996 I 60; 116 II 300 = JdT 1991 I 317); il y a lieu de la réduire en cas de faute concomitante du travailleur (art. 44 CO par analogie; ATF 120 II 243 = JdT 1995 I 222; 123 III 391 = JdT 1998 I 126; Portmann

#### **E. 2.4.3**

En l'espèce, l'intimée doit se laisser imputer les agissements des époux C\_\_\_\_\_ et de H\_\_\_\_\_ à l'encontre de l'appelant; ces personnes ont cherché la tension, sous prétexte de devoir veiller à l'ordre; l'intimée est elle est également responsable de sa lecture pour le moins curieuse de la notion "salaire horaire" contenu dans le contrat de travail de l'appelant; elle a eu tort de pratiquer, dans les faits, une rétribution en fonction du nombre des cours, ce qui a suscité et maintenu l'irritation compréhensible de l'appelant. Enfin, il convient de relever les carences de la direction dans la gestion d'un conflit naissant – politique du refus de répondre aux nombreux griefs et courriers, en partie tout à fait fondés, de l'appelant. Dans ces conditions, le licenciement immédiat a dû heurter l'appelant de plein fouet et lui causé un tort moral certain.

#### **E. 2.4.4**

L'appelant de son côté doit se laisser imputer une certaine hypersensibilité; l'on retiendra, en outre, à sa charge, le fait d'avoir eu des propos pour le moins peu amènes vis-à-vis de

ses détracteurs, voire, certes, sous l'effet de son énervement, à l'en- contre de l'Assistant Club Manager.

#### **E. 2.4.5**

Il n'y a pas lieu de tenir compte des problèmes physiques et psychiques de l'appelant survenus depuis son licenciement; ils sont dus, selon son syndicat, à l'accident de moto survenu en 2005.

#### **E. 2.4.6**

Tout bien pesé, et vu encore la brièveté de la durée des rapports de travail, il convient d'allouer à l'appelant, à l'instar du Tribunal, une indemnité correspondant à un salaire mensuel moyen, soit de fr. 2'341,55 avec intérêts 5% l'an à compter du 19 février 2002.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/11917/2004-5 21

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 2.4.7**

Contrairement au salaire de remplacement au sens de l'art. 337c al. 1 CO, l'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO ne fait pas partie du salaire déterminant; il s'agit d'une somme nette, exonérée des cotisations sociales (ATF 123 V 5) et non soumise aux impôts.

### **E. 3**

Emolument d'appel

#### **E. 3.1**

Vu la valeur litigieuse en appel – inférieure à fr. 30'000.-, la procédure est gratuite (art 343 al. 3 CO)..

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