

# **GE\_GERICHTE CAPH/79/2019 vom 2. Mai 2019**

GE Cour de justice, 2019-05-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_79\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_79_2019)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/79/2019 du 2 mai 2019

IT: GE\_GERICHTE CAPH/79/2019 del 2 maggio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté contre une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) dans le délai utile de trente jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 142 al. 1 et 3, art. 145 al. 1 let. c, arts. 331 et 313 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

### **E. 2.1**

Le juge d'appel dispose d'un pouvoir d'examen complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le Tribunal et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC; ATF 138 III 374 consid 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

### **E. 2.2**

A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Cour cantonale doit établir un état de fait; elle ne saurait se borner à relater les allégués des parties (cf. TF 8C\_577/2014 du 8. 10. 2015 consid. 6.2). Sans aucun doute, cette règle s'applique également à une juridiction cantonale de première instance. En effet, un état de fait insuffisant entrave la bonne application des règles juridiques et un tel manquement doit être considéré comme une violation du droit (CORBOZ, in: CORBOZ/ WURZBURGER/FERRARI/FRESARD/ AUBRY GIRARDIN (éd), Commentaire de la LTF, Berne, 2e éd., 2014, n. 26 ad art. 112 LTF; Ehrenzeller in: NIGGLI/ UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER/KNEUBÜHLER, (éd), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., 2018, N. 8 art. art. 112 LTF; DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne, 2008, N. 4467 in fine ad art. 112 LTF).

- 17/30 -

C/18141/2015-5

### **E. 2.3**

En l'espèce, le jugement pêche par l'absence d'un état de fait pour l'essentiel, il relate, en détail, les allégués des parties, les déclarations des témoins, sans qu'on sache ce que le Tribunal a retenu comme faits constants, établis et pertinents. Ce n'est qu'en lisant la partie "En droit" du jugement que le justiciable parvient à comprendre, mais sans certitude, ce qui a été retenu comme faits.

### **E. 2.4**

La Cour se voit donc amenée d'établir elle-même un état de fait.

### **E. 3**

Le juge applique le droit d'office (art. 57 CPC).

## **E. 4**

L'appelant réclame un montant de 31'105,60 fr. brut à titre de solde de commissions afférentes à la période du préavis, c'est-à-dire aux mois d'octobre 2015 à janvier 2016.

### **E. 4.1**

L'employeur et le travailleur peuvent convenir d'une rémunération dont tout ou partie est constitué par des commissions (cf. art. 322 b CO; la loi parle de "provisions").

#### **E. 4.1.1**

S'agissant des commissions, il est admis que les parties au contrat de travail peuvent prévoir que leur versement dépend de l'atteinte ou du degré d'atteinte d'objectifs chiffrés et fixés, d'entente ou unilatéralement par l'employeur, au début de chaque année. L'on parle alors de rémunération sur objectifs quantitatifs (HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Berne, 2011, p. 172 ss; WITZIG, Le renouveau des rémunérations variables, Genève, 2015, p. 188 ss).

#### **E. 4.1.2**

En l'occurrence, les parties sont convenues d'une rémunération composée, d'une part, d'un salaire annuel fixe de 178'231 fr., soit donc d'un salaire mensuel fixe de 14'852,58 fr., et d'autre part, d'une commission variable, dont le montant, en cas d'atteinte à 100% des objectifs chiffrés fixés, ascendait, lui-aussi, à 14'852,58 fr. Enfin, la pratique suivie par les parties a montré que l'employé était libre de dépasser les objectifs fixés, auquel cas la part de la commission dépassait proportionnellement la limite des 14'852,58 fr.

### **E. 4.2**

Lorsque, comme en l'espèce, l'employeur choisit de libérer le travailleur durant le délai de congé, il se met en demeure d'acceptation volontaire (art. 324 CO). Il reste tenu de continuer à verser au travailleur le salaire – et ce dans toutes ses composantes (part fixe, part variable) (BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Zurich, 2e éd., 2010, p. 102; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 18 ad art. 324 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich, 2012, N. 11 ad art. 324 CO p. 392).

#### **E. 4.2.1**

La question à résoudre en l'espèce est celle de savoir comment il convient de calculer le droit aux commissions durant une période de préavis non travaillée, le travailleur, apte à travailler, ayant été dispensé de l'effectuer.

##### **E. 4.2.1.1**

Le Tribunal a considéré, en substance qu'il convenait de s'orienter vers les revenus mensuels réalisés durant la longue période d'incapacité de travail qui avait

- 18/30 -

C/18141/2015-5 précédé le préavis du demandeur; ce dernier, assuré perte de gain pour un salaire annuel de 267'050 fr., avait obtenu, durant sa période d'incapacité de travail, un montant mensuel de 21'928,80 fr. Dès lors qu'à son avis, ce montant englobait également la part "commissions", il convenait d'appliquer cette solution à la période du préavis.

##### **E. 4.2.2**

La Cour ne saurait confirmer cette solution, car elle contrevient à l'art. 324 CO.

#### **E. 4.2.2.1**

Certes, en cas de détermination de la part variable d'un salaire en cas d'incapacité de travail, il est d'usage, et admis par la doctrine et la jurisprudence, que, l'employeur, tenu de continuer à payer le salaire durant la période fixée selon l'"échelle bernoise", puisse, pour déterminer le salaire-maladie dû, se fonder sur la moyenne des salaires variables des douze derniers mois (et à défaut: sur une période plus courte) précédant l'incapacité de travail (TF 4C\_173/2004 du 7. 9. 2004 consid. 4.3 = JAR 2005 p. 265; ATF 125 III 14 consid. 2b; CAPH GE 12. 12. 1988 in: JAR 1990 164; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 9 ad art. 324 a/b CO p. 414; AUBERT GABRIEL, in: THÉVENOZ/WERRO, éd, Commentaire Romand CO I, 2e éd., 2012, N. 46 ad art. 324 a CO; AUBERT DAVID, in: DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 12 ad art. 349 c CO; SENTI, "Variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungen. Rechtsfolgen", in: PORTMANN/ VON KAENEL, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich, 2018, p. 104; cf. pour la détermination du gain assuré en cas de revenus variables, en droit de l'assurance-accident: ATF 139 V 464 consid. 2.6 et art. 22 al. 4 OLAA [RS 832.202]).

#### **E. 4.2.2.2**

Il est même concevable d'appliquer la règle du salaire moyen des douze mois précédents au cas où l'employé, payé à la commission, ait été licencié avec effet immédiat sans justes motifs et où ce dernier réclame la rémunération afférente au préavis non respecté (art. 337 c al. 1 CO; cf. TF 4A\_556/2012 du

#### **E. 4.2.3**

L'application linéaire de ces principes à un cas de demeure d'acceptation de l'employeur au sens de l'art. 324 CO paraît délicate.

#### **E. 4.2.3.1**

Une incapacité de travail représente la survenance d'un risque dans la sphère du travailleur; il est donc défendable de lui faire subir, lorsqu'il rémunéré par un salaire variable, un salaire-maladie calculé sur la base d'une moyenne des

#### **E. 4.2.3.2**

Tel n'est pas le cas en cas de demeure d'acceptation de l'employeur. Le risque de l'empêchement de travailler ne survient pas dans la sphère du travailleur,

- 19/30 -

C/18141/2015-5 ni ce dernier a-t-il à se laisser reprocher une éventuelle faute concomitante ayant causé son renvoi immédiat.

#### **E. 4.2.4**

En dispensant le travailleur qu'il vient de licencier, sans avoir été provoqué, d'effectuer le préavis, l'employeur empêche, dans son propre intérêt, que ce collaborateur puisse réaliser ses objectifs contractuels (cf. art. 156 CO, mais également l'art. 152 al. 1 CO). L'application de l'art. 156 CO, du reste, ne suppose pas un acte intentionnel visant à léser le partenaire contractuel; ce qui est déterminant, c'est l'empêchement imputable à la partie qui s'en prévaut (ATF 109 II 20). Dès lors, l'employeur ne saurait vouloir invoquer son propre choix pour en déduire le droit d'amputer, ou de l'amputer à sa guise, la commission théoriquement atteignable du travailleur durant le préavis libéré; celle-ci est due dans toute son ampleur théorique (cf. WITZIG, op. cit. p. 204 [ss], et, par analogie, le cas du footballeur

professionnel mis sur le banc de touche: ATF 137 III 303 consid. 2.1.2; CAPH/38/2019 du 6 février 2019 consid. 2 let. e).

#### **E. 4.2.5**

Mais il y a plus. Lorsque, comme en l'espèce, l'employeur eût été contractuellement tenu de fixer au travailleur, au début de chaque année (civile ou commerciale), les objectifs chiffrés à atteindre, il est malvenu de soutenir que le travailleur libéré aurait de toute façon pas atteint le revenu théoriquement atteignable, rapporté au mois, durant le préavis. Dans ce cas-là, il convient de mettre le travailleur, pour la période considérée, au bénéfice du 100% du gain théorique atteignable (cf. Bundesarbeitsgericht allemand, arrêt du 12. 12. 2007 – 10 AZR 97/07 consid. 2, in: [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de); dans le même sens: ArGer ZH, 24. 11. 2009 in: *Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2009*, p. 7; cf. pour une situation similaire: TF 4A\_23/2007 du 8. 5. 2007 consid. 4.3. in fine = ARV/DTA 2007 p. 160).

#### **E. 4.2.6**

Enfin, l'on ne saurait faire abstraction du fait qu'en été 2012, lors du préavis libéré précédent, dans une situation comparable, l'intimée avait offert, dans le "Termination Agreement" du 30 août 2012, de verser à l'appelant le 100% de la part variable théorique afférents aux mois de juin à septembre 2012 (4 x 14'852,60 fr. = 59'410,40 fr.). Ce montant a été versé et, bien qu'en définitive, ledit "Termination Agreement" ait été annulé – parce que l'appelant avait retrouvé un poste à l'interne – il n'aurait pas dû être restitué.

##### **E. 4.2.6.1**

L'intimée objecte qu'à l'époque on avait affaire à un licenciement économique, alors qu'en octobre 2015, il ne s'agissait plus d'un licenciement économique.

##### **E. 4.2.6.2**

Cette objection tombe à faux. Car, à l'évidence, et vu de près, le licenciement de l'appelant du 7 octobre 2015 était bel et bien un licenciement procédant d'un raisonnement économique sous-jacent. Il importe peu que la chose n'ait pas été communiquée à l'intéressé comme telle. Du fait de sa longue absence

- 20/30 -

C/18141/2015-5 due à son incapacité de travail, l'entreprise avait repourvu son poste de travail; elle n'a pu l'affecter ailleurs. Le maintenir en emploi, nonobstant l'absence d'un travail à offrir eût été, économiquement parlant, "non – rentable".

##### **E. 4.2.6.3**

Le versement du 100% de la part variable théorique de la rémunération de l'appelant, durant le préavis, en été 2012, fondait ainsi un fait de confiance ("Vertrauenstatbestand"); en l'absence d'éléments disruptifs, imputables à faute de l'appelant, il ne convenait pas de le démentir, dans une situation analogue, trois ans plus tard. L'attente de l'appelant de pouvoir bénéficier, durant le second préavis, d'un traitement analogue, s'avère ainsi légitime, et partant, fondée.

#### **E. 4.3**

Le montant dû se calcule comme suit, compte tenu du fait que l'appelant se trouvait en incapacité de travail jusqu'au 6 octobre 2015 inclus, et compte tenu des montants déjà versés, pour cette période, à titre de commission:

#### **E. 4.3.1**

Nombre de jours ouvrables en octobre 2015: 22 Nombre de jours ouvrables, en octobre 2015, depuis le retour en emploi de l'appelant: 20 Commission mensuelle à 100%: 14'852,60 fr. Commission mensuelle à 100%, au prorata sur 20 jours ouvrables: 13'502,36 fr. Commissions mensuelles à 100% pour novembre 2015 à janvier 2016: 3 x 14'852,60 fr. = 44'557,80 fr. Total commissions mensuelles à 100% pour la période du 07.10.2015 au 31.01.2016: 13'502,36 fr. + 44'557,80 fr. = 58'060,16 fr.

#### **E. 4.3.2**

De ce montant de 58'060,16 fr., il convient de déduire le total des montants versés, pour cette même période, à titre de commissions. Ce total correspond à 20'704,80 fr. (4 x 5'176,20 fr.).

##### **E. 4.3.2.1**

A noter, à ce propos, que tant le Tribunal (dans ses réflexions implicites), que les parties, dans leurs écritures en appel, ont – sans doute par inadvertance - intégré, dans le poste "commissions" déjà versées, les montants de 100 fr. (contribution caisse maladie), de 1'000 fr. (forfait voiture) et de 800 fr. (allocation de formation). Ainsi, ils ont considéré que l'intimée aurait déjà versé à l'appelant, durant cette période, à titre de commissions, un montant mensuel de 7'076,20 fr. (5'175,20 fr. + 100 fr. + 1'000 fr. + 800 fr.). Or, cette intégration des trois postes susmentionnés dans le poste commissions a été faite à tort. A l'évidence, il s'agit là d'autres prestations contractuelles mensuelles, qui étaient dues et versées à un autre titre.

#### **E. 4.3.3**

L'on parvient ainsi à un montant – théoriquement dû –, à titre de solde de commissions, de 37'355,36 fr. (58'060,16 fr. – 20'704,80 fr.).

- 21/30 -

C/18141/2015-5

#### **E. 4.4**

L'appelant n'a réclamé, en appel, à titre de solde de commissions qui lui seraient encore dues, que le montant de 31'050,60 fr. brut.

##### **E. 4.4.1**

Or, le juge ne saurait allouer à une partie un montant supérieur à celui qu'elle a réclamé. Ne eat iudex ultra petita (cf. art. 58 al. 1 CPC; OBERHAMMER, in Kurzkomentar ZPO, op. cit., N. 2 ad art. 58 CPC); cette règle est certes, relativisée en ce sens que le juge peut, s'agissant d'un type identique de postes – p. ex. postes de dommage – se fonder sur le montant global réclamé et allouer davantage pour un des éléments de ce type de postes, et moins pour un autre, sans violer le principe de disposition (cf. ATF 143 III 254 consid. 3.3; TF 4A\_535/2018 du 17. 1. 2018 consid. 5.2). Encore faudrait-il que les différentes conclusions, au sein d'un type de postes, soient fondées.

##### **E. 4.4.2**

Or, en l'espèce, le type de poste en question ici est un poste qui relève de la thématique "rémunération", et non pas d'un type de poste relevant de la thématique "dommage" ou "indemnité". Par ailleurs – et comme on verra ci-après – il n'y a pas d'autres postes de

prétention qui auraient été retenus comme fondés.

#### **E. 4.4.3**

Il n'y a dès lors pas lieu de faire une exception à la règle *ne eat iudex ultra petita*. L'intimée sera donc condamnée à verser à l'appelant ce montant de 31'050,60 fr. brut, à titre de solde de commissions encore dues.

#### **E. 4.5**

Quant au bonus "SPIF", il convient de relever que l'appelant n'avait pas pris une conclusion en paiement à cet égard – ce qui, dans un premier temps, semble avoir échappé au Tribunal. En effet, ce dernier avait longuement instruit le plan "SPIF", ne se rendant compte qu'en cours de route et sur la base des éléments produits, que le bonus fondé sur ce plan se caractérisait comme prestation entièrement discrétionnaire; il s'est probablement aussi rendu compte que le demandeur n'avait pas formulé de conclusion en paiement fondée sur ce bonus. C'est donc à juste titre que, dans son jugement, le Tribunal a omis de revenir sur ce sujet. Dans son écriture d'appel, l'appelant a l'a brièvement évoqué, mais, à nouveau, sans prendre une conclusion à ce propos. L'eût-il fait, elle aurait été irrecevable, faute d'avoir déjà été soumise en première instance. 5. L'appelant réclame, comme en première instance, un montant de 186'246 fr. net à titre d'indemnités pour licenciement abusif. 5.1. Il soutient, en substance, avoir été licencié du fait de sa maladie, liée à son cancer – ou plus précisément, parce que l'intimée aurait craint une rechute. Le congé serait également abusif compte tenu de la manière dont il a été mis en route. 5.2. 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 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

- 22/30 -

C/18141/2015-5 cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115, consid. 2.1; 131 III 536 consid. 4. 1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. 5.2.1. Est ainsi abusif le congé donné par une partie pour une "raison inhérente à la personnalité de l'autre, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise" (art. 336 al. 1 let. a CO). 5.2.2. La maladie fait partie, à l'instar de la race, de la religion, de l'âge, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, des éléments inhérents à la personnalité du travailleur (ATF 130 III 699 consid. 4.1 = JdT 2006 I 193 = SJ 2005 I 152; 127 III 86 consid. 2 a = JdT 2001 I 160; 123 III 254 consid. 5; DUNAND, in: DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 25 ad art. 336 CO). 5.2.3. En principe, le congé donné au travailleur en raison d'un empêchement de travailler prolongé dû à une maladie n'est pas abusif (cf. ATF 107 II 169 consid. 2a). Cela ressort implicitement de l'art. 336 c al. 1 let. b CO qui prévoit un délai de protection, limitée dans le temps, contre le congé en temps inopportun, c'est-à-dire, notamment, durant une incapacité de travail due à une maladie ou à un accident (cf. TROXLER, *Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht*, Bâle, 1992, p. 54 ss; critique: NORDMANN, *Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes*, Bâle, 1998, p. 89). 5.2.3. Il est notoire qu'une absence d'un collaborateur due à une incapacité de travail peut avoir, lorsqu'elle dure, une incidence négative sur la production, et partant, présenter un lien avec

le rapport de travail (ATF 136 III 510 consid. 4.4; 123 III 246 consid. 5 = JdT 1998 I 300 = JAR 1998 p. 187; TF 4A\_554/2008 du 26. 5. 2009 consid. 2.2. = ARV/DTA 2009 p. 307 = JAR 2010 p. 318; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 5 ad art. 336 CO, p. 1011). 5.2.4. En effet, l'employeur, inévitablement, se verra placé devant le choix soit de remplacer l'employé absent, provisoirement, voire durablement, par un autre travailleur, ou par une mesure de rationalisation, s'il entend maintenir le volume et rythme de sa production, soit de supprimer – momentanément ou durablement – le poste de travail en question, et d'accepter, cas échéant, une diminution de sa capacité de production. Un congé donné, dans une telle situation, ne serait pas abusive (DUNAND, op. cit. N. 30 ad art. 336 CO; 123 III 246 consid. 5; TF 4C\_174/2004 du 5. 8. 2004 c. 2.2.2; ATF 123 III 259 consid. 5). 5.2.5. Par contre, il est admis qu'une incapacité de travail provoquée par la faute de l'employeur ne saurait justifier que ce dernier, une fois le délai de protection

- 23/30 -

C/18141/2015-5 venu à terme, se précipitât à licencier derechef le travailleur. Il lui eût incombé de protéger la personnalité, et notamment la santé, du travailleur (art. 328 al. 1 CO). Un tel congé serait clairement abusif, si ce n'est à la lumière de l'art. 336 al. 1 let. a CO, à tout le moins à la lumière de la norme générale de l'art. 2 al. 2 CC; car survenu, après une atteinte fautive à la santé, sans proposition préalable d'une mutation interne, sans ménagement et dans des circonstances choquantes (cf. TPH JAR 1992 p. 166; TF 4C\_320/2005 du 20. 3. 2006 consid. 3.2; TF 4A\_2/2014 du 19. 2. 2014). 5.3. En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que licenciement de l'appelant du 7 octobre 2015 aurait été décidé à cause de sa maladie; d'abord, la maladie en question n'était pas imputable à la faute de l'intimée; ensuite, elle venait d'être surmontée; enfin, rien ne démontre que l'intimée aurait prononcé ce congé par crainte d'une rechute. A l'appui de ses thèses, l'appelant n'a apporté ni la preuve (art. 8 CC), ni, à tout le moins, des indices suffisants pour faire présumer au juge l'existence d'un motif abusif. 5.3.1. A l'évidence, l'intimée a licencié l'appelant pour un motif économique: compte tenu de la longue absence-maladie de l'appelant, l'intimée se trouvait dans l'incertitude quant à la date de son retour en emploi; ce dernier lui avait annoncé son retour pour le printemps 2015 – mais, victime d'une nouvelle affection à santé, il n'a pu reprendre son travail. De ce fait, et à bout de patience, l'intimée a été amenée, en été 2015, à engager, pour son poste de travail, un nouveau collaborateur. Ce qui apparaît compréhensible. Suite à l'entrée en service de ce dernier, l'appelant ne pouvait plus être occupé et il n'y avait pas d'autre poste disponible. 5.3.2. Du reste, l'appelant avait lui-même parfaitement anticipé et compris que sa place serait, pour finir, confiée à une autre personne et qu'une fois de retour en emploi, il lui fallait se réorienter, voire, envisager être licencié – auquel cas il s'attendait à pouvoir bénéficier d'un bon "Termination Agreement". 5.3.3. Enfin, l'appelant paraît malvenu de plaider, lorsqu'il s'agit de son droit aux commissions, la thèse d'un licenciement économique – à l'instar du licenciement survenu le 27 juin 2012 qui avait débouché, parce que licenciement économique, sur l'octroi du 100% des commissions théoriques – et, de plaider, simultanément, un motif de congé abusif (et partant: non économique), pour fonder sa prétention en paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 336 a CO. 5.4. Un licenciement peut se révéler abusif non seulement par ses motifs, mais également par la façon dont l'employeur a exercé son droit (ATF 132 III 115 consid. 2.2. = JdT 2006 I 152; 131 III 535 consid. 4.2 = JdT 2006 I 194 = SJ 2006 I 29; TF 4A\_42/2018 du 5. 12. 2018 consid. 3.1.; DUNAND, op. cit. N. 78 ad art. 336 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit.,

N. 4 ad art. 336 CO p. 997).

- 24/30 -

C/18141/2015-5 5.4.1. Ainsi, une grave atteinte à la personnalité du travailleur, à l'occasion de la résiliation, peut fonder l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif. En revanche, un comportement de l'employeur qui serait simplement inconvenable ou indigne ne suffirait pas. En effet, il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 132 III 115 consid. 2.3; TF 4A\_663/2010 du 28. 2. 2011 consid. 3.2.1; CAPH GE, 4. 2. 2010 consid. 6.1.3 in: JAR 2011 p. 351). 5.4.2. En l'occurrence, l'intimé a certes et par mégarde, annoncé à l'appelant, lors de son licenciement que, parce que libéré durant le préavis, il ne toucherait pas de salaire. Cela a rapidement été corrigé et n'a pas prêté à des tourments particuliers, ni surtout, porté une grave atteinte à la personnalité de l'appelant. 5.5. A l'instar du Tribunal, la Cour rejette la prétention de l'appelant en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. 6. L'appelant réclame encore la condamnation de l'intimée au paiement d'un montant de 40'000 fr. net à titre de réparation pour tort moral. 6.1. La recevabilité de cette conclusion appelle un examen. En effet, elle ne figurait pas dans la Requête de conciliation, ni dans l'Autorisation de procéder. Ce fait semble avoir échappé à la vigilance du Tribunal. 6.1.2. Il incombe au juge d'examiner d'office, et à tous les stades de la procédure, si les conditions de recevabilité d'une action ou d'une conclusion sont remplies (art. 59, 60 CPC; ATF 130 III 430 consid. 3.1; DOMEJ, in: Oberhammer/Domey/ Haas (éd), Kurzkomentar ZPO, Bâle, 2e éd., 2013, N. 2 ad art. 60 CPC). 6.1.3. En principe, les conclusions de la demande doivent correspondre à celles mentionnées dans l'autorisation de procéder. Elles ne peuvent s'en écarter qu'aux conditions de l'art. 227 CPC, à savoir si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure (art. 227 al. 1 CPC) et si elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention (art. 227 al. 1 let. a CPC) ou si la partie adverse consent à la modification (art. 227 al. 1 let. b CPC) (TF 5A\_588/2015 du 9. 2. 2016 consid. 4.3.1; CAPH/123/2017 du 28. 8. 2017 consid. 3.1). 6.1.3. En l'espèce, la conclusion litigieuse est nouvelle, certes, mais elle relève de la même procédure que les autres conclusions (i. e. procédure ordinaire), et elle relève du même complexe de faits ("Lebenssachverhalt") que ces dernières. Et qui plus est, la partie défenderesse (ci-devant intimée) n'a gardé le silence, et partant, est réputée avoir accepté le fait que qu'elle n'ait pas été présentée en conciliation déjà. 6.2. Partant, il convient d'examiner le bien-fondé de cette prétention.

- 25/30 -

C/18141/2015-5 6.2.1. Aux termes de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. 6.2.1.1. L'art. 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les arts. 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321 d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd., 2012, n. 2 ad art. 328 CO), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (TF 4C\_253/2001 du 18. 12. 2001 consid. 2c). 6.2.1.2. En cas d'atteinte illicite à sa personnalité du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci, le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral, pour autant que la

gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. art. 97 al. 1, 101 al. 1, 99 al. 3 et 49 CO). 6.2.1.3. L'existence d'un tort moral suppose que le travailleur ait non seulement subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait subjectivement ressentie sous forme de souffrance morale suffisamment forte qu'il apparaisse légitime qu'une personne, placée dans ces mêmes circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1; 102 II 211 consid. 9). 6.2.1.4. Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes: la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité, un tort moral, un lien de causalité naturelle et adéquat entre la violation du contrat et le tort moral, et une faute imputable à l'employeur. Il incombe au travailleur d'apporter la preuve de la réunion de ces conditions (art. 8 CO; DUNAND, op. cit. N. 83 ad art. 328 CO). 6.2.2. En l'espèce, l'appelant se borne à exposer, dans un seul et unique paragraphe de cinq lignes, que l'octroi d'une indemnité pour tort moral se justifie "compte tenu de la froideur du comportement de l'employeur à l'égard d'un employé gravement malade et son inélégance lors du licenciement". 6.2.2.1. En principe, il incombe à la partie appelante de formuler un grief, c'est-à-dire d'indiquer, fût-ce de façon succincte, dans quelle mesure et en quoi ("inwiefern") la décision entreprise repose sur une constatation inexacte des faits ou repose sur une application erroné du droit (SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zurich, 2013, p. 384).

- 26/30 -

C/18141/2015-5 6.3. Quoi qu'il en soit, le moyen est infondé – même si l'on devait se fonder sur les griefs que l'appelant, à ce propos, avait développés en première instance. 6.3.1. En effet, à l'instar du Tribunal, il convient de retenir qu'il était inélégant de la part de l'intimée, plus particulièrement des ressources humaines, d'indiquer à l'appelant qu'il ne percevrait pas son salaire pendant le délai de congé; mais il s'agissait d'une erreur. Cette erreur a par ailleurs rapidement été rétablie sans que cela ne cause de préjudice à l'appelant. 6.3.2. S'agissant de l'activité de l'appelant durant les premiers mois à compter, l'on ne saurait retenir que l'intimé l'aurait forcée à poursuivre son activité malgré son cancer jusqu'au début de son arrêt-maladie du 4 mars 2013. L'intimée pouvait penser de bonne foi que l'appelant était encore, en dépit du diagnostic d'un cancer, en mesure de poursuivre son activité. 6.3.3. D'autre part, il ressort de l'administration des preuves que durant l'arrêt maladie de l'appelant, l'intimée ou ses collaborateurs avaient pris, à plusieurs reprises, de ses nouvelles allant même jusqu'à lui offrir des présents. 6.3.4. Enfin, les divers témoins entendus au cours de la procédure ont indiqué que, quand bien même la décision de licencier l'appelant avait été une décision humainement difficile à prendre, ils n'avaient pas été choqués par ce licenciement. 6.4. Force est dès lors de constater que l'intimée n'a pas violé l'art. 328 CO relatif à la protection de la personnalité du travailleur. On ne saurait retenir qu'elle aurait agi avec froideur ni même que son comportement aurait entraîné une atteinte tellement grave qu'elle nécessiterait l'allocation d'une indemnité pour tort moral. L'intimée n'apporte par ailleurs pas la preuve de l'atteinte, de son intensité ou de sa gravité. 6.5. Au vu de ce qui précède, la Cour, à l'instar du Tribunal, déboutera l'appelant de sa demande en paiement d'une indemnité pour violation de la protection de la personnalité. 7. L'intimée, de son côté, reprend, dans son appel joint, sa conclusion reconventionnelle, prise en première instance, en condamnation de sa partie adverse au paiement de 5'319,25 fr. net avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 1er février 2016, et ce à titre de remboursement de la part employé de cotisations LPP durant la période de novembre 2015

à janvier 2016. 7.1. Elle considère en substance que le Tribunal avait tort de qualifier d'irrecevable cette conclusion, au seul motif qu'à teneur de l'art. 224 CPC la prétention invoquée reconventionnellement devait être soumise à la même procédure que la demande principale. 7.2. Cette critique est fondée.

- 27/30 -

C/18141/2015-5 7.2.1. Il est certes exact qu'à teneur de l'art. 224 CPC, "le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle dans sa réponse si la prétention qu'il invoque est soumise à la même procédure que la demande principale". 7.2.2. En l'occurrence, la demande reconventionnelle ne dépasse pas le montant de 30'000 fr., elle est, donc, à la différence de la demande principale, régie par la procédure simplifiée (cf. art. 243 al. 1 CPC). 7.2.3. Par conséquent, d'un point de vue strict, force serait de déclarer la demande reconventionnelle irrecevable. 7.2.4. Une partie de la doctrine partage ce point de vue et prône une application à la lettre de l'art. 224 al. 1 CPC quelles que soient les circonstances du cas concret – tout en reconnaissant l'existence d'un problème qui a pu échapper au législateur. Une demande reconventionnelle, régie par la procédure simplifiée, ne saurait jamais être déclarée recevable lorsque la demande principale relève de la procédure ordinaire (cf. PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich, 2e éd., 2016, N. 15 ad art. 224 CO; HEINZMANN, La procédure simplifiée, Zurich, 2018, p. 145 – 146; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 3e éd., 2017, N. 43 ad art. 224 CPC). 7.2.5. La doctrine majoritaire considère toutefois que l'art. 224 al. 1 CPC, s'il est appliqué strictement, a pour inconvénient de voir violé dans un nombre important de cas le principe d'économie de procédure. Elle considère que la disposition – interprétée selon bon sens – permet à la partie défenderesse, demanderesse sur reconvention pour une prétention soumise à la procédure simplifiée, d'y renoncer et d'accepter que sa prétention reconventionnelle, bien qu'inférieure à 30'000 fr., soit également instruite selon les règles de la procédure ordinaire (DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle, 2011, p. 222; TAPPY, in: BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY (éd), Code de procédure civile. Commentaire romand. 2e éd., Bâle, 2019, N. 14 ad art. 224 CPC; GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bâle, 2016, p. 236; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zurich, 2e éd., 2014, N. 3 ad art. 224 CPC; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd., Zurich, 2016, N. 12 ad art. 14 CPC; KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, N. 25 ad art. 224 CPC; NÄGELI/RICKERS, in: OBERHAMMER/ DOMEJ/ HAAS, Kurzkomentar ZPO, 2e éd., Bâle, 2014, N. 3 ad art. 224 CO; RAPOLD/ FERRARI-VISCA Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AJP/PJA 2013, p. 391). 7.2.6. Dans une affaire jugée en 2017, le Tribunal fédéral a évoqué la question dans un obiter dictum; il n'avait pas à la trancher et l'a donc laissée ouverte (ATF 143 III 506 consid. 3.2.4). Mais, tout porte à penser qu'il l'aurait tranchée dans le sens de la doctrine majoritaire y citée abondamment. Dans une toute

- 28/30 -

C/18141/2015-5 récente affaire, le Tribunal fédéral a, à nouveau, laissé ouverte la question, dès lors qu'une révision de l'art. 224 al. 1 CPC serait en cours (TF 4A\_32/2019 du 2. 4. 2019 consid. 1.3.; Conseil fédéral, Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile, du 2. 3. 2018, p. 68). 7.2.7. En l'espèce, il convient de se rallier à la

doctrine majoritaire. En effet, le bon sens et l'économie de la procédure commandent que l'intimée puisse faire valoir sa prétention, inférieure à 30'000 fr., à titre reconventionnel dans le cadre de la procédure principale, régie par la procédure ordinaire. 7.3. La prétention l'intimée en remboursement des 5'319,25 fr. net à titre de part employé des cotisations LPP pour la période de novembre 2015 à janvier 2016 est fondée. 7.3.1. Elle est fondée tant ex contractu (contrat de travail, art. 97 ss CO, 319 CO, art. 339 CO) qu'ex condicione indebiti (enrichissement illégitime, art. 62 CO). 7.3.2. Du reste, l'appelant, et ici, défendeur reconventionnel, n'a jamais contesté, dans le cadre de cette procédure, que ce soit à titre principal ou à titre subsidiaire ou éventuel, le bien-fondé de cette créance en restitution. 7.4. Par conséquent, la Cour condamnera l'appelant à payer à l'intimée le montant de 5'319,25 fr. net avec intérêts 5% l'an à compter du 1er février 2016. 8. La Cour renonce à prononcer la compensation à due concurrence des montants alloués, faute de disposer d'éléments suffisants pour y procéder. En effet, le montant alloué à l'appelant est assujéti aux cotisations sociales; en l'état, son montant net n'est pas connu. Il incombe donc à l'intimée, si elle entend exercer un droit de compenser avec sa propre créance en remboursement de 5'319,25 fr. net, de procéder, au préalable, à la déduction des charges sociales sur le montant de 31'050,60 fr. brut présentement alloué à l'appelant. 9.

#### **E. 9**

4. 2013 consid. 6. 1.).

#### **E. 9.1**

Vu l'issue du litige, la Cour met les frais de justice en appel à la charge de l'appelant. Vu la complexité de la cause, elle fixe ces frais à 2'750 fr.; il en sera déduit l'avance de frais que l'appelant a déjà versé, à savoir 2'000 fr.

#### **E. 9.2**

En procédure d'appel, les parties n'ont pas remis en cause la répartition des frais de première instance prononcée par le Tribunal. Il convient donc de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

#### **E. 9.3**

Dans le canton de Genève, il n'est pas alloué des dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (cf. art. 22 al. 2 de la loi d'application du code civil et d'autres lois fédérales, [LaCC], du 11 octobre 2012 [RS/GE E 1.05]). \* \* \* \* \*

- 29/30 -

C/18141/2015-5 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_, le 25 juin 2018 contre le jugement JTPH/127/2018 rendu le 24 mai 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/13585/2016-5; Déclare recevable l'appel joint formé par B\_\_\_\_\_ Sàrl, le 14 septembre 2018, contre ce même jugement; Cela fait, Annule le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris, et, statuant à nouveau, déclare recevable la demande reconventionnelle de B\_\_\_\_\_ Sàrl. Au fond : Annule le chiffre 3 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau, 1. Condamne B\_\_\_\_\_ Sàrl à payer à A\_\_\_\_\_ le montant de 31'050,60 fr. brut, sous déduction des charges sociales, avec intérêt 5% l'an à compter du 1er février 2016; 2. Condamne A\_\_\_\_\_ à payer à B\_\_\_\_\_ Sàrl le montant de 5'319,25 fr. net, avec intérêts 5% l'an à compter du 1er février 2016. 3. Laisse à l'intimée le soin de procéder à la

compensation à due concurrence. Confirme le jugement entrepris pour le surplus; Sur les frais: Arrête les frais judiciaires à 2'750 fr. Les met à la charge de A\_\_\_\_\_ ; Les compense avec l'avance de 2'000 fr. fournie par A\_\_\_\_\_ qui restent acquis à l'Etat; Condamne A\_\_\_\_\_ à verser la somme de 750 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de l'Etat de Genève; Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeants : Monsieur Werner GLOOR, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

- 30/30 -

C/18141/2015-5 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.

## **E. 12**

derniers mois. Ce même calcul se justifie en cas d'application de l'art. 337 c al. 1 CO; en effet, en cas de licenciement immédiat qui s'avère, après coup, injustifié, il est, à tout le moins, en règle générale, à presumer que le travailleur a fourni un motif conduisant l'employeur à la sur-réaction d'un renvoi immédiat.

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