

## **GE\_GERICHTE C/4321/2007 vom 18. September 2008**

GE Cour de justice, 2008-09-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_4321\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_4321_2007)

FR: GE\_GERICHTE C/4321/2007 du 18 septembre 2008

IT: GE\_GERICHTE C/4321/2007 del 18 settembre 2008

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; BANQUE; SECRÉTAIRE(FONCTION) ; PARTENARIAT ENREGISTRÉ; RÉSILIATION; REMISE CONVENTIONNELLE DE DETTE; PROTECTION CONTRE LES CONGÉS; INDEMNITÉ DE DÉPART; RÉSILIATION ABUSIVE; HOMOSEXUALITÉ; PRINCIPE DE LA CONFIANCE(INTERPRÉTATION DU CONTRAT) | Dans cet arrêt, la Cour rappelle que la protection accordée par les art. 336 ss CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction. L'accord entre les parties doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat. En l'espèce, un accord entre E et T portant uniquement sur la date de départ n'est pas considéré comme un contrat de résiliation. Partant, la Cour admet l'application des articles 336 ss CO et plus particulièrement, au cas d'espèce, l'article 336 lit.a CO. Interprétant la volonté des parties à la lumière du principe de la confiance, la Cour en vient à la conclusion que le courriel de T, qui se borne à remettre en cause les motifs invoqués à la base de son licenciement, aurait dû être compris par E comme étant une opposition de celle-ci audit licenciement. Par conséquent, T s'est valablement opposée à la résiliation de ses rapports de travail. Enfin, l'ex-employée se plaint du caractère abusif de son licenciement en raison de son orientation sexuelle. A la lumière des témoignages, la Cour constate que le grief soulevé par T n'est pas fondé. En revanche, elle relève que l'employeur a indiqué à T que son poste était supprimé, tout en le remettant au concours à 50% à l'insu de cette dernière. En outre, elle constate que E n'a pas déployé tous les efforts pour trouver à T un poste à l'interne. Dans ces circonstances, la Cour admet que le licenciement est bien abusif, non pas tant à cause de l'orientation sexuelle de T, mais en raisons de la façon dont il a été donné. Pour le surplus, elle confirme le montant alloué par les premiers juges à titre d'indemnité pour licenciement abusif. | LJP.59; LJP.56; LJP.76; CO.336; CO.336a; CO.336b; CO.335; CO.328

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Cour d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 al. 1 LJP).

#### **E. 2**

L'appelante soutient en premier lieu que les parties ont mis un terme au contrat de travail d'un commun accord. En effet, dès lors que l'appelante a offert à son employée de la libérer de ses obligations contractuelles avant le 31 décembre 2006 si elle trouvait un nouveau

travail avant cette date et que celle-ci a accepté cette offre le 30 août 2006, un accord a été conclu. Cet accord présentait l'avantage pour l'intimée de commencer un nouvel emploi et une indemnité de départ de deux mois de salaire lui a été versée. Ainsi, l'intimée a valablement renoncé à sa prévaloir de la protection des art. 336 ss CO.

### **E. 2.1**

En cas de licenciement abusif, le travailleur a droit à une indemnité (art. 336a CO). En principe, il ne peut pas valablement renoncer à ce droit pendant la durée du contrat et le mois qui suit la fin de ce dernier (art. 341 al. 1 CO). Selon la jurisprudence, l'art. 341 CO n'interdit cependant pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2b). Ainsi, par exemple, la protection accordée par les art. 336 ss CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (Aufhebungsvertrag; ATF 118 II 58 consid. 2b déjà cité et les références, notamment ATF 110 II 168 consid. 3b, AUBERT, Commentaire romand, n. 8 ad art. 335 CO et n. 6 ad art. 341 CO; STAEHELIN, Commentaire zurichois n. 4 ad art. 341 CO). L'accord entre les parties doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (ATF np du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I p. 277 consid. 2c et les références). En revanche, lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin du contrat, les art. 336ss CO restent applicables. L'acceptation de la résiliation par l'employé ne suffit pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par là même une volonté implicite de celui-ci de renoncer à la protection accordée par les art. 336ss CO (ATF np 4C.27/2002 du 19 avril 2002, publié in SJ 2003 I p. 220, consid. 2).

### **E. 2.2**

En l'espèce, l'employeur a licencié l'intimée avec effet au 31 décembre 2006 et proposé de la libérer, en tout temps, de ses obligations contractuelles avant cette date si elle retrouvait du travail. Celle-ci a accepté cette offre le 30 août 2006 et indiqué que son dernier jour de travail serait le 8 septembre 2006. Il est indéniable qu'un accord sur la date de départ de l'intimée de la banque a été trouvé entre les parties. Cela étant, cet accord ne porte nullement sur le principe de la résiliation des rapports de travail, mais bien sur les modalités de départ de l'employée. Conformément à la jurisprudence évoquée plus haut, cet accord n'empêche pas l'application des art. 336 ss CO. Par ailleurs, il n'apparaît pas que les parties aient procédé à des concessions réciproques. La possibilité de l'intimée de mettre un terme au contrat de travail avant l'échéance pour laquelle il avait été résilié représentait une concession beaucoup moins importante que la renonciation de la travailleuse à exercer les droits résultant du licenciement qu'elle estime abusif. Il convient à cet égard de relever que l'indemnité de départ de deux mois était versée de toute manière, que l'intimée quitte son employeur le lendemain de la résiliation du contrat de travail ou six mois après pour l'échéance de celui-ci; l'indemnité de départ n'a donc pas été promise comme une concession de la part de l'employeur en vue de compenser les conséquences d'une résiliation anticipée décidée d'un commun accord. Enfin et derechef, l'on ne discerne pas dans le comportement des parties l'expression d'une volonté réciproque de résilier le contrat de

travail; la résiliation émane uniquement de l'appelante, qui l'a assortie de la possibilité, pour l'intimée, de choisir la date du départ si elle trouvait un emploi avant l'échéance du contrat résilié. C'est ainsi à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'on ne saurait déduire de l'acceptation de l'intimée de mettre fin à son contrat avant le terme du délai de congé l'existence d'un accord sur le principe de la résiliation, qui entraînerait la renonciation à la protection contre le licenciement abusif.

### **E. 3**

En second lieu, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré que le courriel du 5 juillet 2006 constituait une opposition au sens de l'art. 336a CO. La destinataire dudit courriel, F \_\_\_\_\_, ne l'avait pas compris comme une contestation du congé. Il ne contenait ni le terme "opposition" ni même ne le suggérait. Par ailleurs, les écrits de l'intimée doivent être appréciés à la lumière du fait qu'elle est de langue maternelle française et rompue aux affaires juridiques. Enfin, l'intimée n'a nullement entrepris de négocier le maintien de son contrat. Au contraire, elle y a elle-même mis fin le 30 août 2006.

#### **E. 3.1**

L'intimée rétorque qu'elle ne peut être considérée comme rompue aux affaires juridiques du simple fait qu'elle a été la secrétaire d'un avocat. Par ailleurs, elle n'a utilisé le terme précis d'opposition qu'après avoir consulté un juriste. Cependant, son courriel du 5 juillet 2006 exprimait clairement qu'elle contestait la réalité du motif de congé invoqué. Par ailleurs, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir cherché à négocier le maintien de son contrat avec la banque, dès lors qu'à la suite des propos discriminatoires tenus à son égard, elle éprouvait une certaine gêne à exposer sa vie privée pour faire valoir ses droits. Enfin, elle ne pouvait "agir de manière frontale", dès lors que son employeur était censé lui trouver une place au sein de la banque.

#### **E. 3.2**

Selon l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 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. Par opposition, il faut entendre toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié. L'opposition n'a pas besoin d'être motivée. Il n'est pas non plus nécessaire que l'opposition mentionne expressément que le congé est considéré comme abusif (arrêt 4C.39/2004 du 8 avril 2004, consid. 2.1; REHBINDER/PORTMANN, Commentaire bâlois, n. 3 ad art. 336b CO; AUBERT, Commentaire romand, n. 1 ad art. 336b CO).

#### **E. 3.3**

Dans le courriel litigieux, l'intimée relève que son licenciement a été motivé par la suppression de son poste auprès du département "Administration Clients et Prestations" en raison du réaménagement de celui-ci. Elle indique ensuite avoir constaté que le même poste était cependant offert à 50% sur l'Intranet de la banque. Cet état de fait ne reflétant pas les termes contenus dans sa lettre de licenciement et l'éventualité de la réduction à 50% du poste n'ayant ni été évoquée ni proposée lors de l'entretien de licenciement, elle demandait des explications. Dans la mesure où les parties divergent sur l'interprétation de cette déclaration, il convient de l'examiner à la lumière du principe de la confiance. Selon ce principe, il faut rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances, même si cette compréhension ne correspond pas à la volonté intime du déclarant (ATF 130 III 417 consid. 3.2 et les arrêts

cités). Il ressort du courriel que l'intimée remet en cause le motif du licenciement invoqué. En effet, elle relève que le motif de son congé, à savoir la suppression de son poste, se trouve contredit par le fait que celui-ci a été remis au concours, pour un taux d'activité réduit, ce dont elle n'a pas été informée au moment de son licenciement. Certes, l'intimée termine son courriel en demandant des explications à ce sujet. En mettant cependant en opposition le motif du congé invoqué, à savoir la suppression de son poste, et la mise au concours sur Intranet du même poste à taux réduit, l'intimée a exprimé avec une clarté suffisante qu'elle estime que le motif invoqué du congé est fictif. L'appelante devait ainsi, selon le principe de la confiance, comprendre que l'intimée contestait le motif du congé et, par là-même, ce dernier. Le fait qu'une des destinataires du courriel ne l'ait pas compris comme une opposition n'est, en soi, pas pertinent, dès lors que ce fait ne tend qu'à démontrer la volonté intime de l'appelante, qui n'est cependant pas déterminante lorsque la déclaration d'une partie est interprétée selon le principe de la confiance (cf. ATF np 4P.78/2006 du 9 juin 2006, consid. 4). Or, selon ce principe, l'appelante devait comprendre que l'intimée exprimait son désaccord avec le principe même de son licenciement et le motif invoqué par l'employeur pour la congédier. Partant, l'intimée s'est valablement opposée au congé, dans le délai prescrit par l'art. 336b CO.

#### **E. 4**

Il convient à présent d'examiner si le licenciement était abusif, ce que conteste l'appelante. Elle relève qu'elle avait connaissance de l'orientation sexuelle de l'intimée dès le début de son engagement, dès lors qu'il ressortait de son CV qu'elle avait travaillé pour le magazine homosexuel Magazine 360°. A aucun moment, l'appelante n'a manifesté d'une quelconque manière de réprobation à ce sujet. Le congé était uniquement et exclusivement motivé par la suppression du poste occupé par l'intimée, à la suite de la restructuration du département "Administration Clients et Prestations", ce qui avait été confirmé par de nombreux témoins.

#### **E. 4.1**

Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). En particulier, l'art. 336 al. 1 let. a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, 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. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité (ATF 127 III 86 consid. 2a), ainsi que la religion (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne 2001, n. 1.15 ad art. 336 CO). L'application de l'art. 336 al. 1 let. a CO suppose premièrement que le congé ait été donné pour un motif inhérent à la personnalité de la personne congédiée et, deuxièmement, que ce motif n'ait pas de lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (ATF 127 III 86 consid. 2a). L'abus n'est pas obligatoirement inhérent au motif de la résiliation; il peut également surgir dans ses modalités. La partie qui veut mettre fin au contrat, même pour un motif légitime, doit exercer son droit avec des égards et s'abstenir de tout comportement biaisé ou trompeur (ATF 132 III 115 consid. 2; 131 III 535 consid. 4; 125 III 70 consid. 2). En principe, le fardeau de la preuve du motif du congé incombe à la partie demanderesse. Cependant, la preuve ayant pour objet des éléments subjectifs - à

savoir le motif réel de l'employeur - est difficile à apporter. Le juge peut ainsi 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 cependant pas pour effet d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut plus rester inactif; il n'a pas d'autre issue que d'apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF np 4C.121/2001 du 16 octobre 2001, consid. 4b).

#### **E. 4.2.1**

Il ressort des témoignages recueillis en première instance que le département "Administration des prestations et Compliance" dans lequel l'intimée travaillait jusqu'à l'arrivée de sa nouvelle supérieure a été restructuré. En particulier, l'activité de compliance a été transférée au département des finances (A\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 3; I\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 5; B\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 4; H\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 3). Par ailleurs, la personne qui a succédé à A\_\_\_\_\_ en tant que supérieur hiérarchique de l'intimée, à savoir B\_\_\_\_\_, n'était pas juriste, mais était, comme l'intimée, assistante. De ce fait, elle effectuait elle-même une grande partie des tâches administratives, précédemment exécutées par l'intimée (I\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 5). Il convient donc de retenir que le département auquel était affectée l'intimée a en effet été restructuré, d'une part. D'autre part, la nouvelle supérieure hiérarchique de l'intimée effectuant elle-même une grande partie des tâches précédemment confiées à celle-ci, son poste nécessitait une restructuration. Le motif de restructuration invoqué par l'appelante a donc été démontré.

#### **E. 4.2.2**

Cette restructuration a cependant entraîné peu de licenciement (5 sur 45 employés selon le témoin I\_\_\_\_\_). Par ailleurs, il ressort des enquêtes que la banque, lorsque l'employé dont le poste a été supprimé à la suite d'une restructuration, avait donné satisfaction, a pour habitude de retrouver pour lui un poste à l'interne (A\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 4; I\_\_\_\_\_, même PV, p. 5). L'appelante recrutait d'abord à l'interne avant de chercher des candidats externes à la banque (L\_\_\_\_\_, PV du 26.9.2007, p. 2; Q\_\_\_\_\_, même PV, p. 3; G\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 5). L'intimée a été décrite par ses supérieurs et collègues comme une excellente collaboratrice, très appréciée tant pour ses compétences techniques et professionnelles que relationnelles. Or, l'appelante n'a pas démontré avoir cherché à proposer un autre poste à l'intimée. La déclaration de F\_\_\_\_\_ selon laquelle elle lui aurait proposé un tel poste ne paraît pas crédible. Ce témoin n'avait aucun souvenir du poste qu'elle aurait proposé et ne pouvait donner aucune indication à ce sujet. Par ailleurs, les explications données par l'appelante quant aux raisons pour lesquelles l'intimée n'a pas été intégrée au projet J\_\_\_\_\_, qu'elle connaissait pourtant bien, sont en partie contredites par les enquêtes. La banque a affirmé qu'il fallait maîtriser l'anglais et l'allemand, et avoir des compétences de gestion de projets et de maîtrise informatique bancaire (H\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 3). Or, la maîtrise de la langue allemande n'était pas indispensable, les connaissances d'anglais de l'intimée n'ont jamais été remises en cause, elle connaissait bien les systèmes informatiques (O\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 3) et l'un des membres de la direction avait lui-même indiqué, avant le licenciement, qu'il envisageait la possibilité d'intégrer l'intimée au projet J\_\_\_\_\_ (H\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 3). Il avait en effet déclaré à une collaboratrice qu'il voulait que l'intimée s'occupe du support administratif dudit projet (M\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 6). Au vu de ces éléments, il paraît peu

compréhensible que l'intimée ne se soit pas vue offrir un poste rattaché au projet J\_\_\_\_\_. Par ailleurs, le poste de L\_\_\_\_\_ n'a pas non plus été proposé à l'intimée, alors qu'elle aurait eu le profil pour le reprendre (L\_\_\_\_\_, même PV, p. 3; N\_\_\_\_\_, même PV, p. 4). Selon le témoin Q\_\_\_\_\_, ce poste a été confié, après le départ de L\_\_\_\_\_, à R\_\_\_\_\_ ou S\_\_\_\_\_, assistante, respectivement secrétaire (PV du 26.9.2007, p. 3), et non, comme l'a soutenu la banque en appel, à une juriste.

#### **E. 4.2.3**

L'intimée a fait valoir que la banque avait cherché à se séparer d'elle en raison de son orientation sexuelle. Le dossier ne contient pas d'éléments permettant de considérer que, de manière générale, l'appelante pratiquait une politique de gestion du personnel qui soit homophobe ou aurait toléré des attitudes homophobes. L'intimée ne s'est d'ailleurs jamais plainte de discrimination émanant de collègues (C\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 6). En revanche, elle a soutenu qu'en août 2005 H\_\_\_\_\_ lui avait rapporté que le directeur général de l'appelante aurait indiqué que l'orientation sexuelle de l'intimée dérangeait la banque. Il ressort des enquêtes qu'en août 2005, l'intimée a relaté ces propos à son ancien supérieur, qui a constaté qu'elle en était très affectée (A\_\_\_\_\_, PV du 23.5.2007, p. 3). L'intimée a également relaté ces mêmes propos à I\_\_\_\_\_, qui avait alors tenté de lui remonter le moral (PV du 23.5.2007, p. 5). Au vu de ces deux dépositions, il sera retenu qu'au printemps 2005 des propos homophobes concernant l'intimée, attribués à un membre de la direction, ont été portés à sa connaissance. Rien ne permet, au demeurant, de douter de l'allégation de l'intimée selon laquelle H\_\_\_\_\_ lui aurait indiqué que son orientation sexuelle dérangeait un membre de la direction. En effet, en été 2005, l'intimée entretenait encore de bonnes relations avec son employeur. La restructuration de son poste en particulier n'a été décidée que bien plus tard.

#### **E. 4.2.4**

La question est plus délicate de savoir si la cause véritable du licenciement réside dans l'homosexualité de l'intimée. Il est ressorti des enquêtes que la décision de licencier l'intimée a été prise par B\_\_\_\_\_ (F\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 2; B\_\_\_\_\_, même PV, p. 4). Les tensions existant entre cette dernière et l'intimée ne sont pas contestées par les parties. Cette incompatibilité d'humeur a d'ailleurs été observée par le témoin F\_\_\_\_\_ (PV du 22.11.2007, p. 2). Selon B\_\_\_\_\_, les seules personnes au courant de la décision de licenciement étaient U\_\_\_\_\_, apparemment responsable du département auquel a été affectée l'intimée en juillet 2006, et V\_\_\_\_\_, directrice des ressources humaines. G\_\_\_\_\_ n'avait pas été impliqué dans le licenciement (ibidem). Il n'est d'ailleurs pas allégué que B\_\_\_\_\_ serait membre de la direction et il n'a pas été démontré qu'elle aurait été proche du directeur général. Celui-ci a indiqué avoir appris le licenciement de l'intimée lorsqu'il rendait visite au département de U\_\_\_\_\_ le 6 juillet 2006 (PV du 21.11.2007, p. 5). Cette affirmation paraît crédible dans la mesure où la gestionnaire de personnel a déclaré que le directeur général devait être informé de tout licenciement, mais ne l'était dans la réalité pas toujours et que la validation était implicite au moment où la direction en était informée (F\_\_\_\_\_, PV du 22.11.2007, p. 2). Il ne semble ainsi pas que l'orientation sexuelle de l'intimée soit la véritable cause de son licenciement.

#### **E. 4.2.5**

Néanmoins et bien que le motif de la restructuration est avéré, le licenciement doit être qualifié d'abusif compte tenu de ses modalités. En effet, en indiquant à l'intimée que son

congé était dû à la suppression de son poste, tout en remettant celui-ci au concours, à temps partiel, à l'interne deux semaines environ après avoir exposé qu'il était supprimé, l'appelante a manifestement manqué d'égards à l'endroit de l'intimée. Cette façon de procéder ne pouvait être comprise autrement par l'intimée que le motif allégué de licenciement n'était pas réel et que son employeur lui avait menti. B\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ ont d'ailleurs indiqué que la banque "s'était marchée sur les pieds", voire avait commis une erreur en mettant sur Intranet le poste de l'intimée à 50% (PV du 21.11.2007, p. 2 et 4). A cette attitude trompeuse vient s'ajouter le fait que la banque n'a pas déployé beaucoup d'efforts pour chercher un autre poste à l'interne pour cette employée, pourtant très compétente. Elle n'a en tout cas pas démontré en avoir proposé à l'intimée, alors qu'en 2006 il y avait eu beaucoup de mouvements à l'interne et d'engagements extérieurs (F\_\_\_\_\_, PV du 21.11.2007, p. 2). Cette omission est d'autant plus regrettable que tout employé de la banque savait qu'en cas de restructuration nécessitant la suppression d'un poste, les employés appréciés et ayant donné satisfaction se voyaient proposer un autre poste à l'interne. C'est ainsi en définitive en raison des circonstances du congé litigieux imputables à l'appelante que la Cour d'appel considère que celui-ci est abusif au sens de l'art. 336 CO.

## **E. 5**

Reste ainsi à examiner si l'indemnité fixée par les premiers juges en application de l'art. 336a CO est adéquate.

### **E. 5.1**

A cet égard, l'appelante fait valoir que l'indemnité de l'art. 336a CO ne peut être cumulée avec celle fondée sur l'art. 49 CO que dans l'hypothèse où l'indemnité de six mois prévue par l'art. 336a CO ne permettrait pas de couvrir l'atteinte grave à la personnalité.

### **E. 5.2**

Dans sa demande, l'intimée a réclamé une indemnité de deux mois de salaire net, à savoir 15'140 fr., et 3'000 fr. d'indemnité pour tort moral, qu'elle a fondées sur l'art. 336a CO. En appel, elle a exposé que l'indemnité globale de 18'140 fr. comportait, en accord avec la fonction réparatrice de l'art. 336a CO, une indemnité pour tort moral de 3'000 fr.

### **E. 5.3**

L'indemnité prévue à l'art. 336a CO se fixe en équité (ATF 131 III 243 consid. 5.2). Parmi les circonstances à prendre en considération, le juge doit tenir compte non seulement de la gravité de la faute de l'employeur, mais aussi d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (ATF 123 III 246 consid. 6a, 391 consid. 3c). En réservant à l'art. 336a al. 2 in fine CO les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre, le législateur a laissé ouvert le droit de celle-ci de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé. C'est ainsi qu'une indemnité peut être allouée séparément au travailleur, sur la base de l'art. 49 CO, lorsque le salarié subit une atteinte à sa santé physique ou psychique résultant d'un comportement imputable à l'employeur et indépendant du licenciement (ATF np 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 4.1; AUBERT, Commentaire romand, n. 3 ad art. 336a; SJ 1999 I p. 277 ss, 281/282). Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la

personnalité du travailleur. Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1, 101 al. 1 et 99 al. 3 CO; cf. ATF 125 III 70 consid. 3a). L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 129 IV 22 consid. 7.2; 125 III 269 consid. 2a). En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 129 IV 22 consid. 7.2).

#### **E. 5.4**

En l'espèce, les circonstances du licenciement justifient pleinement une indemnité nette de 18'140 fr. Le manque d'égards envers l'intimée est important. L'appelante a en effet adopté à son endroit un comportement contradictoire en la licenciant pour cause de suppression de son poste, puis en remettant le même poste, à temps partiel, au concours deux semaines plus tard. Cette attitude a dû être d'autant plus péniblement vécue par l'intimée qu'elle constatait que l'appelante ne s'employait pas particulièrement à lui proposer un autre poste à l'interne. Au moment du licenciement, l'intimée était au service de l'appelante depuis quatre ans et demi environ. Elle avait toujours donné satisfaction et les certificats intermédiaires de travail relèvent tous ses grandes compétences professionnelles. L'intimée avait 40 ans lors de son licenciement, soit un âge où il devient moins facile de retrouver un emploi. Elle en a cependant retrouvé un dans les deux mois suivants son congé. Au vu de l'ensemble des circonstances relatives au licenciement, la somme allouée par les premiers juges de 18'140 fr. est adéquate. La Cour d'appel relève, à titre subsidiaire, que la somme totale de 18'140 fr. serait également justifiée si on la décomposait en une indemnité de deux mois de salaire fondée sur l'art. 336a CO et une indemnité basée sur l'art. 49 CO. D'une part, si l'on fixait l'indemnité fondée sur l'art. 336a CO à deux mois de salaire net, cela ne prêterait pas le flanc à la critique, puisque l'indemnité d'environ deux mois et demi de salaire est adéquate, comme on vient de le voir. D'autre part, il a été retenu que des propos homophobes, imputés à un membre de la direction, ont été rapportés à l'intimée, ce qui justifierait l'allocation d'une indemnité pour tort moral de 3'000 fr. Soutenir que l'orientation sexuelle d'une employée de banque dérange l'institut financier est objectivement choquant et inadmissible. Ces propos ont profondément blessé l'intimée, qui en a été très affectée. Partant, le montant total de 18'140 fr. que l'appelante a été condamnée à verser à l'intimée est parfaitement justifié, que ce soit en application exclusivement de l'art. 336a CO ou en application conjointe des art. 49 et 336a CO. L'appel est ainsi mal fondé et le jugement entrepris sera intégralement confirmé.

#### **E. 6**

. La procédure étant gratuite, il n'est pas alloué de dépens et l'émolument d'appel reste acquis à l'Etat, l'appelant ayant succombé dans ses conclusions d'appel (art. 343 CO, 76 LJP).