

## **GE\_GERICHTE C/6939/2016 vom 27. Juli 2017**

GE Cour de justice, 2017-07-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_6939\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_6939_2016)

FR: GE\_GERICHTE C/6939/2016 du 27 juillet 2017

IT: GE\_GERICHTE C/6939/2016 del 27 luglio 2017

### **Regeste**

RÉSILIATION ; RÉSILIATION ABUSIVE | CO.335.1; CO.328; CO.336.1.a

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

novembre 2015, C\_\_\_\_\_ a informé E\_\_\_\_\_ qu'elle demeurait la représentante thérapeutique de sa tante. i. Le 22 décembre 2015, A\_\_\_\_\_ a notifié à C\_\_\_\_\_ son licenciement avec effet au 31 mars 2016, la libérant de son obligation de travailler dans l'intervalle. Le licenciement était motivé par l'incompatibilité des fonctions de représentante thérapeutique de D\_\_\_\_\_ et d'employée de l'EMS, en raison d'un conflit d'intérêts manifeste entre lesdites fonctions. j. Le 25 décembre 2015, H\_\_\_\_\_, le fils de C\_\_\_\_\_, s'est rendu à l'EMS et a souhaité parler à E\_\_\_\_\_. Un rendez-vous a, dans un premier temps, été fixé au 5 janvier 2016 avant d'être annulé par H\_\_\_\_\_. k. Par courrier du 5 février 2016, C\_\_\_\_\_ a fait opposition à son licenciement. l. Par requête de conciliation du 5 avril 2016, C\_\_\_\_\_ a assigné A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA en paiement de la somme de 31'289 fr. 40 plus intérêts. Une audience de conciliation s'est tenue le 30 mai 2016, lors de laquelle aucun accord n'est intervenu, de sorte qu'à l'issue de celle-ci, une autorisation de procéder a été délivrée à C\_\_\_\_\_. m. Par demande ordinaire motivée déposée du 11 juillet 2016, C\_\_\_\_\_ a assigné A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA en paiement de la somme de 31'289 fr. 40, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er décembre 2015. A l'appui de ses conclusions, C\_\_\_\_\_ a indiqué que sa fonction de représentante thérapeutique visait uniquement la représentation de sa tante dans le domaine médical et n'équivalait en rien à une mesure de curatelle. Son employeur était au courant de ce rôle depuis le mois de juillet 2015 et ne s'y était pas opposé. Le simple fait qu'un proche soit résident de l'EMS n'était en outre par un motif de licenciement. En réalité, ledit licenciement était une mesure de représailles face à ses questions en lien avec la perte des prothèses dentaires de sa tante. Le licenciement était de surcroît disproportionné compte tenu des longs rapports de services et de l'entière satisfaction de son employeur sur la qualité de son travail. Etant par ailleurs âgée de 57 ans, elle aurait atteint l'âge de la retraite anticipée en janvier 2017, de sorte que son licenciement était intervenu onze mois avant l'ouverture de son droit, avec des conséquences économiques graves en lien avec la perte de l'affiliation à sa caisse de prévoyance. C\_\_\_\_\_ a enfin produit un extrait du site internet des HUG ainsi qu'une brochure de I\_\_\_\_\_ décrivant la fonction de représentant thérapeutique, en ce sens que cette fonction implique de faire respecter les volontés de la personne devenue incapable de discernement telles qu'elles ont été exprimées dans les directives anticipées et de prendre les décisions de soin au nom de la personne devenue incapable de discernement. n. Par mémoire de réponse du 1er septembre 2016, A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA ont conclu au déboutement de C\_\_\_\_\_ des toutes ses conclusions, sous suite

de dépens. Le motif du licenciement résidait dans le conflit d'intérêts existant entre la fonction de représentante thérapeutique de D\_\_\_\_\_, d'une part, et d'employée de l'EMS, d'autre part, de C\_\_\_\_\_. En effet, en septembre 2015, les directeurs d'EMS de Genève avaient été informés du fait que la présence de collaborateurs nommés afin d'exécuter des actes liés à la représentation thérapeutique pouvait créer un conflit d'intérêts. Cela avait ouvert une réflexion au sein de l'EMS, où C\_\_\_\_\_ était seule concernée par cette problématique. Au vu des recommandations de la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS) et du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE), il avait été décidé de confronter C\_\_\_\_\_ à un choix entre les deux fonctions exercées, ce sans aucune menace ou pression. Compte tenu de la détermination de C\_\_\_\_\_ du 14 décembre 2015, les rapports de travail avaient été résiliés. A l'appui de leur réponse, A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA ont produit un courrier de la FEGEMS du 9 septembre 2015 ayant trait à la mise en œuvre de l'article 386 al. 2 CC. Selon ce courrier, la pratique visant à nommer des collaborateurs d'EMS afin d'exécuter des actes uniques en faveur de résidents incapables de discernements du même EMS créait un conflit d'intérêts manifeste. o. Lors de l'audience de débats d'instruction du 18 octobre 2016 du Tribunal, C\_\_\_\_\_ a modifié ses conclusions, en ce sens que c'est une somme nette de fr. 28'837.25 qu'elle réclamait à titre d'indemnité pour licenciement abusif. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA ont persisté dans leurs conclusions. Elles ont confirmé que le courrier du 9 septembre 2015 était le seul document comportant les recommandations de la FEGEMS. Elles précisaient être sorties de la FEGEMS le 31 décembre 2015 pour rejoindre l'AGEMS. p. Lors de l'audience de débats principaux du 6 décembre 2016, les parties ont confirmé leurs conclusions. C\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle avait commencé à travailler au sein de l'EMS en octobre 1993. Sa tante était entrée à l'EMS en février 2015. Elle avait alors été désignée représentante thérapeutique de sa tante, dès l'entrée de cette dernière au sein de l'EMS, ce dont son employeur avait été informé. Cette fonction avait par la suite été formalisée lors de l'entretien du 14 juillet 2015, où le directeur, l'infirmière-chef, l'intendante et le médecin-répondant de l'EMS étaient notamment présents. Dans son email du 15 novembre 2015, elle avait été maladroite en se positionnant comme représentante thérapeutique de sa tante, puisqu'il s'agissait d'obtenir des informations sur la perte des prothèses dentaires et de ses conséquences financières. La problématique d'un conflit d'intérêts avait été évoquée pour la première fois par E\_\_\_\_\_ le 17 novembre 2015. Tout en contestant l'existence d'un conflit d'intérêts, elle avait indiqué dans sa réponse du 24 novembre 2015 qu'elle était prête à renoncer à sa fonction de représentante thérapeutique. E\_\_\_\_\_ lui avait toutefois donné un ultimatum pour choisir. Malgré cet ultimatum, elle n'avait pas pensé qu'elle serait licenciée. Après six mois de chômage, elle avait retrouvé un emploi d'infirmière à temps partiel à compter de mi-septembre 2016. E\_\_\_\_\_, représentant de A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA, a expliqué qu'il ne se souvenait plus si C\_\_\_\_\_ était déjà représentante thérapeutique de sa tante en février 2015. Il était en revanche clair qu'il en était informé en juillet 2015, puisqu'il avait participé à l'entretien précité. A ce moment-là, la problématique d'un conflit d'intérêts n'avait pas été discutée. Il n'était pas interdit que des employés aient un parent résidant à l'EMS ; les liens de parenté ne créaient pas de conflit d'intérêts. Suite au travail de la FEGEMS, il avait examiné la situation au sein de son EMS, où seule C\_\_\_\_\_ avait une double casquette d'employée et de représentante thérapeutique. Ce problème n'était toutefois pas prioritaire et il ne lui en avait pas parlé avant l'incident du 4 novembre 2015, en l'absence de nécessité. Il avait eu plusieurs discussions avec C\_\_\_\_\_ en lien avec la perte des prothèses dentaires de D\_\_\_\_\_, ainsi qu'en lien avec la problématique du conflit d'intérêts ; lors de

ces entretiens, C\_\_\_\_\_ lui avait dit que sa fonction de représentante thérapeutique n'était pas aisée. A compter du 17 novembre 2015, il s'attendait à ce qu'elle renonce à sa fonction de représentante thérapeutique. Il n'avait eu aucun entretien avec celle-ci entre le 14 et le 22 décembre 2015. A l'exception de la problématique du conflit d'intérêts, il n'avait aucun grief à formuler à l'encontre de C\_\_\_\_\_. q. Lors des audiences des 6 et 22 décembre 2016, le Tribunal a procédé à l'audition de quatre témoins. F\_\_\_\_\_, infirmière-cheffe au sein de l'EMS, a déclaré qu'elle était présente lors du licenciement de C\_\_\_\_\_, sans avoir toutefois participé à la prise de décision y relative. Le motif du licenciement était l'existence d'un conflit d'intérêts entre la fonction de représentante thérapeutique d'un résident de l'EMS d'une part et d'employée au sein du même EMS d'autre part. Elle était présente lors de l'entretien du 14 juillet 2015, où la fonction de représentante thérapeutique de C\_\_\_\_\_ avait été formalisée, sans que soit discutée la question d'un potentiel conflit d'intérêts. A son souvenir, C\_\_\_\_\_ était déjà représentante thérapeutique avant cet entretien. Au moment de l'entretien du 14 juillet 2015, elle n'avait pas connaissance de directives sur les conflits d'intérêts. Elle savait qu'une circulaire avait été établie à ce sujet par la suite, mais ne savait pas si ces doubles fonctions étaient désormais interdites. Elle ignorait également si des directives internes à l'EMS interdisaient ces doubles fonctions. Elle avait eu des discussions avec C\_\_\_\_\_ sur la problématique du conflit d'intérêts entre le 4 novembre et le 22 décembre 2015. En tant qu'infirmière-cheffe, elle ne percevait pas de conflit d'intérêts. Elle avait toujours été satisfaite des prestations de C\_\_\_\_\_. G\_\_\_\_\_, médecin-répondant au sein de l'EMS, a indiqué qu'elle était présente lors de l'entretien du 14 juillet 2015, lors duquel l'ensemble des intéressés avait appuyé la désignation de C\_\_\_\_\_ en tant que représentante thérapeutique de sa tante. Il s'agissait d'une décision intrafamiliale. Depuis 2013, tout résident devait avoir un représentant thérapeutique et administratif, à défaut de quoi le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant en désignait un. Le représentant thérapeutique était le porte-parole du résident envers le personnel médical, lorsque des décisions devaient être prises en matière médicale et sociale, et ce même en l'absence de directives anticipées. A partir de l'entretien du 14 juillet 2015, elle n'avait jamais entendu qu'il existerait un conflit d'intérêts. Elle avait appris la perte de prothèses dentaires de D\_\_\_\_\_ lors d'un colloque de soin. Elle connaissait également l'existence d'un désaccord entre la direction de l'EMS et C\_\_\_\_\_ quant à la fonction de représentante thérapeutique de cette dernière. Elle avait été mise devant le fait accompli concernant le licenciement de C\_\_\_\_\_ et en avait été choquée, ce d'autant plus que cette dernière était la meilleure infirmière de l'EMS et qu'il n'y avait jamais eu de problèmes. De par sa fonction de médecin-répondant, elle aurait dû en être informée, puisqu'elle était garante de la qualité des soins prodigués dans l'EMS. J\_\_\_\_\_, infirmière au sein de l'EMS, a déclaré que la nomination de C\_\_\_\_\_ en tant que représentante thérapeutique de sa tante n'avait posé aucun problème. Le motif du licenciement avait été porté à sa connaissance par celle-ci, puis par E\_\_\_\_\_. Il s'agissait de l'incompatibilité entre la fonction de représentante thérapeutique d'un résident de l'EMS et la fonction d'infirmière au sein du même EMS. Une histoire de dentier avait été l'élément déclencheur de cette problématique. A la suite du licenciement de C\_\_\_\_\_, elle n'avait pas reçu de recommandations de l'EMS au sujet d'incompatibilités de fonctions. K\_\_\_\_\_, intendante de l'EMS, a expliqué avoir travaillé avec C\_\_\_\_\_ pendant vingt-deux ans. Elle était présente le 14 juillet 2015 lors du bilan d'entrée de D\_\_\_\_\_. Personne ne s'était alors opposé à cette désignation, et il n'y avait eu aucune discussion quant à une incompatibilité entre les fonctions de représentante thérapeutique et d'infirmière au sein de l'EMS. Elle n'avait pas participé à la décision de

licenciement de C\_\_\_\_\_. Elle avait été informée dudit licenciement par cette dernière, qui était venue lui dire au revoir et avait indiqué que le motif du licenciement était l'incompatibilité entre sa fonction de représentante thérapeutique et d'employée. Le témoin ignorait s'il existait depuis lors des recommandations concernant lesdites incompatibilités de fonction. r. Au terme de l'administration des preuves, les parties ont plaidé et le Tribunal a gardé la cause à juger. EN DROIT 1.

1.1 Selon l'art. 308 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance si, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins. L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). La valeur litigieuse étant supérieure à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte. Le présent appel, qui respecte les dispositions précitées, est recevable. Il en va de même de l'appel joint formé dans le mémoire de réponse (art. 313 al. 1 CPC) Les déterminations subséquentes des parties sont pour leurs parts également recevables (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1 = SJ 2011 I 345).

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). La Chambre de céans dispose d'un pouvoir de cognition 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 juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenu (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

1.3 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et art. 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC). 2. Les appelantes ont versé une pièce nouvelle à la procédure d'appel.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b). La Cour examine d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

2.2 Dans le présent cas, la pièce n. 34 des appelantes a été établie le 1<sup>er</sup> juin 2016, soit antérieurement à la date à laquelle la cause a été gardée à juger par les premiers juges, le 22 décembre 2016. Elles n'expliquent pas pour quel motif elles auraient été dans l'incapacité de produire ladite pièce devant le Tribunal. Il s'ensuit que cette pièce est irrecevable, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

3. Les appelantes soutiennent que le Tribunal n'a pas fait état de certains faits dans sa décision. Elles font notamment valoir qu'il n'a pas indiqué, concernant certains d'entre eux, qu'ils n'étaient pas contestés et étaient admis par les parties. Ce grief est spécieux, dès lors que les appelantes ne contestent pas que lesdits faits aient été correctement établis par le Tribunal. Une telle mention, dans le jugement, n'est d'ailleurs pas nécessaire. Par ailleurs, les appelants indiquent que certains faits retenus seraient incomplets. En réalité, les appelantes remettent en cause l'appréciation des preuves opérée par les premiers juges, laquelle sera examinée ci-après. Le grief des appelants est ainsi infondé.

4. Dans un second grief, les appelantes contestent que le licenciement signifié à l'intimée le 22 décembre 2015 soit abusif. Elles soutiennent notamment qu'elles étaient fondées à résilier le contrat de travail en raison de l'incompatibilité des fonctions exercées par l'employée.

4.1 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 (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.1). La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.4; 131 III 535 consid. 4.2). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est d'ailleurs pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2; 131 III 535 consid. 4). Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné (ATF 132 III 115 consid. 2.2; 131 III 535 consid. 4.2), parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115 consid. 2.2; 131 III 535 consid. 4.2), lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 II 115 ibidem; 131 III 535 ibidem), quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 136 III 513 ibidem et les nombreux arrêts cités). L'un des cas dans lesquels le Tribunal fédéral a consacré le caractère abusif d'un licenciement en raison de la disproportion des intérêts en présence concernait un "licenciement fusible", soit un cas où, après la découverte d'un important détournement commis par un collaborateur, une banque avait licencié un cadre, employé depuis vingt-six ans, auquel aucune faute n'était imputable, cela dans le seul but de préserver son image en donnant l'impression que les mesures nécessaires avaient été prises. Le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait ainsi agi par pure convenance personnelle, en faisant abstraction de l'intérêt légitime de l'employé à conserver un poste qu'il occupait depuis vingt-six ans à l'entière satisfaction de la banque, et que le licenciement devait dès lors être tenu pour abusif. Toutefois, parallèlement, il a aussi retenu qu'en agissant de la sorte, la banque avait donné l'impression que le cadre licencié était lié aux malversations, contrevenant ainsi à son devoir de protéger la personnalité du collaborateur (ATF 131 III 535 ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3 e éd., 2014, p. 652s.). En vertu de l'art. 328 CO, l'employeur a en effet l'obligation de respecter et de protéger les droits de la personnalité de son employé. Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 136 III 513 consid. 2.3 et les références citées, 132 III 115 consid. 2.2). Contrairement à ce qui prévaut en droit de la fonction publique, il n'existe notamment pas en droit privé d'obligation pour l'employeur de prévoir un entretien préalable à la résiliation (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 577s.). Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie est abusif, 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 protectrice ne s'applique donc pas lorsque le travailleur présente des manquements ou des défauts de caractère qui nuisent au travail en commun, sans qu'il y ait à se demander si de telles caractéristiques constituent ou non une "raison inhérente à la personnalité" au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (ATF 136 III 513 consid. 2.5; 127 III 86 consid. 2b; 125 III 70 consid. 2c). Ainsi, il a été jugé que le congé

n'était pas abusif lorsqu'il était donné au travailleur qui, en raison de son caractère difficile, crée une situation conflictuelle qui nuit notablement au travail en commun (ATF 136 III 513 *ibidem*; 132 III 115 consid. 2.2; 125 III 70 consid. 2c). En particulier, l'article 336 al. 1er lit. 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'appartenance religieuse, l'âge, l'homosexualité, le statut familial, les antécédents judiciaires, ou encore la maladie ou la séropositivité (ATF 127 III 86, consid. 2a; ATF du 11 novembre 1993, publié in SJ 1995, p. 798 et les références citées; SJ 1993, p. 357; Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, in FF 1984 II, pp. 622 et 623; Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 5 ad art. 336 CO). Il convient de prendre en considération notamment l'art. 328 CO, selon lequel l'employeur est tenu de veiller à la protection de la personnalité de l'employé. 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). 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).

4.2 Selon l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas (ATF 129 III 493 consid. 5.1; 121 III 60 consid. 3d), en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). Les cas typiques sont l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence (cf. ATF 131 III 535 consid. 4.2), l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 120 II 105 consid. 3a). Il est admis que la prohibition de l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC continue de s'appliquer parallèlement à l'art. 336 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.201/2005 du 21 février 2006 consid. 4; Aubert, L'abus de droit en droit suisse du travail, in L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, Saint-Etienne 2001, p. 101 ss, p. 109 N 16). Constitue notamment un abus de droit l'attitude contradictoire d'une partie. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse; si elle le fait, c'est un *venire contra factum proprium*, qui constitue un abus de droit (ATF 137 III 208 consid. 2.5; 136

III 190 consid. 2; 133 III 61 consid. 4.1; 125 III 257 consid. 2a; 123 III 70 consid. 3c; 123 III 220 consid. 4d; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_590/2016 du 26 janvier 2017 consid. 2.1; 4A\_705/2011 du 20 décembre 2011 consid. 5; Deschenaux, le Titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, tome II/1, Fribourg 1969, p. 172). 4.3 Le motif de la résiliation relève du fait et il incombe en principe au travailleur d'apporter la preuve d'un motif abusif; le juge peut cependant présumer un abus lorsque le motif avancé par l'employeur semble mensonger et que celui-ci ne parvient pas à en apporter la confirmation (ATF 130 III 699 consid. 4.1; 123 III 246 consid. 4b). Dans 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 références citées). 4.4 En l'espèce, il n'est pas contesté que le congé litigieux a été signifié en raison des deux fonctions exercées par l'intimée, soit d'une part, d'employée de l'EMS, et, d'autre, part, de représentante thérapeutique de sa tante. Compte tenu de l'âge de l'intimée au moment de la résiliation, soit de près de 57 ans, et de ses vingt-et-une années d'ancienneté au service des appelantes, ces dernières étaient tenue d'avoir des égards particuliers envers l'intimée dans la manière d'exercer la résiliation, soit un devoir de protection accru. Il résulte des enquêtes diligentées par les premiers juges que la problématique d'un potentiel conflit d'intérêts n'a pas été évoquée lorsque la fonction de représentante thérapeutique de l'intimée a été formalisée le 14 juillet 2015. Par ailleurs, le directeur des appelantes a confirmé, dans la correspondance qu'il a adressée le 17 novembre 2015 à l'intimée, que l'établissement aurait dû attirer son attention sur les problèmes que la nouvelle fonction de représentante thérapeutique pouvaient engendrer, et aurait donc également dû l'inviter à renoncer à cette responsabilité, ce que les appelantes n'ont pas fait. Compte tenu des éléments qui précèdent, les appelantes ont adopté un comportement contradictoire. Elles ne pouvaient, après avoir accepté que l'intimée, employée par elles, s'occupe de nouvelles fonctions, tout en connaissant les problématiques liées au cumul de deux fonctions, solliciter de l'intimée qu'elle renonce à l'une desdites fonctions, puis résilier le contrat de travail. Une telle attitude constitue un abus de droit, qui ne saurait être protégé. Par ailleurs, la Cour retient, à l'instar du Tribunal, que c'est en raison des questions posées par l'intimée à la suite de la perte du dentier de sa tante, le 4 novembre 2015, que l'évocation du conflit d'intérêts a été faite pour la première fois. Ce fait a été confirmé par le témoignage de J\_\_\_\_\_ que l'intervention de l'intimée à la suite de la perte du dentier de sa tante avait été l'événement déclencheur de la problématique du conflit d'intérêts. A cet égard, il importe peu de savoir si le directeur des appelantes s'est entretenu avec l'intimée sur cette question les 12 et 13 novembre 2015, comme elles le soutiennent, dès lors que ces discussions sont intervenues postérieurement à l'intervention de l'intimée en sa qualité de représentante thérapeutique. En tout état de cause, les appelantes ont échoué à démontrer l'existence desdites discussions. En effet, elles ne résultent ni des titres versés à la procédure, ni des témoignages. La seule mention de ces dates dans le courrier adressé à l'intimée le 3 décembre 2015 ne modifie pas cette appréciation, l'ensemble des autres correspondances faisant état d'un entretien du 17 novembre 2015. Les témoins ont par ailleurs confirmé qu'à

la suite du licenciement de l'intimée, des directives internes à l'EMS n'avaient pas été communiquées aux employés de l'établissement, ni aux infirmières, respectivement au médecin-répondant. Ce fait tend à démontrer que le motif du congé est un prétexte. Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a qualifié d'abusive la résiliation des rapports de travail. 4.5 Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point. 5. L'intimée conteste le montant de l'indemnité fixée par les premiers juges, correspondant à un peu plus de trois mois de salaire. 5.1 La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (art. 336a al. 1 CO). Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances (art. 4 CC; ATF 132 III 243 consid. 5.2; 123 III 391 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_348/2010 du 8 octobre 2010 consid. 6.5). Il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, 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 291 consid. 3; 121 III 64 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2015 du 15 février 2016 consid. 4.1). Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou de la moyenne des salaires de la dernière année (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_485/2015 du 15 février 2016 consid. 4.1; 4C\_348/2010 du 8 octobre 2010 consid. 6.1 non publié in ATF 136 III 552 ). 5.2 Selon la jurisprudence, les indemnités prévues aux art. 336a et 337c al. 3 CO sont de même nature et visent les mêmes buts (ATF 123 III 391 ; 123 V 5 consid. 2a et les références). Il est donc permis d'établir un parallèle entre ces deux dispositions et, partant, de se baser sur les opinions émises au sujet de l'une d'elles pour déterminer la portée de l'autre. Elles ont une double finalité - punitive et réparatrice -. Comme elles sont dues même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis , s'apparentant à une peine conventionnelle (135 III 405 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral a retenu qu'une indemnité pour licenciement abusif correspondant à trois mois de salaire était justifiée, dans la mesure où les rapports de travail n'avaient duré que trois ans, que les pressions subies par l'employé n'avaient eu lieu que durant les derniers mois de travail, qu'au moment du licenciement, l'employé était âgé de 57 ans et n'avait pas de charge de famille et qu'enfin, après seulement deux mois de chômage, il avait retrouvé un emploi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_279/2008 du 12 septembre 2008 consid. 4.2.1). Il a également considéré que le versement d'une indemnité équivalant à six mois de salaire en application de l'art. 336a CO n'aboutissait pas à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquant, en raison de la faute grave de l'employeur, de la relative longue durée des rapports de travail et de l'attitude exempte de tout reproche manifestée par le travailleur (arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2005 du 16 juin 2005 consid. 4.2). 5.3 Il n'est pas contesté que l'intimée a respecté les règles de procédure de l'art. 336b al. 1 et 2 CO, à savoir qu'elle a fait opposition au congé par écrit auprès de l'employeur avant la fin du délai de congé et qu'elle a agi en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat de travail. Comme cela a été relevé ci-avant, l'intimée était âgé de près de 57 ans lors de la résiliation du contrat et bénéficiait de vingt-et-une années d'ancienneté, soit une très longue durée de rapports de travail. Selon les déclarations de l'intimée, non contestées par les appelantes, son licenciement est intervenu onze mois avant l'ouverture de son droit à la retraite anticipée (janvier 2017), engendrant des conséquences économiques graves en lien avec la

perte de l'affiliation à la caisse de prévoyance des appelantes. Durant toute la durée des rapports de travail, soit plus de vingt ans, l'intimée a fait l'objet d'excellentes évaluations. Le représentant de l'intimée a confirmé qu'aucun grief ne pouvait être formulé à l'encontre des prestations de l'intimée. La grande qualité du travail fourni par l'intimée a par ailleurs été confirmée par les témoins entendus par le Tribunal. La résiliation du contrat de travail a par conséquent eu un effet économique négatif et durable pour l'intimée. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, l'indemnité de trois mois accordée par les premiers juges n'apparaît pas proportionnée au cas d'espèce. La Cour fixera dès lors à six mois de salaire le montant de l'indemnité. Celle-ci se détermine en fonction du salaire perçu par l'intimée durant la dernière année, soit en l'espèce pendant l'année 2015. Il ressort du compte salaire versé à la procédure que le salaire annuel brut versé à l'intimée s'est élevé à 57'674 fr. 55, correspondant à 4'806 fr. 20 par mois. L'indemnité représente dès lors 28'837 fr. 20, somme que les appelantes seront condamnées à verser, conjointement et solidairement, à l'intimée, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2016, date non contestée par les parties. Elle correspondant par ailleurs au jour suivant la fin effective des rapports de travail. 5.4 Le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris sera dès lors annulé en tant qu'il concerne cette indemnité et reformulé dans le sens qui précède. 6. Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC), ni prélevé de frais (art. 19 LaCC). 7. Le présent arrêt est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), la valeur litigieuse étant supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevables l'appel interjeté le 13 mars 2017 par A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA et l'appel joint formé le 3 avril 2017 par C\_\_\_\_\_ contre les chiffres 2 à 4 du dispositif du jugement JTPH/67/2017 rendu le 9 février 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/6939/2016-5. Au fond : Annule le chiffre 2 du dispositif de ce jugement. Cela fait et statuant à nouveau sur ce point : Condamne A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA à verser la somme nette de 28'837 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2016. Confirme le jugement pour le surplus. Dit qu'il n'est pas prélevé de frais judiciaires ni alloué de dépens. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Denise BOËX, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière. 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.