

# VD\_GERICHTE P321.019847 vom 28. September 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-09-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_P321.019847](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_P321.019847)

FR: VD\_GERICHTE P321.019847 du 28 septembre 2022

IT: VD\_GERICHTE P321.019847 del 28 settembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

n'avait aucune incapacité de travail. Ce grief de l'appelante est fondé et les faits invoqués ressortent effectivement des pièces produites en première instance, de sorte que l'état de fait a été complété, voire corrigé, dans la mesure correspondante. 2.3.3 L'appelante reproche également aux premiers juges d'avoir retenu de la lettre de licenciement du 16 septembre 2020 comme unique motif de résiliation que l'intimée 1 était absente de son poste de travail depuis le début du mois d'août 2020, soit une durée de 6 semaines. Elle fait valoir en se fondant sur le texte de cette lettre que la résiliation était également motivée par le fait que, pour justifier son absence, l'intimée 1 avait fourni un certificat médical qui, aux dires du médecin-conseil de l'assureur perte de gain, n'était pas sincère et que ce comportement rompait la confiance nécessaire à la poursuite des rapports de travail. Là encore, le grief est fondé et l'état de fait a été complété afin d'en tenir compte. Les conséquences juridiques à en déduire seront examinées ci-après.

- 15 - 2.3.4 A l'appui de sa motivation en droit, l'appelante se fonde sur le rapport que le Dr [...], médecin-conseil de l'assureur perte de gain, a établi le 2 octobre 2020, lequel se réfère en outre au courrier du Dr Z. \_\_\_\_\_ du 22 septembre 2020. L'appelante fait valoir que ces titres, qui ont été produits en première instance, n'ont pas été pris en compte. Elle fait ainsi grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu que l'intimée était apte à travailler et que son absence résultait d'un refus définitif de sa part de reprendre le travail au service de l'appelante. Il ressortirait en effet de ces documents, d'une part, que l'état de santé de l'intimée 1 ne l'empêchait pas d'accomplir les tâches que l'appelante lui confiait habituellement dans leurs rapports de travail, et, d'autre part, que le médecin traitant considérait, en fonction de ce que lui avait déclaré sa patiente et sans que le médecin-conseil ait infirmé ni confirmé cette opinion, qu'un retour au travail dans l'entreprise de l'appelante exposait l'intimée à des risques pour sa santé, liés à une situation de conflit avec le directeur de l'appelante. L'état de fait a été complété afin de tenir compte de ces deux pièces produites en première instance. Les conséquences juridiques à en tirer seront discutées ci-après. On notera néanmoins à ce stade qu'il ne ressort pas de ces pièces que l'intimée 1 était résolue à ne plus jamais reprendre le travail pour l'appelante – même en cas de refus du médecin traitant de délivrer de nouveaux certificats d'incapacité de travail, par exemple. 2.3.5 Toujours à l'appui de sa motivation juridique, l'appelante fait valoir que le soi-disant mobbing de l'employeur n'aurait jamais été allégué hormis lors de l'interrogatoire de l'intimée 1 à l'audience du 21 octobre 2021, qu'elle aurait pris des mesures de protection lorsque son employée était enceinte, ce que cette dernière reconnaissait, de même que le fait que son patron ne passait à la succursale qu'une fois par semaine. Il est effectivement établi par les déclarations de l'intimée 1 et du directeur de l'appelante lors de leur interrogatoire à l'audience du 21

- 16 - octobre 2021, ainsi que par les deux titres mentionnés ci-dessus (cf. supra consid. 2.3.3), que l'intimée a été incapable de travailler une première fois pendant sa grossesse dès le 15 septembre 2019 et qu'à la fin de cet arrêt de travail, en novembre 2019, sa gynécologue est intervenue auprès de l'appelante pour que soient mises en place des mesures de protection. Selon le directeur de l'appelante, la gynécologue lui avait communiqué une série de limitations et de recommandations et avec l'aide d'Unisanté, il avait mis au point un protocole – accepté et signé par l'intimée 1 – qui prévoyait que celle-ci ferait exclusivement du travail administratif. Selon l'intimée 1 en revanche, il lui aurait été possible de faire d'autres choses que du pur travail administratif et c'est dans le but de la déterminer à donner son congé que le directeur de l'appelante l'aurait, à quelques reprises, empêchée d'aller servir les clients au guichet et qu'il l'aurait cantonnée devant son ordinateur. Ainsi, il est établi que l'appelante a, par son directeur, pris des mesures à la suite d'une intervention de la gynécologue de l'intimée 1 et que celle-ci a considéré que les mesures prises étaient excessives. Il n'est en revanche pas établi que les mesures prises par l'appelante aient été autre chose que des mesures de protection, ni qu'elles aient été excessives ou mises en œuvre d'une manière vexatoire, et encore moins qu'elles aient été prises dans le but de pousser l'intimée à donner son congé. Il n'est même pas établi que l'intimée aurait informé l'appelante qu'elle souffrait des mesures prises ou qu'elle les trouvait excessives. L'état de fait a été complété en ce sens.

### **E. 3.1**

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir considéré que le licenciement immédiat de l'intimée 1 ne reposait pas sur de justes motifs car elle ne l'aurait pas sommée de revenir sur son lieu de travail et de reprendre son activité. Elle invoque s'être fondée sur l'avis du médecin conseil de l'assurance perte de gain, selon lequel l'intimée 1 n'était pas malade, et en avoir tiré les conséquences : son employée avait commis une faute grave en ne venant pas travailler depuis six semaines alors qu'elle n'était pas malade et cette faute avait rompu la confiance.

- 17 - L'appelante considère en outre que l'intimée 1 se savait inapte à reprendre « ce » travail et n'avait pourtant pas mis en demeure son employeur de mettre fin à un comportement qu'elle jugeait fautif, ce qui démontrait qu'elle n'avait pas l'intention de revenir à son poste. Elle soutient également que c'est à tort que les premiers juges ont considéré que le licenciement pour justes motifs serait intervenu tardivement. Elle fait valoir qu'elle n'a eu la preuve du caractère injustifié de l'absence de l'intimée 1 que le 15 septembre 2020. L'intimée 1 soutient que les premiers juges ont correctement apprécié les faits et appliqué le droit. Quant à l'intimée 2, elle a renoncé à se déterminer précisément.

### **E. 3.1.4**

; TF 4A\_282/2021 du 29 novembre 2021 consid. 4.3). Il ne doit ainsi pas être confondu avec le défaut de capacité d'ester. Il y a défaut de qualité pour agir ou pour défendre lorsque ce n'est pas le titulaire du droit qui s'est constitué demandeur en justice, respectivement que ce n'est pas l'obligé du droit qui a été assigné en justice. Un tel défaut n'est pas susceptible de rectification, mais entraîne le rejet de la demande et non son irrecevabilité (ATF 142 III 782 consid. 3.1.4 ; TF 4A\_397/2018 du 5 septembre 2019 consid. 3.1 ; TF 5A\_193/2017 du 27 mars 2017 consid.

### **E. 3.2**

; TF 5A\_398/2017 du 28 août 2017 consid. 4.1.3, SJ 2018 I 73). Il doit être examiné d'office, cependant uniquement sur la base des faits

- 26 - allégués en temps utile et prouvés, lorsque la maxime des débats est applicable (ATF 130 III 550 consid. 2 ; ATF 126 III 59 consid. 1a ; TF 4A\_342/2020 du 29 juin 2021 consid. 4.1.2 ; TF 4A\_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 3). La qualité pour défendre appartient à l'obligé (sujet passif) du droit litigieux ; ainsi le débiteur d'une créance a la qualité pour défendre au procès ayant pour objet cette créance (TF 4A\_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 3).

### **E. 3.3.1**

Selon l'art. 337 CO, l'employeur comme le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1) ; constituent notamment de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (ATF 129 III 380 consid. 3.1 ; TF 4A\_60/2014 du 22 juillet 2014

- 18 - consid. 3.1 ; TF 4A\_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave peut justifier le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2, TF 4A\_620/2019 du 30 avril 2020 consid. 6). Par manquement, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; TF 4A\_431/2020 du 29 décembre 2020 consid. 5.3 ; TF 4A\_620/2019 précité consid. 6). La gravité du manquement ne saurait cependant entraîner à elle seule l'application de l'art. 337 al. 1 CO ; ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 213 consid. 3.1 ; ATF 127 III 153 consid. 1c ; TF 4A\_60/2014 précité consid. 3.1 ; TF 4A\_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2). En général, une manifestation de malhonnêteté caractérisée, comme les mensonges ou les détournements, suffit à rompre les rapports de confiance entre les parties (TF 4P.272/2005 du 5 décembre 2005 consid. 6.2 ; Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd., Bâle 2012, n. 6 ad art. 337 CO). L'absence injustifiée d'un travailleur – moyennant avertissement selon les circonstances – peut constituer un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail par l'employeur (TF 4A\_35/2017 du 31 mai 2017 consid. 4.3 ; cf. ATF 108 II 301 consid. 3b, JdT 1983 I 31). Elle peut également, suivant les cas, constituer un abandon d'emploi (cf. art. 337d CO), qui est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, de façon intentionnelle et définitive, d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié ; dans cette hypothèse – qui doit être distinguée de celle où l'employeur invoque un

- 19 - juste motif de résiliation en raison de la demeure du travailleur – le contrat prend fin immédiatement, sans qu'une déclaration expresse soit nécessaire (ATF 121 V 277 consid. 3

; TF 8C\_468/2019 du 28 février 2020 consid. 4.1). La jurisprudence n'exclut pas que le soupçon d'infraction ou de manquement grave puisse justifier un licenciement immédiat, quand bien même l'accusation portée contre l'employé se révélerait ensuite mal fondée ou qu'elle ne pourrait être prouvée ; en effet, selon les circonstances, de tels soupçons peuvent rendre impossible la continuation des rapports de travail. Toutefois, d'autres éléments excluent généralement le bien-fondé d'un congé-soupçon, soit parce que le manquement reproché, même s'il était avéré, ne serait pas suffisamment important pour justifier un congé immédiat sans avertissement, soit parce que l'employeur n'a pas fait tout ce qu'on pouvait attendre de lui pour vérifier les soupçons (TF 4A\_419/2015 du 19 février 2016 consid. 2.1.2 et les réf. citées). Conformément à l'art. 8 CC, il appartient à celui qui invoque l'existence de justes motifs de prouver les faits qui les fondent (cf. Gloor, in Dunand/Mahon [édit.], Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 71 ad art. 337 CO ; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2e éd., Lausanne 2010, n. 3.1 ad art. 337 CO et les réf. citées). Le juge applique à cet égard les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). À cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 ; ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; ATF 127 III 351 consid. 4a).

### **E. 3.3.2**

Selon la jurisprudence à laquelle les premiers juges se sont référés, lorsqu'il a des doutes au sujet de l'incapacité de travail d'un travailleur absent, l'employeur n'est pas fondé à résilier le contrat de

- 20 - travail sans autres vérifications : il doit inviter l'employé à reprendre le travail ou produire un certificat médical, sauf si cette démarche apparaît d'emblée inutile au regard de l'ensemble des circonstances (TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006, consid. 2.1). Selon les auteurs cités par les premiers juges, cette jurisprudence a pour corollaire que l'employeur doit mettre le travailleur en demeure de reprendre le travail avant de pouvoir le licencier (Wylter/Heinzer, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 740), s'il ne le reprend pas sans produire de certificat médical. Cette jurisprudence envisage les cas où le travailleur est absent pour une raison qui n'est pas claire, mais qui pourrait consister dans une incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, et où le travailleur n'a pas fourni de certificat médical. Elle implique que, si l'employeur se satisfait de rester un certain temps dans l'incertitude en ne demandant pas au travailleur de reprendre le travail ou de produire un certificat médical, il ne peut pas ensuite invoquer l'absence injustifiée du travailleur à l'appui d'un licenciement immédiat si, une fois mis en demeure, le travailleur reprend le travail sans produire de certificat médical. Cette jurisprudence ne se prononce donc pas sur les cas où – comme en l'espèce – le travailleur absent remet des certificats médicaux à l'employeur, notamment sur les cas où le travailleur dissuade l'employeur de le mettre en demeure de reprendre le travail en lui remettant des certificats médicaux de complaisance. Dans ce tout dernier cas, l'absence injustifiée au travail, comme la tromperie par laquelle le travailleur a tenté d'en dissimuler le caractère injustifié, est une violation assez grave du devoir de diligence et de loyauté du travailleur, et elle est suffisamment propre à entraîner une rupture du lien de confiance nécessaire à la poursuite des rapports de travail pour constituer un juste motif de licenciement immédiat sans avertissement, ni mise en demeure préalable de reprendre le travail. Il est ainsi admis que constitue un juste motif de

licenciement immédiat le fait de prolonger ses vacances d'un mois en produisant un certificat médical de complaisance (Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, 27 juillet 1993, publié in JAR 1995 p. 197). Cependant, lorsque l'employeur soupçonne que le travailleur lui a remis un certificat médical de complaisance, il doit faire des vérifications.

- 21 - Il ne peut résilier le contrat avec effet immédiat que lorsque, ayant accompli les vérifications raisonnablement exigibles de lui, il dispose d'éléments qui corroborent suffisamment ses soupçons pour justifier une rupture du lien de confiance. En principe, il doit au moins faire part de ses doutes au travailleur (cf. Novier, *Le certificat médical dans les relations de travail*, in Dunand/Mahon (dir.), *Les certificats dans les relations de travail*, CERT 11, Genève 2018, pp. 75- 138, spéc. p. 121).

### **E. 3.3.3**

Certains empêchements de travailler, attestés médicalement, sont limités à une situation au travail, à un poste de travail ou à un employeur. Ils se présentent principalement dans des situations de conflit interpersonnel ou consécutivement à du harcèlement au travail. Un tel empêchement ne constitue pas une incapacité de travail au sens de l'art. 336 CO – qui interdit de résilier le contrat de travail et suspend le cours du délai de congé, pendant que le travailleur subit une incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident – car un empêchement limité à une situation, à un poste ou à un employeur n'empêche pas le travailleur de rechercher et de prendre un nouvel emploi (TF 4A\_391/2016 du 8 novembre 2016 consid. 5.2 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 859 ss). De tels empêchements entrent en revanche dans le champ d'application de l'art. 324a CO, qui prévoit que l'employeur a l'obligation de verser pour un temps limité le salaire au travailleur empêché sans sa faute de travailler pour une raison inhérente à sa personnalité (Wyler/Heinzer, op. cit. p. 297 ss). Un tel empêchement justifie l'absence du travailleur à son poste tant que les mesures permettant un retour au travail sans mise en danger de la santé, telles des mesures consistant à adapter le travail confié ou à protéger le travailleur, n'ont pas été prises. Lorsqu'un travailleur considère que des faits sont constitutifs de mobbing, il lui appartient de les porter à la connaissance de l'employeur lorsqu'il peut supposer que celui-ci les ignore (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 451). Pareillement, si l'organisation du travail ou le comportement d'un autre travailleur, même sans constituer du mobbing, est susceptible de porter atteinte à la santé du travailleur, il appartient à celui-ci d'informer l'employeur du problème d'organisation ou du

- 22 - comportement problématique, ainsi que du risque consécutif pour sa propre santé, s'il a des raisons de penser que l'employeur n'est pas conscient du problème que pose l'organisation du travail ou le comportement de l'autre travailleur ou qu'il n'est pas conscient du risque qui en résulte pour sa santé. Cette obligation découle des principes généraux du droit des obligations, notamment des art. 44 al. 1 et 99 al. 3 CO, en application desquels le travailleur est tenu de contribuer à la diminution du dommage, ce qui implique qu'il donne à son employeur les informations qui lui permettront de prendre les mesures appropriées pour un retour du travailleur dans l'entreprise ou, si un tel retour n'est pas envisageable, que le travailleur se mette sans tarder à la recherche d'un nouvel emploi (Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 281 s).

### **E. 3.4**

En l'espèce, l'intimée 1 n'a pas repris le travail à l'issue de son congé-maternité. Pour justifier son absence, elle a remis à l'appelante, qui les a transmis à l'assureur perte de gain, des certificats médicaux dont celui-ci a voulu vérifier le bien-fondé. À cet effet, l'assureur a adressé à l'intimée 1 des demandes réitérées de renseignements, auxquelles l'intéressée n'a jamais répondu. Le 25 août 2020 au plus tard, l'assureur perte de gain en a informé l'appelante, par l'envoi d'une copie de la lettre par laquelle il a signifié à l'intimée 1 qu'il suspendait le versement des indemnités journalières. Dès cet instant, il était légitime que l'appelante conçoive des soupçons sur la cause véritable de l'absence de l'intimée. Cependant, l'appelante ne pouvait pas encore, sur la base de ses soupçons, licencier l'intimée 1 avec effet immédiat. Si elle entendait procéder à un licenciement, il lui incombait d'interpeller l'intimée 1 et de lui demander elle-même des explications, sous menace de licenciement en cas de refus de répondre. En effet, les relations entre un travailleur et l'assureur perte de gain de son employeur ne sont pas aussi personnelles que celles qui existent entre le travailleur et l'employeur ; l'appelante ne pouvait dès lors pas partir de l'idée que l'intimée 1, parce qu'elle avait refusé ou négligé de renseigner l'assureur, refuserait ou négligerait de la même manière de la renseigner, surtout si la demande de renseignement était assortie d'une menace de licenciement. Si l'appelante avait demandé des explications directement à l'intimée 1 sous menace de licenciement et

- 23 - si celle-ci ne lui en avait pas fourni, ou si elle lui en avait fourni qui n'aient pas été satisfaisantes, l'appelante aurait alors été en droit de licencier l'intimée 1 avec effet immédiat, sans avoir à la mettre en demeure de reprendre le travail. Mais l'appelante s'est abstenue de demander la moindre explication à l'intimée 1. Le 26 août 2020, l'appelante a reçu la confirmation du fait que l'intimée 1 était partie en vacances au [...] du 8 au 24 août 2020 sans avoir demandé l'autorisation préalable de l'assureur, qui a alors refusé, pour ce motif également, de verser des indemnités journalières pour la durée de ces vacances. Le point de savoir si le fait de prendre des vacances sans l'autorisation de l'assureur – ni de l'employeur – aurait pu constituer un juste motif de licenciement immédiat doit toutefois souffrir de rester indécis, dès lors que le licenciement prononcé le 16 septembre 2020 n'a pas été motivé par ce fait. Le 15 ou le 16 septembre 2020, l'appelante a reçu copie de la lettre du 15 septembre 2020 dans laquelle l'assureur, se référant à un avis de son médecin-conseil rendu sur le vu d'un rapport du médecin traitant, a informé l'intimée 1 qu'il considérait que, depuis le 1er août 2020, elle ne présentait pas une incapacité de travail et que son arrêt n'était pas lié à une pathologie médicale. Certes, cette lettre renforçait les soupçons de l'appelante et, en tant qu'il était motivé par cette lettre, le licenciement signifié le jour même ou le lendemain de la remise de la copie à l'employeuse ne peut être considéré comme tardif. Le grief de l'appelante est sur ce point fondé. Mais la lettre du 15 septembre 2020 ne dispensait pas pour autant l'appelante d'interpeller l'intimée 1 avant toute décision quant à son renvoi. En effet, la lettre de l'assureur n'était pas accompagnée d'une copie du rapport du médecin traitant, ni d'une copie de l'avis du médecin-conseil, et elle ne contenait pas un résumé de la substance des explications données par ces médecins ; il était donc impossible de tirer de cette lettre le moindre renseignement factuel sur les raisons véritables de l'absence de l'intimée 1 depuis le 1er août 2020. En outre, cette lettre ne rapportait aucune explication qui aurait été donnée par la travailleuse elle-même. Dès lors, même après avoir reçu la copie de

- 24 - la lettre de l'assureur du 15 septembre 2020, l'appelante ne pouvait pas licencier l'intimée 1 avec effet immédiat sans lui avoir fait part de ses doutes sur le bien-fondé des

certificats médicaux et sans l'avoir requise de s'expliquer précisément sur les raisons de son absence. Ce n'est qu'en cas de refus de s'expliquer de la travailleuse, dûment mise en demeure de le faire par l'employeuse, que l'appelante aurait été fondée à résilier le contrat avec effet immédiat. Enfin, contrairement à ce que plaide l'appelante, la lettre de l'assureur perte de gain du 15 septembre 2020 ne prouvait pas que l'absence de l'intimée 1 au travail était en soi injustifiée : elle indiquait seulement que cette absence n'était pas, de l'avis de l'assureur, justifiée par une incapacité de travail pour cause de maladie – ce qui n'exclut pas une autre justification, tel un empêchement limité au poste avant que les mesures nécessaires d'adaptation du poste ou de protection du travailleur aient été prises. La lettre de l'assureur laissait donc objectivement subsister un doute sur le caractère en soi justifié ou injustifié de l'absence de la travailleuse ; elle ne pouvait dès lors pas servir de justification à un licenciement immédiat du contrat de travail sans que l'occasion ait été préalablement donnée à la travailleuse de s'expliquer. Certes, en n'informant pas spontanément l'appelante sur le problème qui l'empêchait de reprendre le travail, l'intimée 1, qui ne pouvait pas présumer que le directeur de l'appelante avait compris à quel point les mesures de protection prises en automne 2019 l'avaient atteinte, a manqué à ses propres obligations, notamment à son obligation de réduire le dommage. Mais ce manquement de l'intimée 1 ne change rien au caractère injustifié du licenciement immédiat prononcé le 16 septembre 2020 : sans avoir donné l'occasion à la travailleuse de s'expliquer sur la réalité de son incapacité de travail ou, le cas échéant, sur les autres raisons de son absence, l'appelante ne pouvait se prévaloir que de soupçons unilatéraux, qui ne suffisent pas à fonder légitimement une résiliation du contrat avec effet immédiat. Aussi, le grief de l'appelante tendant à contester le caractère injustifié du licenciement immédiat prononcé le 16 septembre 2020 se révèle en définitive mal fondé.

- 25 -

#### **E. 4.1**

L'appelante invoque son défaut de légitimation passive, à tout le moins jusqu'au 22 octobre 2020. Elle reproche aux premiers juges d'avoir violé l'art. 324b CO en retenant qu'elle devait paiement du salaire à l'intimée 1 jusqu'à cette date dès lors qu'elle avait conclu une police d'assurance perte de gain collective en faveur de ses salariés et que, jusqu'au 22 octobre 2020, l'intimée 1 prétend avoir été incapable de travailler pour cause de maladie. Il s'ensuit qu'elle devait être libérée de l'obligation de verser le salaire. L'appelante précise qu'elle a déjà contesté sa légitimation passive à l'audience du 16 décembre 2020, ainsi que dans sa plaidoirie en première instance. Les intimées ne se sont pas déterminées sur ce grief.

#### **E. 4.2**

La motivation du jugement attaqué ne comporte aucun développement relatif à la légitimation passive de l'appelante, malgré l'existence d'une police d'assurance prévoyant le versement d'indemnités journalières en cas de perte de gain pour cause de maladie et dont l'intimée 1 était bénéficiaire.

#### **E. 4.3.1**

Le défaut de légitimation active ou passive concerne le droit matériel et non la recevabilité de la demande (ATF 142 III 782 consid.

#### **E. 4.3.2**

L'art. 324b CO règle l'obligation de l'employeur de verser le salaire au travailleur dans les cas où l'empêchement du travailleur ouvre droit aux prestations d'une assurance qui est obligatoire en vertu de la loi, telle l'assurance contre les accidents. Cette disposition légale est inapplicable lorsque les prestations d'assurance sont dues en vertu d'une police que l'employeur n'avait pas l'obligation légale de conclure, comme les polices d'assurance collective prévoyant le versement d'indemnités journalières aux travailleurs empêchés de travailler pour cause de maladie.

### **E. 4.3.3**

L'art. 324a CO régleme le droit au salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part en dehors des cas qui ouvrent le droit à des prestations d'assurance obligatoire, la maladie étant citée à titre d'exemple. Trois régimes sont envisageables. Selon le régime légal, l'employeur verse le salaire « pour un temps limité » (al. 1), c'est-à-dire trois semaines pendant la première année de service et, ensuite, pour une période plus longue fixée équitablement, en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2). La pratique a développé des barèmes destinés à faciliter l'application de cette disposition (échelles bernoise, zurichoise et bâloise). Le droit au salaire cesse à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 318 consid. 4b). Ce régime de base correspond à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger en défaveur du travailleur (ATF 131 III 623 consid. 2.2).

- 27 - Selon le régime complémentaire, les parties peuvent convenir d'améliorer la protection du travailleur sans toucher au minimum légal, par exemple en prolongeant la période pendant laquelle le salaire reste dû (art. 324a al. 2 in principio CO) ou en prévoyant d'autres causes d'empêchement que celles retenues dans la loi. Une telle convention, qui ne fait qu'améliorer la situation du travailleur, et qui peut notamment porter sur la conclusion d'une assurance collective perte de gain, n'est soumise à aucune forme. Enfin, selon le troisième régime prévu à l'art. 324a al. 4 CO, un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peut déroger au système légal à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. L'employeur ou l'assureur versera des prestations moindres que celles dues légalement pendant un « temps limité », mais qui s'étendront sur une période plus longue. L'équivalence est généralement respectée lorsque l'employeur contracte une assurance qui alloue 80 % du salaire pendant 720 jours, après un délai d'attente de deux à trois jours au maximum, moyennant un paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur. La forme écrite doit couvrir les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et un éventuel délai d'attente ; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur suffit ; les deux parties doivent signer l'accord. Si l'exigence d'équivalence ou de forme écrite n'est pas satisfaite, le régime légal trouve application. Le travailleur peut exiger un montant correspondant à son salaire pendant le « temps limité » défini à l'art. 324a al. 2 CO. L'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant cette période limitée, mais pas les indemnités ultérieures ; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est

- 28 - réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période postérieure. Il y a ainsi coexistence des prestations de l'employeur et de l'assureur jusqu'à concurrence du dommage, pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO. Le cas échéant, l'employé peut commettre un abus de droit en réclamant

le solde de son salaire alors qu'il a bénéficié de larges prestations de l'assurance (sur toutes ces questions, cf. TF 4A\_98/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1 et les réf. citées). L'équivalence ne saurait être admise si le contrat écrit libère l'employeur et confère la légitimation passive au seul assureur, le coût et les difficultés d'une procédure à engager en cas de contestation étant bien supérieurs pour le travailleur s'il doit diriger son action contre l'assureur plutôt que contre l'employeur.

#### **E. 4.3.4**

Conformément à l'art. 337c al. 1 CO, l'employeur auteur d'un licenciement immédiat injustifié doit au travailleur licencié des dommages- intérêts qui compensent ce que le travailleur aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire. Celui-ci est de deux mois pour la fin d'un mois lorsque le travailleur se trouve dans sa deuxième à sa neuvième année de service (art. 335c al. 1 CO). Si, le travailleur tombe malade après avoir été licencié avec effet immédiat, l'employeur lui doit dès lors notamment, à titre de dommages-intérêts, l'équivalent du salaire-maladie, qu'il lui aurait dû en vertu de l'art. 324a CO, augmenté, le cas échéant, du délai de protection qui aurait dû être respecté (art. 336c al. 1 CO). Ledit salaire-maladie n'est toutefois dû qu'à la condition que le travailleur ait pu, en l'absence de licenciement immédiat, y prétendre, ce qui n'est pas le cas lorsque le renvoi intervient pendant une incapacité de travail de longue durée et que le droit au salaire, selon l'échelle bernoise, est épuisé. Selon l'échelle bernoise, le salaire est dû pendant trois mois au travailleur empêché dans sa cinquième année de service (Wylter/Heinzer, op. cit., p. 311).

#### **E. 4.4**

- 29 -

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

En l'espèce, comme exposé ci-dessus (cf. supra consid. 3.3), la lettre de l'assureur perte de gains du 15 septembre 2020 ne prouvait pas que l'absence de l'intimée 1 était en soi injustifiée : elle indiquait seulement que cette absence n'était pas justifiée par une incapacité de travail pour cause de maladie. Cette appréciation n'excluait pas l'existence d'une autre justification, telle un empêchement limité au poste. Le médecin conseil de l'assureur dans son courrier du 2 octobre 2020 a évoqué une telle inaptitude au poste de travail. La lettre du médecin généraliste du 22 septembre 2020 permet également d'exclure que l'intimée 1 se trouvait en incapacité de travail pour maladie lors du licenciement immédiat, tout en reconnaissant qu'elle était empêchée de travailler pour un motif indépendant de sa volonté. Dès lors qu'elle ne se trouvait pas en incapacité de travailler pour cause de maladie, l'intimée 1 n'avait aucun droit aux prestations de l'assureur perte de gain. L'appelante a dès lors seule la légitimation passive à l'action ouverte par l'intimée 1 en paiement des salaires dus pour la période du 1er août au 31 décembre 2020.

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

Il ne ressort pas des pièces au dossier que les parties aient convenu d'un régime dérogatoire à l'art. 324a al. 2 CO. C'est donc le régime légal qui détermine le droit au salaire de l'intimée 1 pour la période durant laquelle elle a été empêchée sans faute de sa part, soit du 1er août au 22 octobre 2020. L'intimée 1 se trouvait dans sa cinquième année de service lorsqu'elle s'est vu notifier le 16 septembre 2020 son licenciement immédiat sans juste motif. Comme déjà mentionné plus haut, au moment où elle s'est vu notifier ce licenciement, l'intimée 1 ne se trouvait pas en incapacité de travail au sens de l'art. 336c

CO. Elle pouvait donc rechercher un emploi, de sorte que le délai de congé ordinaire n'était pas suspendu. Conclu pour une durée indéterminée, le contrat prévoyait un délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois jusqu'à la cinquième année de service et de deux mois pour la fin d'un mois depuis la cinquième année de service. L'intimée 1 est dès lors fondée à réclamer à titre de dommages-intérêts à l'appelante – qui a bien la qualité pour

- 30 - défendre – le paiement des salaires auxquels elle aurait eu droit si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire, soit jusqu'au 30 novembre 2020. Pour la période du 1er août au 22 octobre 2020, l'appelante présentait un empêchement non fautif au sens de l'art. 324a CO. Comme déjà mentionné (cf. supra consid. 4.3.4), l'échelle bernoise préconise durant la cinquième année de service le paiement de trois mois de salaire (l'échelle bâloise également et l'échelle zurichoise propose 11 semaines). Entre le 1er août et le 22 octobre 2020, l'appelante a eu douze semaines d'empêchement, lesquelles peuvent être indemnisées totalement dès lors que cela représente une semaine de moins que ce que prévoit l'échelle bernoise. L'appelante avait ensuite droit à son plein salaire jusqu'à l'échéance du délai ordinaire de congé. Il ressort de ce qui précède que l'intimée 1 avait en définitive droit à un salaire à 100% du 1er août au 30 novembre 2020, soit un montant brut de 14'000 francs. Toutefois, l'intimée 1 n'ayant pas fait appel du jugement attaqué, on ne peut pas lui allouer davantage que le montant qui a été arrêté par les premiers juges, soit 13'825 fr., sous peine de statuer ultra petita, le juge ne pouvant accorder plus que ce qui est demandé par une partie (art. 58 al. 1 CPC). Le grief de l'appelante est donc mal fondé.

## **E. 5**

En définitive, l'appel, mal fondé, doit être rejeté et le jugement confirmé. Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. c CPC). L'intimée 1 a renoncé à se déterminer. Quant à l'intimée 2, elle n'a pas procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel et n'a pas sollicité l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 95 al. 3 let. c CPC. Il n'y a donc pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance.

- 31 -