



T\_\_

**Dom. élu** : Me Christian BRUCHEZ  
Rue Verdaine 12  
Case postale 3547  
1211 Genève 3

**Partie appelante**

E\_\_ SA

**Dom. élu** : Me Raphaël QUINODOZ  
Place des Philosophes 8  
1205 Genève

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 29 novembre 2010

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Emile BATTIAZ et Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Philippe VACCARO, juges salariés

Mme Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière

### **EN FAIT**

Par acte du 14 avril 2009, T\_\_\_ a formé appel d'un jugement TRPH/159/2009, rendu le 11 mars 2009 et notifié par pli du même jour, à teneur duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, après avoir déclaré recevable sa demande en paiement formée le 27 mai 2008 contre E\_\_\_ SA, a donné acte à cette dernière de ce qu'elle reconnaissait lui devoir fr. 1'679.55, d'ores et déjà payés, et a rejeté la demande pour le surplus.

L'appelant réclame, en sus du montant de fr. 1'679.55 susmentionné, la condamnation d'E\_\_\_ SA à lui verser les sommes suivantes:

- fr. 993.75 bruts avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, à titre de rémunération pour 25 heures supplémentaires;
- fr. 15'000.- nets avec intérêts à 5% l'an dès le 28 novembre 2007, à titre de dommages-intérêts et/ou d'indemnité pour tort moral;
- fr. 16'500.- net avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, à titre d'indemnité pour licenciement abusif;
- fr. 8'971.40 net avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2008 (date moyenne), à titre de pertes d'indemnités journalières.

L'intimée conclut au rejet de l'appel.

La cause a été suspendue du 25 novembre 2009 au 19 août 2010, dans l'attente du sort d'une procédure pénale P/2905/2008, laquelle a été apportée à la procédure, à la suite de quoi les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Les éléments pertinents suivants résultent de la présente procédure civile, ainsi que de la procédure pénale P/2905/2008:

- A. E\_\_\_ SA, société anonyme avec siège à Genève, a pour but social le commerce, l'importation, l'exportation et la représentation en gros de fournitures et d'appareils électriques.

Le 31 octobre 2007, cette société a engagé T\_\_\_, né le 24 juin 1951, pour une durée indéterminée, à dater dès le 1<sup>er</sup> novembre 2007. A ce moment-là, T\_\_\_ sortait d'une longue période de chômage, lors de laquelle il avait été en dépression; il était toutefois en fin de traitement, mais prenait encore des antidépresseurs (tém. I\_\_\_). Il ne résulte pas du dossier que ces éléments aient alors été portés à la connaissance de l'employeur.

Un contrat écrit a été établi et l'employé a en outre signé un document annexe intitulé "Dispositions complémentaires au contrat de travail".

T\_\_\_ était engagé en qualité de cadre commercial dans le département "service vente". Plus spécifiquement, il était chargé de rendre visite aux clients actuels de l'entreprise, pour leur présenter la gamme de produits, de les conseiller, de finaliser les ventes, de développer les contacts commerciaux avec de nouveaux clients, d'augmenter le chiffre d'affaires réalisé avec les régies qui lui étaient confiées, et de tout mettre en œuvre pour atteindre les budgets annuels discutés et établis avec lui dans le secteur des meubles de cuisine, l'électroménager et le matériel semi-professionnel, en qualité de cadre commercial dans le département service vente. Selon son supérieur hiérarchique, il était novice en la matière, "ramait" un peu et sollicitait beaucoup ses collègues (tém. A\_\_\_).

Le salaire mensuel brut convenu était de fr. 5'500.-, pour un horaire de travail de 40 heures par semaine. A cela pouvait s'ajouter des commissions, selon le chiffre d'affaires réalisé. Les heures supplémentaires étaient soit compensées par un congé équivalent, soit payées.

Il était prévu un temps d'essai de trois mois et durant celui-ci un délai de résiliation de sept jours net, puis un délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois pendant la première année de service.

Le 1<sup>er</sup> novembre 2007, T\_\_\_ a enfin signé un document intitulé "Cahier des charges", précisant notamment les chiffres d'affaires minimum à réaliser et les primes de motivations dont il pouvait bénéficier.

L'employé était assuré auprès de la SUVA pour les accidents professionnels et non professionnels et auprès de la Genevoise Assurance (membre du groupe Zurich Assurances) pour la perte de gain en cas de maladie, par le biais d'une assurance collective conclue par l'employeur au profit de ses employés, soumise à la LCA; l'art. 9.2 CGA prévoit notamment que la couverture d'assurance prend fin lorsque l'assuré "quitte le cercle des assurés" (à savoir notamment à la fin de la relation de travail); l'employé bénéficie d'un droit de passage dans l'assurance individuelle (13.1 CGA), qu'il doit faire valoir par écrit dans les trois mois de la cessation des rapports de travail (13.2 CGA), l'employeur étant tenu d'informer l'employé dudit droit en temps utile (13.4 CGA).

Dans les deux cas, le paiement de 80 % du salaire était garanti, même pour des cas de maladie dépassant 90 jours.

- B.** T\_\_\_ affirme avoir effectué 25 heures supplémentaires, en travaillant à la Foire de Genève du 9 au 12 novembre 2008 (recte: 2007), soit 4h le vendredi, 10h le samedi, 8h le dimanche et 3h le lundi. Entendu par les premiers juges, le directeur de l'intimée a admis l'existence d'heures supplémentaires, celles-ci ayant toutefois été compensées en temps libre, car l'appelant quittait parfois son travail à 15h30, pour se rendre chez son dentiste ou remplir ses obligations de juge prudhomme. T\_\_\_ a admis être parti deux fois à 17h30 et une fois à 18h pour remplir de telles obligations, alléguant avoir toutefois, ces jours-là, raccourci sa pause de midi. Sur le sujet, le collègue partageant son bureau a déclaré que T\_\_\_ arrivait le matin vers 8h ou 8h15 et repartait vers 15h ou 17h (tém. B\_\_\_) et son supérieur a confirmé qu'il partait souvent "peu avant la fin de sa journée de travail" pour aller chez le dentiste (tém. A\_\_\_).

Les heures supplémentaires effectuées n'ont été annoncées ni au supérieur direct de l'appelant (tém. A\_\_\_), ni au coordinateur de l'entreprise (tém. C\_\_\_), étant précisé que l'intimée ne tient pas de décompte des heures supplémentaires et/ou compensées, tout se faisant "dans la confiance" (décl. D\_\_\_).

- C.** Des difficultés sont très rapidement apparues.

T\_\_\_ a été décrit comme un "grand parleur", "brassant l'air", s'immisçant volontiers dans la vie personnelle de ses collègues et les empêchant de travailler; il se prévalait de sa qualité de juge prud'homme, instaurait un "climat négatif" dans l'entreprise et son supérieur lui avait dit "sur le ton de la rigolade d'arrêter de saouler le personnel"; il parlait de la situation financière de l'entreprise (qui avait du retard dans le paiement des salaires) et avait parlé de "sit-in", voire de "grève" (tém. C\_\_\_, A\_\_\_, B\_\_\_). Pour un autre témoin en revanche, il était "sympa" et "gentil" et donnait des conseils sur ce qu'il fallait faire pour défendre leurs droits dans l'entreprise, en disant qu'il était juge prud'homme, mais "sans s'en vanter" (tém. F\_\_\_).

- D.** Le 13 novembre 2007, T\_\_\_ a été victime d'un accident de voiture, à la suite duquel le médecin consulté a constaté une contusion cervicale non compliquée, soignée par le port d'une minerve et un traitement anti-inflammatoire; à cela se sont ajoutés des soins dentaires à la dent 46, laquelle avait été cassée.

A la suite de cet accident, il a été en incapacité de travail totale du 13 au 18 novembre 2007.

- E.** Le 28 novembre 2007, alors que T\_\_\_ avait quitté son bureau pour un motif non clairement identifié et se tenait entre deux voitures sur un trottoir situé en face de

l'entreprise, B\_\_\_, collègue avec lequel il partageait son bureau, s'est approché de lui et, après lui avoir parlé fort, lui a donné un "soufflet" ("baffe", "gifle moyennement forte") de la main droite sur la joue gauche, ce qui a fait "gicler" ses lunettes jusque sous une voiture; selon les deux personnes ayant assisté aux faits, aucun autre coup n'a été porté (tém. G\_\_\_, F\_\_\_). T\_\_\_ était choqué et paniqué et le témoin G\_\_\_ l'a aidé à retrouver ses lunettes.

B\_\_\_ a expliqué son geste par le fait qu'il ne supportait plus le bavardage incessant de T\_\_\_, qui le dérangeait sans cesse et qu'en dernier lieu, ce dernier en appelait à la grève, ce qui "avait fait déborder le vase". Il a admis avoir eu, dans le passé, des actes de violence, mais jamais à son lieu de travail. S'il lui arrivait de venir au travail "avec un verre de trop", situations lors desquelles il parlait plus fort et prenait plus de place par sa façon d'être (décl. D\_\_\_), l'existence d'actes de violences antérieurs sur le lieu du travail ou d'altercations avec ses collègues n'est pas établie.

T\_\_\_ déclare avoir précédemment dit au témoin C\_\_\_ qu'il était difficile de travailler dans le même bureau que B\_\_\_ en raison de l'attitude de ce dernier, sans toutefois indiquer que celui-ci lui faisait peur; cet allégué n'a pas été confirmé par le témoin C\_\_\_.

Pour les faits qui précèdent, B\_\_\_ a été pénalement condamné pour voies de fait à 1'000 fr. d'amende ou 10 jours de peine privative de liberté de substitution. Les conclusions civiles de T\_\_\_ en paiement d'une indemnité pour tort moral de 10'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 28 novembre 2007 ont été rejetées, au motif que l'atteinte physique subie ne présentait pas la gravité suffisante et que les troubles psychiques subséquents du plaignant étaient dus à une "hypersensibilité" de sa part.

- F.** Immédiatement après les faits, T\_\_\_ s'est rendu auprès du coordinateur de l'entreprise (qui n'avait pas assisté à ce qui précède); il était traumatisé et rouge, il pleurait, tremblait et avait de la peine à parler, mais ne portait aucune trace de coups, à savoir sang ou hématomes (tém. C\_\_\_).

C\_\_\_ l'a accompagné dans le bureau de D\_\_\_, directeur de l'entreprise. Ce dernier a qualifié l'attitude de T\_\_\_, qui "gémissait" de "tel degré de comédie"; selon le témoin C\_\_\_, l'appelant avait "les larmes aux yeux" et lui avait demandé un verre d'eau. D\_\_\_ a écouté l'appelant et essayé de le calmer; il lui a dit qu'il ne fallait pas "dramatiser" et qu'il allait convoquer B\_\_\_ pour lui infliger un avertissement (tém. C\_\_\_).

Un avertissement avec menace de licenciement a effectivement été ensuite signifié à B\_\_\_.

- G.** D\_\_\_ a, selon ses propres termes, "profité de cet entretien" (qui a duré entre 30 et 45 minutes, tém. C\_\_\_) pour signifier oralement à T\_\_\_ son licenciement pour le 4 décembre 2007, mesure confirmée par courrier expédié le même jour et reçu quelques jours plus tard. A ce moment-là de l'entretien, l'appelant était "déjà bien marqué moralement" et n'a pas eu d'autre réaction (tém. C\_\_\_). Il est sorti du bureau "en larmes" (tém. A\_\_\_).

Selon les explications concordantes de D\_\_\_ et du témoin C\_\_\_, la décision de licenciement avait été prise le matin même ou les jours précédents, en raison du fait qu'il "ne correspondait pas au poste", que son chiffre d'affaires était insuffisant et que les autres employés se plaignaient d'être constamment dérangés dans leur travail. Interpellé deux ou trois jours avant l'altercation par D\_\_\_, le supérieur hiérarchique de l'appelant a répondu qu'il ne "fallait pas le garder" (tém. A\_\_\_).

L'intimée admet que les questions liées au maintien de l'assurance perte de gain en cas d'accident et de maladie après l'expiration du délai de congé n'ont été évoquées ni lors de l'entretien, ni dans la lettre confirmative subséquente.

T\_\_\_ a ensuite immédiatement quitté son lieu de travail.

- H.** Ce même 28 novembre 2007, le médecin du Service des Urgences de l'Hôpital de la Tour a constaté que l'appelant était choqué et qu'il présentait des contusions au niveau du zygomatique gauche, au sternum, au genou droit et une entorse au niveau de l'inter-phalangienne du quatrième rayon à la main droite. Sur ce dernier point, un examen radiologique pratiqué le surlendemain a révélé un arrachement millimétrique de la plaque palmaire de la base de la deuxième phalange du quatrième doigt, sans autre lésion osseuse et sans calcification des parties molles, les axes et rapports anatomiques demeurant conservés. Un anxiolytique et un anti-inflammatoire lui ont été alors prescrits.

T\_\_\_ a, dès ce 28 novembre 2007, été suivi par le Dr. H\_\_\_; ce praticien a constaté "d'importantes contusions" de la face, provenant d'un choc ou d'un coup violent, sans hématomes apparents, ce qui signifiait qu'elles dataient de moins de 24 heures, ainsi qu'une atteinte à la main droite, provenant "plutôt" d'une chute. Des douleurs importantes à l'hémiface gauche et à la main droite avaient duré plusieurs semaines, rendant nécessaire une antalgie régulière.

A cela s'ajoutait des luxations des dents 24/25/26, avec fracture du pont correspondant, qui avaient nécessité un traitement dentaire de plusieurs mois, comprenant le remplacement du pont (tém. H\_\_\_, Ferrero).

Enfin, les évènements du 28 novembre 2007 (agression, suivie de l'annonce du licenciement) avaient aggravé (ou provoqué la rechute) de l'état dépressif post-traumatique, pour lequel l'appelant était suivi depuis avril 2007 (tém. H\_\_\_, Dr. I\_\_\_, psychiatre). La fréquence des séances de thérapie avait du être augmentée jusqu'à deux séances par semaine pendant un mois, de même que les doses d'antidépresseurs (tém. I\_\_\_). Le 28 mai 2008, les réminiscences, la perte d'estime de soi, la labilité émotionnelle persistaient; cet état empêchait l'appelant de travailler et même d'affronter un entretien d'embauche et avait perduré jusqu'à fin août 2008 (tém. I\_\_\_).

Le coût des soins dentaires sur les dents 24 à 26 (comprenant le remplacement du pont) a été pris en charge par la SUVA. Cette institution a également versé des indemnités journalières à T\_\_\_ pour la période du 6 décembre 2007 au 30 juin 2008, puis a cessé ses versements, les troubles somatiques étant éteints et l'état dépressif de l'appelant n'étant selon elle plus en relation de causalité avec l'agression et relevant de la maladie. La ZURICH, assurance collective perte de gain de l'intimée, a toutefois refusé d'entrer en matière et de verser des indemnités perte de gain dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008, au motif que T\_\_\_ - qui n'avait pas fait usage de son droit à être transféré dans l'assurance individuelle - ne faisait plus partie du cercle de ses assurés depuis le 5 décembre 2007.

T\_\_\_ n'a formé aucun recours contre les décisions ci-dessus.

L'appelant a retrouvé un travail à plein temps dès le 1<sup>er</sup> septembre 2008.

- I. Par courrier expédié par voie recommandée le vendredi 30 novembre 2007, le syndicat SIT (agissant au nom de T\_\_\_) a fait en particulier référence à l'art. 328 CO, a relevé qu'il était "inacceptable" de licencier oralement ce dernier alors qu'il venait de subir une violente agression et a qualifié ce licenciement d'"arbitraire et donné en violation des droits élémentaires des travailleurs"; l'employeur était invité à "réparer le tort subi" en versant une indemnité correspondante à six mois de salaire.

L'employeur n'a jamais fait valoir, dans la présente procédure, avoir reçu ce courrier postérieurement au 4 décembre 2007.

Le 27 mai 2008, T\_\_\_ a assigné E\_\_\_ SA devant la juridiction des Prud'hommes en paiement, notamment, des sommes net de fr. 993.75 net (rémunération de 25 heures supplémentaires), fr. 15'000.- (indemnité pour tort moral) et fr. 33'000.- (indemnité pour licenciement abusif). En cours de procédure, il a encore réclamé paiement de fr. 8'971.40 (indemnités journalières pour juillet/août 2008).

A l'appui des conclusions rappelées ci-dessus, seules litigieuses au stade du présent appel, T\_\_\_ a en substance fait valoir qu'il avait effectué 25 heures supplémentaires lors de la Foire de Genève du 9 au 18 novembre 2007, lesquelles n'avaient été ni compensées, ni rémunérées; à la suite de l'agression subie de la part de B\_\_\_, il avait souffert de luxations dentaires, d'importantes contusions à la face, au sternum et au genou, enfin d'une fracture d'une phalange au 4<sup>ème</sup> doigt de la main droite; il s'était confié à C\_\_\_, puis à D\_\_\_ dans le but d'obtenir protection, mais ce dernier lui avait parlé de manière autoritaire et méprisante, n'avait pas voulu écouter ses explications, enfin l'avait licencié sans indiquer de motifs; ces circonstances justifiaient l'allocation des indemnités pour tort moral et pour licenciement abusif réclamées; enfin, il n'avait pas été informé lors de son licenciement de son droit d'adhérer de manière individuelle à l'assurance collective perte de gain de l'employeur; celle-ci avait pour ce motif refusé de lui verser les indemnités dues pour juillet/août 2008, qui devaient dès lors lui être payées par l'employeur.

Sur ces différents points, E\_\_\_ SA a conclu au déboutement, soutenant en substance que la juridiction prud'hommale n'était pas compétente pour trancher des questions liées aux indemnités d'assurance et qu'en tout état, la prétention de l'employé, qui n'avait pas fait recours contre les décisions de celles-ci, était infondée; les heures supplémentaires effectuées par T\_\_\_ avaient toutes été compensées par ses départs prématurés; elle n'était pas responsable des actes de B\_\_\_, l'altercation s'étant produite sur la voie publique, ainsi la conclusion tendant à obtenir paiement d'une indemnité pour tort moral était infondée; enfin, le licenciement, sans lien avec ladite altercation, ne présentait aucun caractère abusif.

- J.** Le jugement attaqué a en substance retenu que l'existence d'heures supplémentaires n'était pas établie; à la suite de l'altercation du 27 novembre 2007, T\_\_\_ avait été pris en charge par le témoin C\_\_\_ et D\_\_\_ avait infligé à B\_\_\_ un avertissement, réaction qui devait être considérée comme suffisante; certes, le moment était mal choisi pour notifier un licenciement, mais celui-ci était motivé par l'inadéquation du demandeur au poste; à cela s'ajoutait que T\_\_\_ ne s'était pas opposé au licenciement avant l'expiration du délai de congé, ce qui entraînait le rejet de cette conclusion; enfin, le Tribunal des prud'hommes n'était pas compétent

pour juger des prétentions du demandeur relatives aux indemnités perte de gain réclamées.

Les arguments des parties devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. L'appel a été déposé dans le délai et suivant la forme prescrite. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. L'appelant reprend devant la Cour sa prétention tendant au paiement de fr. 993.75 bruts avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, à titre de rémunération pour 25 heures supplémentaires, effectuées selon lui lors de la Foire de Genève du 12 au 18 novembre 2007.

**2.1** Les heures supplémentaires sont définies comme celles qui sont effectuées au-delà de l'horaire contractuel. L'obligation d'effectuer des heures supplémentaires présuppose qu'elles soient effectuées dans l'intérêt de l'employeur (art. 321 c CO); il en est ainsi des heures supplémentaires accomplies à la demande de l'employeur, même si le travailleur les a sollicitées ou approuvées en raison des revenus supplémentaires qu'elles lui procurent, ainsi que de celles qui sont accomplies à l'initiative du travailleur, à la condition qu'elles soient objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, justifiées et portées à la connaissance de ce dernier ou qu'il ne peut ignorer leur accomplissement (ATF 116 II 69 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C 92/200). De plus, le travailleur qui attend de longs mois ou la fin des rapports de travail pour annoncer de prétendues heures supplémentaires ne peut exiger leur rémunération, l'employeur n'étant dans ce cas pas informé et n'ayant pas la possibilité de s'opposer à leur accomplissement (ATF 129 III 171, JdT 2003 I 241).

La preuve de l'existence d'heures supplémentaires incombe au travailleur, alors que celle de leur rémunération, respectivement de leur compensation par un temps libre équivalent, incombe à l'employeur (art. 8 CC).

**2.2** En l'espèce, l'intimée - qui a admis l'existence d'heures supplémentaires - n'a pas contesté que l'appelant avait travaillé du 9 au 12 novembre 2007 à la Foire de Genève, après ses heures de travail et jusqu'à la fermeture de cette manifestation, ainsi que toute la journée le samedi et le dimanche. La Cour tient pour acquis qu'il a alors effectué les 25 heures alléguées, ce chiffre n'ayant d'ailleurs pas été spécifiquement contesté. Ces heures sont retenues, nonobstant le fait qu'elles n'ont été annoncées ni au supérieur hiérarchique de l'appelant, ni au coordinateur de l'entreprise; il doit en effet être tenu compte de ce que l'appelant a été licencié avant la fin du mois où elles ont été accomplies et que l'intimée ne tient de toute manière pas de registre des heures supplémentaires.

L'intimée soutient que les heures supplémentaires accomplies par l'appelant ont été compensées en temps libre, puisque ce dernier quittait parfois son travail de manière prématurée, en particulier pour se rendre chez le dentiste ou pour remplir ses obligations de juge prud'homme. L'appelant admet de rares départs prématurés, alléguant avoir alors compensé ceux-ci en prenant une pause plus courte à midi, point qui n'est toutefois pas démontré. Compte tenu des départs prématurés admis par l'appelant (deux fois à 17h30 et une fois à 18h) et de ceux indiqués par son supérieur hiérarchique ("parfois" à 17h30 pour se rendre chez son dentiste, dont le premier jour de la Foire de Genève, où il est arrivé "en retard"), la Cour retiendra (prenant pour base un horaire de 8h15 à 12h15 et de 14h15 à 18h15), que l'appelant a compensé en temps libre 45+45+15 minutes en relation avec ses obligations de juge prud'homme (deux départs à 17h30 et un départ à 18h) et 45+45 minutes en relation avec des rendez-vous de dentiste (deux départs à 17h30 entre le 13 et le 28 novembre 2007), soit en totalité 195 minutes ou 3h45. Sur ce point, le témoignage du collègue partageant le bureau de l'appelant est écarté, ce dernier ne pouvant savoir si l'appelant quittait son lieu de travail pour vaquer à ses propres occupations ou pour se rendre chez un client.

Le contrat de travail prévoyant, alternativement, la compensation des heures supplémentaires par du temps libre ou la rémunération de celles-ci, l'intimée supporte les conséquences de l'absence de tenue d'un tableau listant les heures compensées, au-delà de celles retenus ci-dessus. Aucun paiement à ce titre n'ayant au surplus été ni effectué, ni même allégué, la demande d'indemnisation est fondée, à concurrence de 25h sous déduction de 3h45 compensées en temps libre, soit 21h15 (ou 21,25). Le montant dû correspond ainsi, compte tenu d'une majoration de 25% selon l'art. 321 al. 3 CO, à: salaire mensuel de fr. 5'500.- /4.33 semaines / 40 heures hebdomadaires, d'où un tarif-horaire de fr. 31.80, x 125% x 21,25 = fr. 844.70 brut, ce montant portant intérêts à 5% l'an dès le

5 décembre 2007, jour suivant l'échéance des rapports de travail. L'intimée sera invitée à procéder, sur ce montant, aux déductions légales et sociales usuelles.

Sur ce point, l'appel est fondé et la prétention doit être admise.

3. L'appelant réclame la condamnation de l'employeur à lui verser des dommages-intérêts et/ou indemnité pour tort moral de fr. 15'000.- nets avec intérêts à 5% l'an dès le 28 novembre 2007, en faisant valoir que l'intimée, en application de l'art. 328 CO, doit être tenue pour responsable du comportement du collègue qui l'a agressé pendant le travail et que les conséquences de cette agression justifient l'allocation d'une indemnité pour tort moral..

**3.1** L'art. 328 al. 1 CO fait obligation à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur, de manifester les égards voulus pour sa santé et de veiller au maintien de la moralité. Ainsi, l'employeur qui n'empêche pas que son employé subisse des atteintes à sa personnalité dans le cadre de son travail contrevient à l'art. 328 CO et engage sa responsabilité contractuelle (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 73, traitant d'un cas de mobbing).

L'employeur doit non seulement s'abstenir lui-même d'actes contraires à la personnalité du travailleur, mais aussi prendre des mesures permettant de protéger la personnalité du travailleur d'atteintes de la part de ses supérieurs ou d'autres membres du personnel (ATF 127 III 351 consid. 4b/cc et réf. citées; ATF 125 III 351 consid. 4b/cc) et, si le dommage ou le tort moral a été causé par un autre employé, l'employeur en répond contractuellement selon les règles sur la responsabilité pour les auxiliaires (art. 101 CO; ATF 130 III 699 consid. 5.1 et réf. citées). Il ne suffit donc pas que l'employeur ait pris toutes les mesures nécessaires pour éviter la réitération d'une précédente atteinte et il répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire (arrêts du Tribunal fédéral 4A.128/2007, consid.2.4; 4C.343/2003, consid. 4.2 in fine).

Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 al. 1 CO 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; ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; ATF 127 III 351 consid. 4b/cc et réf. citées; ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74; arrêt du Tribunal fédéral C.526/1983, paru in SJ 1984 p. 554, consid. 2a). Pour justifier l'allocation d'une telle indemnité, la constatation d'une violation de l'art. 328 CO n'est pas suffisante; il faut encore que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces

circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation, enfin que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (ATF 130 III 699 consid. 5.1; 102 II 211 consid. 9; arrêt C.526/1983 du 4 avril 1984, reproduit in SJ 1984 p. 554, consid. 2b).

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 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 129 IV 22 consid. 7.2 p. 36). 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; elle doit toutefois être équitable (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704 s.).

**3.2** En l'espèce, le 28 novembre 2007, l'appelant a été physiquement agressé par un collègue (qui lui reprochait de l'empêcher de travailler par d'incessants bavardages et d'inciter d'autres employés à organiser un "sit-in", voire une grève, pour protester contre des retards dans le paiement des salaires) qui lui a administré un soufflet sur la partie gauche du visage de manière suffisamment violente pour provoquer la luxation de trois dents supportant un pont et la rupture de ce dernier. Une violation de la personnalité de l'appelant, qui a subi des lésions physiques, doit ainsi clairement être admise au sens de l'art. 328 CO.

Certes, les faits se sont déroulés non pas sur le lieu même du travail, mais sur la voie publique devant celui-ci; toutefois, l'agression a eu lieu durant l'horaire de travail (ce qui résulte du fait que tant l'appelant et son agresseur que les employés ayant assisté aux faits et le coordinateur de l'entreprise se trouvaient alors à leur place de travail), alors que l'appelant était temporairement sorti du bureau partagé avec l'agresseur pour des motifs qui n'ont pas été clairement élucidés; son collègue l'a alors rejoint, quittant à son tour le bureau commun, puis l'a frappé comme indiqué ci-dessus. La Cour retient dès lors que l'agression a bien eu lieu dans le cadre du travail et que l'intimée, qui n'a pas apporté la preuve libératoire autorisée par l'art. 101 CO (à savoir qu'elle n'aurait pas été tenue pour responsable si son propre comportement avait été identique, critère de la faute hypothétique, ATF 130 III 591, consid. 5.5.4 et réf. citées) répond de la violation commise par son employé, même si celui-ci n'a précédemment jamais commis d'actes de violence sur le lieu de travail et que son attitude était ainsi difficilement prévisible.

Immédiatement après l'agression, l'appelant était paniqué, choqué et pleurait; il a présenté "d'importantes contusions" de la face et une atteinte à la main droite

(provenant "plutôt" d'une chute que de l'agression elle-même), et ses douleurs ont rendu nécessaire une antalgie régulière pendant plusieurs semaines. A cela se sont ajoutées une luxation de trois dents supportant un pont, ce qui a nécessité un traitement dentaire non négligeable, et une aggravation (ou rechute) d'un état dépressif préexistant. Enfin, non seulement aucune excuse ne lui a été présentée, ni par l'auteur de l'agression, ni par l'intimée, mais cette dernière a au contraire minimisé l'agression (en lui disant qu'il ne fallait pas dramatiser). Même si l'auteur a, à la suite de ces faits, reçu un avertissement avec menace de résiliation et a été condamné pénalement pour voies de fait, ces conséquences présentent tant objectivement que subjectivement une gravité suffisante pour justifier l'octroi d'une indemnité pour tort moral; la quotité de celle-ci, compte tenu de ce qui précède, du fait que le traumatisme moral subi par l'appelant est en partie alourdi par un état psychique fragile préexistant et que l'attitude de son collègue était difficilement prévisible pour l'employeur, sera arrêtée à ½ mois de salaire, soit 2'750 fr. net avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, jour suivant l'expiration des rapports de travail.

4. L'appelant réclame encore fr. 16'500.- net avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

**4.1** L'intimée soutient que cette conclusion est irrecevable, l'appelant ne s'étant pas opposé au congé dans le délai prescrit par l'art. 336b al. 1 CO.

**4.1.1** A teneur de l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 3236a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. L'exigence ainsi posée, qui institue un délai de péremption, a pour but de permettre aux parties de trouver un accord transactionnel avant l'intentât d'une action en justice. La Cour d'appel (CAPH/219/2008), se ralliant sur ce point à la doctrine très largement majoritaire (STREIFF/ VON KAENEL, Le contrat de travail, n. 3 ad art. 336b CO, p. 711 et les réf; STAEHELIN, Comm. zurichois, n. 3 ad art. 336b CO; ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, 1997, p. 309; WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd, p. 555; DUC/SUBILIA, Comm. du contrat individuel de travail, 1998, p. 425 no 6; BRÜHWYLER, Komm. zum Einzelarbeitsvertrag, n. 1 ad art. 336b CO), considère que la condition posée à l'art. 336b al. 1 CO est soumise à la théorie de la réception applicable de manière générale aux manifestations de volonté: le délai prescrit n'est donc respecté que si l'opposition à la résiliation parvient en temps utile dans la sphère de possession du destinataire. Une autre décision cantonale a retenu la même solution (ZR 96 no 85).

La seule demande de motivation est insuffisante, et pour valoir opposition, il faut à tout le moins que le courrier (qui peut ne contenir aucune motivation) contienne une remarque, même incidente, susceptible de faire comprendre le désaccord avec la résiliation du contrat (ATF 123 III 246 consid. 4c et réf. citées).

**4.1.2** En l'espèce, le courrier adressé à l'intimée par le syndicat représentant l'appelant le 30 novembre 2007 ne mentionne certes pas expressément que l'appelant fait opposition au congé; il indique cependant de manière dépourvue d'ambiguïté que l'appelant tient le congé pour "inacceptable" et "arbitraire"; à cela s'ajoute que l'employeur est invité à réparer le tort subi en versant une indemnité correspondant à six mois de salaire, soit au montant maximum prévu par l'art. 336a al. 2 CO. Ces mentions sont suffisantes et considérer ce courrier comme ne valant pas opposition au sens de l'art. 336b al. 1 CO serait faire preuve de formalisme excessif. L'intimée n'a pour le surplus jamais soutenu avoir reçu ce courrier postérieurement au 4 décembre 2007 et l'action a ensuite été introduite dans le délai de péremption de 180 jours prescrit par l'art. 336b al. 2 CO.

La conclusion est dès lors recevable.

**4.2** Est abusif le congé donné pour un des motifs énumérés à l'article 336 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit, et y assortit les conséquences juridiques adaptées au contrat de travail (ATF 125 III 70 ; ATF 123 III 246, consid. 3b); en particulier, est abusif le congé donné par une partie parce que l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat (congé-représailles). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est toutefois pas exhaustive et l'abus du droit de résiliation peut également se révéler dans des situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées (ATF 132 III 115 ; 131 III 535). En particulier, l'abus ne résulte pas nécessairement du motif de résiliation, mais peut résider dans ses modalités; en effet, la partie qui met fin au contrat, même pour un motif légitime, est tenue d'exercer son droit avec des égards et s'abstenir de tout comportement trompeur ou violant manifestement le devoir imposé à l'employeur de respecter et de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO); en revanche, un comportement de l'employeur simplement discourtois ou indélicat est insuffisant, car il ne ressortit pas à l'ordre juridique de sanctionner une telle attitude (arrêt du Tribunal fédéral 4C.25/2006 consid. 2).

Selon l'art. 336a al. 1 et 2 CO, la partie qui a résilié abusivement doit à l'autre une indemnité à fixer par le juge et correspondant à six mois de salaire au plus. Le montant doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. Il faut notamment prendre en considération la gravité de la faute

commise par l'employeur, une éventuelle faute concomitante du travailleur, la gravité de l'atteinte à sa personnalité, son âge, la durée et l'intensité de la relation de travail, les effets du licenciement et les difficultés de réinsertion dans sa vie économique (ATF 123 III 391 consid. 3; voir aussi ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255).

**4.3** En l'espèce, l'appelant ne saurait être suivi, lorsqu'il soutient avoir été licencié au motif que lors de l'entretien du 28 novembre 2007, il faisait valoir de bonne foi des prétentions découlant du contrat de travail (art. 336 al. 1 litt. d CO). Il résulte en effet des déclarations du directeur de l'intimée, concordantes sur ce point avec celles du témoin C\_\_\_ ainsi qu'avec celles du témoin A\_\_\_, consulté sur le sujet avant l'agression déjà, que la décision de licenciement était déjà prise au moment où l'appelant s'est rendu dans le bureau du directeur de l'intimée immédiatement après l'agression du 28 novembre 2007. Le motif du licenciement invoqué (inadéquation au poste, insuffisance du chiffre d'affaires, plaintes au sujet de la propension de l'appelant à déranger constamment ses collègues) est confirmé par plusieurs témoins et ne saurait dès lors être considéré comme un simple prétexte.

L'attitude du directeur de l'intimée lors de l'entretien du 28 novembre 2007 constitue toutefois une violation de l'art. 328 CO. En effet, après avoir, comme indiqué au considérant 3.2 *supra*, minimisé l'agression dont l'appelant venait d'être victime, celui-ci a non seulement négligé (en le qualifiant de "comédie") l'état de choc dans lequel se trouvait l'appelant (lequel, selon le témoin ayant assisté à l'entretien, pleurait et était "très marqué moralement"), mais a choisi, sans qu'aucune urgence de le justifiait, ce moment précis pour lui notifier un licenciement prenant effet sept jours plus tard, car intervenu pendant le temps d'essai. Cette attitude ne peut être qualifiée de seulement discourtoise ou indélicate, mais relève d'un comportement totalement dépourvu d'égards envers l'appelant, constitutif d'une atteinte à la personnalité de ce dernier.

Ce comportement justifie de qualifier le congé d'abusif, ce qui conduit à allouer à l'appelant une indemnité au sens de l'art. 336a al. 1 et 2 CO.

Compte tenu d'une part de l'aggravation (respectivement rechute) de sa dépression préexistante, consécutive non seulement à l'agression subie, mais à l'annonce du licenciement le même jour, de la durée de l'incapacité de travail qui s'en est suivie, d'autre part du fait que malgré son âge (56 ans au moment du licenciement) l'appelant a ensuite rapidement retrouvé du travail (en septembre 2008), enfin de la très courte durée des rapports de travail (moins d'un mois au moment de la notification du licenciement), ladite indemnité sera fixée à ½ mois de salaire, soit

2'750 fr. net, avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, jour suivant l'expiration des rapports de travail.

5. L'appelant réclame enfin fr. 8'971.40 net avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2008 (date moyenne), à titre de pertes d'indemnités journalières pour les mois de juillet et août 2008, au motif que l'intimée, en violation de l'art. 331 al. 4 CO, ne l'a pas informé de son droit de passage de l'assurance collective perte de gain en cas de maladie conclue avec la ZURICH à une assurance individuelle couvrant le même risque.

**5.1** L'intimée soutient que cette question échappe à la compétence de la juridiction des prud'hommes, dans la mesure où le problème litigieux consiste à déterminer si, au-delà du 30 juin 2008, l'appelant pouvait prétendre à des indemnités perte de gain consécutives à un accident ou à une maladie.

Elle ne saurait être suivie. En effet, l'appelant réclame *in casu* des dommages-intérêts à son ancien employeur, consécutifs à une violation par ce dernier du devoir d'information prévu à l'art. 331 al. 4 CO. Cette prétention découle ainsi directement du rapport de travail et la juridiction des prud'hommes est dès lors bien compétente pour en connaître, *ratione materiae* (art. 1 al. 1 LJP).

**5.2** Norme relativement impérative, à savoir à laquelle il ne peut être dérogé en défaveur du travailleur, l'art. 331 al. 4 CO fait obligation à l'employeur de renseigner le travailleur sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle, ou en faveur du personnel, ou envers un assureur.

Cette obligation se comprend, dans la mesure où les droits du travailleur, en particulier dans le cadre d'une assurance perte de gain collective conclue par l'employeur, dépendent du caractère du contrat conclu par l'assureur (Lamal ou LCA); dans le premier cas, le droit aux prestations s'éteint en effet avec la cessation des rapports de travail et, si l'incapacité de travail perdure au-delà de cette date, les prestations ne peuvent plus être fournies que si le travailleur concerné reste assuré, par son passage dans l'assurance individuelle auprès du même assureur (régime de l'affiliation); dans le second cas, en revanche, si l'assurance perte de gain est soumise au régime de la LCA, si le sinistre est survenu pendant la période de couverture, la durée des prestations est celle contractuellement prévue, que le rapport de travail existe encore ou non, sauf clause contractuelle prévoyant le contraire (ATF 127 III 106 consid. 3b; plus récemment: arrêt du Tribunal fédéral 4A\_186/2010, consid. 3).

**5.3** En l'espèce, l'appelant était couvert par la SUVA pour le risque découlant d'un accident, et cette institution lui a versé des indemnités journalières à ce titre jusqu'à fin juin 2010, considérant que depuis cette date, l'état dépressif de l'appelant n'était plus en lien de causalité avec le sinistre (soit l'agression survenue le 18 novembre 2007), mais relevait d'un état maladif.

Il était d'autre part au bénéfice d'une assurance perte de gain en cas de maladie collective conclue par l'intimée, laquelle était soumise à la LCA et à des CGA prévoyant que la couverture d'assurance prenait fin avec l'expiration des rapports de travail (sortie de l'employé du cercle des assurés), l'employé bénéficiant dans ce cas d'un droit de passage dans l'assurance individuelle, à faire valoir par écrit dans les trois mois et l'employeur étant tenu d'informer l'employé dudit droit en temps utile.

Il résulte de ce qui précède que l'appelant aurait pu bénéficier d'indemnité perte de gains pour cause de maladie dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008, si l'employeur l'avait régulièrement informé de son droit de passage dans l'assurance individuelle, ce qu'il n'a pas fait, en violation de ses obligations contractuelles (art. 331 al. 4 CO).

Il doit ainsi réparation à l'appelant du dommage causé, qui consiste aux indemnités perte de gain pour les mois de juillet/août 2008, correspondant à 80% de son salaire, soit à fr. 8'971.40 net avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2008 (date moyenne), comme réclamé.

Le fait que l'appelant n'ait pas recouru contre la décision de la SUVA lui refusant toute prestation au-delà du 1<sup>er</sup> juillet 2008 ne saurait être considéré comme une faute concomitante conduisant à réduire les dommages-intérêts alloués, cette décision étant difficilement contestable au regard de la théorie de la causalité dépassée.

- 6.** L'appel est partiellement fondé et le jugement attaqué doit être modifié en ce sens que l'intimée est condamnée à verser à l'appelant, en sus de la somme de fr. 1'679.55 reconnue, d'ores et déjà allouée et payée, les sommes suivantes:
- fr. 844.70 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, l'intimée étant invitée à procéder à toutes déductions légales et sociales;
  - fr. 5'500.- net avec intérêts à 5% dès le 5 décembre 2007;
  - fr. 8'971.40 net avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2008.

L'issue du litige, l'appelant obtenant environ 30% des prétentions qu'il faisait valoir en appel, conduit à laisser à sa charge l'émolument d'appel versé (fr. 440.-)

à concurrence de fr. 300.- et à condamner l'intimée à lui rembourser fr. 140.- à ce titre.

Il n'est pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

Pour éviter toute ambiguïté, le jugement attaqué sera complètement annulé et reformulé.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_ contre le jugement TRPH/159/2009, rendu le 11 mars 2009 par le Tribunal des prud'hommes, groupe 3, dans la cause C/11654/2008-3.

#### **Au fond :**

Annule ce jugement et, statuant à nouveau:

Donne acte aux parties de ce qu'E\_\_\_ SA a d'ores et déjà versé à T\_\_\_ le montant de fr. 1'679.55 reconnu en première instance.

Condamne E\_\_\_ SA à verser en outre à T\_\_\_ les montants suivants:

- fr. 844.70 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 5 décembre 2007, l'intimée étant invitée à procéder à toutes déductions légales et sociales;

- fr. 5'500.- net avec intérêts à 5% dès le 5 décembre 2007;

- fr. 8'971.40 net avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2008.

Laisse à la charge de T\_\_\_ l'émolument d'appel versé (fr. 440.-) à concurrence de fr. 300.- et condamne E\_\_\_ SA à rembourser à T\_\_\_ fr. 140.- à ce titre.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente