



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/13127/2006 - 5

* COUR D'APPEL*

(CAPH/100/2007)

Monsieur T_____

EMS E_____ SA

Dom. élu : Me Olivier CARRARD

Cours des Bastions 14

Case postale 401

1211 Genève 12

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 19 juin 2007

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Edouard BORLOZ et Daniel FORT, juges employeurs

MM. Francis KOHLER et Robert STUTZ, juges salariés

Mme Aurélie SIMONET, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 16 novembre 2006, T_____ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 16 octobre 2006 par le Tribunal des prud'hommes et notifié aux parties le 17 octobre 2006 le déboutant de toutes ses conclusions.

a) T_____ conclut à l'annulation du jugement et à ce que l'EMS E_____ SA soit condamnée au paiement de fr. 31'746.60 à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

b) En réponse, l'EMS E_____ SA conclut au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) L'EMS E_____ SA est une société anonyme de droit suisse ayant pour but l'exploitation d'un établissement médico-social pour personnes âgées.

Par contrat de travail du 3 octobre 2000, T_____ a été engagé par L'EMS E_____ SA en qualité d'aide soignant qualifié (classe 5 – annuité 3) à temps plein à compter du 1^{er} novembre 2000. Son salaire mensuel brut s'élevait à fr. 4'095,60 auquel s'ajoutaient des indemnités de service.

Le contrat spécifiait que les conditions de travail étaient réglées par la Convention collective de travail des établissements médico-sociaux et que ce document avait été porté à la connaissance de T_____ et accepté par lui.

b) Par courrier du 21 octobre 2002, T_____ a résilié son contrat de travail le liant à l'EMS E_____ SA pour le 31 décembre 2002.

Le certificat de travail émis par l'EMS E_____ SA en date du 31 décembre 2002 relevait que T_____ s'était acquitté de ses tâches à son entière satisfaction et relevait son caractère avenant et agréable.

c) En février 2003, T_____ a à nouveau offert ses services à EMS E_____ SA.

Par nouveau contrat de travail du 17 février 2003, l'EMS E_____ SA a engagé T_____ en qualité d'aide-soignant qualifié à 100% à compter du 1^{er} mars 2003. Son salaire mensuel brut s'élevait à fr. 4'981,75 auquel s'ajoutaient des indemnités de service.

Le contrat se référait expressément à la Convention collective de travail des établissements médico-sociaux, laquelle était connue et acceptée par T_____.

En novembre 2003, en application de la Convention collective de travail des établissements médico-sociaux, T_____ est passé en classe de fonction 7 avec annuité 7. Son dernier salaire brut s'est élevé à fr. 5'291,10.

d) Le 9 juin 2003, alors qu'il pratiquait du roller, T_____ a subi un accident lequel l'a atteint à son genou gauche et a causé son incapacité totale de travail jusqu'au 28 juillet 2003.

Par la suite, le médecin de T_____ a diagnostiqué un problème congénital au niveau de ses hanches.

e) A compter du 1^{er} septembre 2004, T_____ s'est trouvé en incapacité totale de travailler pour cause de maladie.

Le 13 septembre 2004, T_____ a repris son travail au taux d'activité de 20%.

Le 6 octobre 2004, T_____ s'est retrouvé en incapacité totale de travail jusqu'au 31 décembre 2004.

Courant octobre 2004, divers échanges ont eu lieu entre T_____, son employeur ainsi que le médecin traitant de T_____.

Le médecin recommandait à T_____ de prendre des vacances pendant son incapacité de travail alors que l'EMS E_____ SA refusait au motif que l'incapacité de travail de T_____ n'était pas compatible avec l'octroi de vacances.

f) Par courrier du 7 octobre 2004, T_____ a écrit à son employeur en indiquant qu'il s'était senti fortement agressé et blessé par les propos tenus et qu'il cherchait seulement à comprendre la situation et à donner un sens aux arguments contradictoires de son médecin et de son employeur.

T_____ concluait en remerciant son employeur pour sa compréhension et sa sympathie.

Par courrier du 13 décembre 2004, T_____ a fourni à son employeur un nouveau certificat médical attestant d'une incapacité totale de travail à compter du 1^{er} janvier 2005. T_____ indiquait qu'il était en négociation avec ses médecins et chirurgiens en vue de la fixation d'une date pour la pose d'une prothèse totale de la hanche et qu'il informerait son employeur de la date, étant précisé que le délai d'attente était d'au moins quatre mois.

Par courrier du 8 mars 2005 adressé à l'assurance perte de gain, T_____ a indiqué que l'intervention pour la pose d'une prothèse totale de la hanche était prévue pour le 31 mai 2005 à l'Hôpital cantonal de Genève. A ce courrier était annexé un certificat l'autorisant à quitter Genève dans l'intervalle.

En avril 2005, T_____ s'est rendu au Japon où il a séjourné durant trois semaines.

g) Par courrier du 3 mai 2005, l'EMS E_____ SA s'est enquis de l'état de santé de son employé indiquant « *en effet, nous recevons mensuellement, comme vous l'avait indiqué l'assurance Generali, vos certificats médicaux, mais nous sommes dans la plus totale expectative quant à l'intervention chirurgicale dont vous nous parliez dans votre courrier du 13 décembre 2004, ainsi que des suites éventuelles sur votre fonction d'aide-soignant* ».

Par lettre du 15 mai 2005, T_____ a répondu qu'il avait pourtant envoyé à son employeur une copie de la convocation à l'opération prévue le 31 mai 2005 et que l'adjoint du directeur lui avait confirmé par téléphone qu'il avait bien reçu son envoi.

Par courrier du 24 mai 2005 adressé à T_____, l'EMS E_____ SA a indiqué qu'elle était sans nouvelles de l'évolution de son état de santé depuis le mois de décembre 2004 et regrettait de n'avoir jamais eu de nouvelles quant à la durée de son absence et quant à ses perspectives de reprise, la convocation en vue de l'opération ne permettant nullement de présager l'avenir.

Il était rappelé qu'à fin novembre 2004, les propos de T_____, corroborés par ceux de son médecin traitant, laissaient malheureusement entendre l'éventualité d'un reclassement professionnel alors qu'un contact téléphonique plus récent avec Monsieur C_____, adjoint de direction, laissait désormais envisager la possibilité d'une reprise de son activité d'aide-soignant.

La lettre relevait en outre le ton désobligeant du courrier de T_____ du 15 mai 2005 et indiquait que les sous-entendus y contenus étaient inacceptables. Enfin, l'EMS E_____ SA exprimait à T_____ ses vœux pour sa prochaine opération.

h) Le 31 mai 2005, T_____ a subi l'intervention chirurgicale projetée auprès des Hôpitaux Universitaires de Genève.

Le certificat délivré par le médecin des Hôpitaux Universitaires de Genève le 6 juin 2005 attestait de l'incapacité totale de travail de T_____ jusqu'au 1^{er} septembre 2005, date à laquelle sa capacité de travail serait pleine.

Le 29 août 2005, le médecin traitant de T_____ a toutefois certifié que la capacité de travail de T_____ était nulle du 1^{er} septembre au 30 septembre 2005 et devrait être de 100% à compter du 30 septembre 2005.

i) T_____ a repris son travail d'aide-soignant à compter du 3 octobre 2005 au taux de 50% et ce, jusqu'au 31 octobre 2005.

Le 2 novembre 2005, suite à la réception d'un nouveau certificat médical indiquant une prolongation de l'incapacité de travail à 50% jusqu'au 3 décembre 2005, l'EMS E_____ SA a écrit à T_____ :

" Nous ne remettons nullement en cause vos problèmes de santé actuels, et sommes totalement conscients des difficultés que vous éprouvez à retrouver un meilleur état général.

Néanmoins, nous voulons vous signaler par la présente les problèmes que pose une telle situation, notamment dans l'organisation de votre service, ce d'autant plus que les fêtes de fin d'année approchent à grands pas.

Vous comprendrez que cette situation, pénible pour tous, ne pourra perdurer éternellement ».

j) Le 16 novembre 2005, dans une lettre libellée « organisation du travail et respect de ma personnalité » adressée à M. D_____, directeur de l'EMS E_____ SA, T_____ a fait part de divers griefs envers son employeur.

T_____ a exprimé en substance qu'il ne s'était pas senti soutenu par son employeur lorsque son état de santé était au plus mal, qu'on lui faisait sentir que son taux d'activité à 50% perturbait l'organisation du travail et qu'il subissait constamment des reproches et des pressions. T_____ se plaignait qu'alors que son état de santé ne lui permettait pas de travailler à 100%, il voyait ses droits se réduire, et n'était ainsi plus en mesure de prendre ses pauses et ses vacances et ne pouvait travailler le week-end. En outre, ses horaires de travail étaient sans cesse modifiés sans consultation préalable.

T_____ concluait en demandant à ce que sa personnalité soit respectée et que les pressions et reproches à son encontre cessent. A défaut, il envisagerait toute mesure pour défendre ses droits.

Le 22 novembre 2005, T_____ a été convoqué à un entretien en présence de M. D_____, directeur. A l'issue de cet entretien, T_____ s'est vu notifier son licenciement avec effet au 28 février 2006.

Cette décision a été confirmée par pli recommandé du 23 novembre 2005 libellée comme suit :

« Par la présente, nous vous confirmons les termes de l'entrevue du 22 courant avec le soussigné de gauche, celle-ci faisant suite au courrier que vous nous avez adressé le même jour.

Les accusations que vous portez dans celui-ci sont inacceptables et dénuées de tout fondement. Qui plus est, votre interprétation des événements est totalement fausse.

Vous prétendez que vos plannings sont continuellement changés alors que c'est suite aux prolongations successives de votre arrêt de travail à 50% que ceux-ci ont du être refaits pour la totalité de l'équipe du Salève.

Vous revendiquez un droit aux vacances alors que vous avez repris le travail à 50% le 3 octobre, et que vous totalisez à ce jour 17 jours de travail pour 2005. En ce qui concerne les pauses, celles-ci sont accordées à bien plaisir, pour autant que l'on effectue une journée normale de travail.

Les propos que vous employez dans vos divers courriers (cf. lettres du 13 mai 2005 et du 16 novembre 2005) sont intolérables, à la limite de l'arrogance, et mettent gravement en cause notre institution et ses responsables ».

k) Par pli LSI du 30 novembre 2005, par l'intermédiaire du Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs, T_____ a fait opposition à son licenciement en indiquant que les demandes qu'il avait formulées dans son courrier du 16 novembre 2005 étaient assimilables à des prétentions résultant du contrat de travail. Il en déduisait que son licenciement apparaissait, pour ce motif, comme étant abusif.

T_____ sollicitait des garanties quant à la protection de sa personnalité et, dans l'hypothèse où l'EMS E_____ SA maintenait sa décision de le licencier, une libération de son obligation de travailler pendant le délai de congé.

Le 16 décembre 2005, l'EMS E_____ SA a maintenu le congé notifié à T_____ tout en indiquant qu'aucune mesure particulière n'était à entreprendre en vue de préserver la personnalité de T_____ dès lors qu'il était traité de la même manière que ses collègues, normale et saine dans le cadre de son activité professionnelle. Par ailleurs, T_____ n'était pas libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé.

l) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 30 mai 2006, T_____ a réclamé le paiement de la somme de fr. 31'746,60 avec

intérêts à 5% l'an à compter du 28 février 2006 à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

Il reproche à l'EMS E_____ SA de lui avoir signifié son licenciement sans avoir respecté les règles en matière de sanctions prévues par l'article 8 de la Convention collective de travail pour les employé-e-s des établissements médico-sociaux du canton de Genève accueillant des personnes âgées.

T_____ a expliqué que lorsqu'il avait repris son emploi à 50% en octobre 2005, on lui avait fait comprendre que cet horaire posait problème du point de vue de l'organisation de l'établissement. Il a aussi indiqué avoir été pénalisé en raison de son taux d'activité réduit et qu'il avait ainsi dû reprendre son travail avec un horaire de 09h00 à 13h00, horaire différent de celui qui existait dans l'établissement, soit de 07h00 à 11h00 et de 16h00 à 20h00.

T_____ espérait, à son retour au travail, un horaire de 07h00 à 11h00. Il avait fixé ses rendez-vous médicaux en conséquence. Finalement, sur sa demande, son employeur lui avait accordé l'horaire souhaité les mardis et les vendredis. Il a indiqué qu'il ne savait pas par avance quel horaire il devait effectuer les lundis, mercredis et jeudis. Lorsqu'il devait travailler l'après-midi, il n'y avait pas de problème car l'horaire était toujours de 16h00 à 20h00.

T_____ a encore indiqué qu'il n'avait jamais revendiqué de pauses ou de vacances mais avait simplement souligné que des remarques lui avaient été constamment faites en raison de son taux d'activité. S'il prenait son service à 09h00, il ne pouvait prendre une pause durant l'heure habituellement réservé à celle-ci, soit de 9h30 à 9h40, car il se trouvait en plein travail à ce moment-là. Dans un premier temps, il en avait pris à d'autres moments avant qu'on ne lui en fasse le reproche vu son taux d'activité réduit.

Enfin, T_____ a allégué qu'il lui avait été reproché de travailler les week-ends.

m) En réponse, l'EMS E_____ SA a contesté le caractère abusif du congé signifié à T_____. Elle a contesté en particulier que ce dernier ait subi un régime

défavorable en raison de son incapacité partielle de travail. Elle a conclu au déboutement de T_____.

L'EMS E_____ SA a expliqué qu'en octobre 2004, le médecin de T_____ ainsi que le directeur de EMS E_____ SA, avaient évoqué la possibilité d'un reclassement professionnel de T_____ en raison de sa santé. Elle pensait ainsi que T_____ ne reprendrait pas son emploi en qualité d'aide-soignant, ce d'autant plus qu'elle n'avait plus de contacts avec lui, hormis l'envoi régulier de certificats médicaux.

L'EMS E_____ SA a aussi reconnu avoir reçu une copie de la convocation de T_____ en vue de l'intervention chirurgicale du 31 mai 2005.

Suite à cette opération, l'EMS E_____ SA avait considéré que T_____ reprendrait son travail à 100% à compter du 1^{er} septembre 2005. Par la suite, elle a reçu un nouveau certificat attestant d'une incapacité de travail d'un mois avec une reprise possible le 3 octobre 2005. A fin septembre 2005, lorsqu'un nouveau certificat attestant d'une reprise à compter du 3 octobre 2005 à 50% avait été délivré, l'EMS E_____ SA avait dû réaménager le planning en vue d'assurer le travail du matin au soir, ce qui avait nécessité de faire travailler T_____ durant le premier week-end d'octobre seulement et pas les week-ends suivants en raison des effectifs réduits du week-end par rapport à la semaine.

L'EMS E_____ SA a en outre expliqué que tous les employés effectuent des journées de huit heures et ce, même s'ils travaillent à 60% ou à 80%. Ceci n'était pas possible pour des employés en incapacité de travail pour cause de maladie à 50%, ceux-ci ne pouvant travailler huit heures d'affilée.

n) Entendue comme témoin, M_____, infirmière responsable, a indiqué avoir eu T_____ sous ses ordres à son retour au travail en octobre 2005 et a confirmé que sa reprise à 50% avait été problématique au niveau de l'organisation des horaires et qu'elle avait dû refaire les plannings qui étaient préparés cinq à six semaines à l'avance pour une équipe de quinze personnes.

Elle a aussi expliqué avoir dû refaire les plannings pour permettre à T_____ de travailler pendant quatre heures par jour, ce qui avait péjoré la réalisation des désirs et des besoins d'autres membres de l'équipe.

M_____ a encore indiqué que pendant une semaine difficile, les horaires de T_____ avaient dû être modifiés en raison de nombreuses maladies et absences d'autres membres du personnel. Elle a fait état d'une mauvaise entente entre elle-même et son infirmière responsable qui faisait parfois des changements aux plannings sans la consulter auparavant.

M_____ a expliqué que les quinze personnes de son équipe sont actives toute l'année sept jours sur sept. Cette équipe est en charge de l'Unité Salève qui s'occupe de personnes âgées nécessitant une attention vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Ce service était difficile, mais le travail se faisait par équipes de deux personnes.

Selon elle, elle s'est toujours efforcée de répondre aux besoins de T_____ et que s'il ne pouvait pas être fait droit à une de ses demandes, c'est qu'elle ne pouvait pas faire autrement en raison d'autres collaborateurs ou par rapport à l'organisation générale de l'établissement.

- C. L'appelant conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes et à la condamnation de l'intimée à verser fr. 31'746.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir pris en considération le fait que, dans la lettre de licenciement du 22 novembre 2005, l'intimée s'était expressément référée au courrier qu'il lui avait adressé le 16 novembre 2005. Il considère que cet élément démontre que son licenciement est intervenu en représailles de ses revendications. Pour l'appelant, le court laps de temps qui sépare l'expression de ses prétentions découlant du contrat de travail et son licenciement est un indice du lien de causalité qui lie ces deux événements.

L'appelant reproche aussi au Tribunal des prud'hommes d'avoir considéré qu'il

avait bénéficié de la patience et de la compréhension de son employeur avant que ce dernier ne fasse prévaloir son intérêt au bon fonctionnement de son établissement en le licenciant. Pour l'appelant, le fait que l'employeur aurait eu un motif au moment du licenciement ou avant celui-ci pour le licencier sans commettre un abus, ne saurait réparer l'abus qu'il impute à l'employeur.

S'agissant de la manière avec laquelle l'appelant a fait connaître à son employeur ses prétentions, elle s'explique, selon lui, par la situation éprouvante dans laquelle il se trouvait et notamment le sentiment qu'il était rendu responsable d'une maladie congénitale particulièrement insupportable.

L'appelant explique encore qu'il faisait valoir des prétentions découlant du contrat de travail en réclamant, en application de la CCT, de connaître un mois à l'avance la planification horaire pour pouvoir organiser sa vie et en demandant de bénéficier, comme ses collègues, d'une pause après quatre heures.

- D.** L'intimée conclut au déboutement de l'appelant et à la confirmation du jugement. L'intimée a également sollicité la réouverture des enquêtes.

Elle explique que le licenciement de l'appelant avait pour cause l'attitude vindicative et peu reconnaissante, empreinte d'un manque de courtoisie, de l'appelant envers son employeur, ainsi que les difficultés organisationnelles rencontrées en raison du taux d'activité de celui-ci. Selon l'intimée, le licenciement n'est pas lié aux prétendues revendications découlant du contrat de travail et de la Convention collective.

Selon l'intimée toujours, l'appelant est mal venu de se plaindre que les planifications horaires lui ont été communiquées dans des délais plus brefs que ceux prévus par la Convention collective alors qu'il était à l'origine de cette situation.

L'intimée rappelle également que c'est l'appelant qui a d'abord démissionné pour demander, un an plus tard, à être réengagé à bien plaisir.

L'intimée reproche aussi à l'appelant de ne pas avoir agi de bonne foi en formulant des prétentions sur un ton insultant et menaçant et dans le but de se prémunir contre un licenciement en soi admissible.

E. La Cour a procédé à l'audition des parties qui ont persisté dans leurs conclusions respectives.

a) D_____ a expliqué, pour l'EMS E_____, que le livret du personnel prévoit une pause d'un quart d'heure lorsque le collaborateur travaille 8 heures.

b) T_____ a expliqué qu'il n'avait pas connaissance du livret du personnel et qu'il ignorait qu'une pause d'un quart d'heure n'était accordée qu'aux collaborateurs travaillant à plein temps. Il a aussi indiqué que les modifications de planning étaient le fait de l'infirmière-chef qui avait des difficultés de communication avec M_____.

c) La Cour a aussi procédé à l'audition de deux témoins :

- P_____, infirmière, a expliqué qu'elle avait été responsable de secteur à l'EMS E_____ jusqu'en 2004. Elle avait alors T_____ sous sa responsabilité. Puis, à la suite d'un long congé maladie, elle avait recommencé de travailler comme infirmière dans la même équipe que ce dernier. P_____ a relaté les difficultés de planification des horaires de travail qu'ont occasionné le retour de maladie de T_____, qui ont dû être modifiés à plusieurs reprises en raison des rendez-vous de celui-ci chez le physiothérapeute.

La planification horaire a notamment été bouleversée par le fait qu'il était initialement prévu que T_____ revienne travailler à plein temps après son arrêt maladie. Deux ou trois jours avant son retour, il a été indiqué qu'il ne travaillerait qu'à mi-temps. Par la suite, d'autres changements horaires ont dû être organisés en raison de ses rendez-vous chez le physiothérapeute. P_____ a compris, sans avoir été le témoin direct du moment où T_____ a communiqué ses rendez-vous chez son thérapeute, que ces rendez-vous n'avaient pas été communiqués suffisamment rapidement pour être pris en

compte dans la planification horaire initiale. Pour compenser ces modifications de planification, il était alors nécessaire de travailler en équipe réduite.

P_____ a aussi expliqué qu'une pause est prévue le matin pour le personnel soignant entre 9h30 et 9h45. Selon elle, il n'était pas interdit à T_____ de prendre cette pause. T_____ ne se joignait pas à ses collègues au moment de la pause. Dès qu'il avait un moment, il allait s'isoler pour lire sur la véranda. T_____ aurait fait comprendre à P_____ qu'elle et ses collègues n'avaient pas son niveau d'intelligence.

P_____ a décrit le service dans lequel elle-même et T_____ travaillaient comme un des plus lourds, sous l'angle physique, de l'EMS E_____.

Selon P_____, T_____ a été bien accueilli dans l'équipe pour l'aide qu'il venait y apporter. Cette équipe comprenait trois autres hommes. Si le service dans lequel elle travaillait avait connu dans le passé des problèmes relationnels entre quelques collaborateurs de celui-ci, ce n'était plus le cas au moment de l'arrivée de T_____.

- B_____, aide-soignante, a expliqué qu'elle travaillait depuis cinq ans dans l'équipe à laquelle a été affecté T_____. Selon elle, l'ambiance était bonne dans cette équipe, bien qu'il y ait eu parfois des problèmes liés aux absences et à des problèmes personnels.

Selon B_____, T_____ n'avait pas droit aux pauses dès lors qu'il ne travaillait que quatre heures, à la différence des collaborateurs qui travaillaient la journée entière. C'était le seul dans cette situation. T_____ prenait toutefois des pauses pour aller lire dans la véranda. Il quittait aussi souvent son travail plus tôt pour aller prendre des douches, ce qui n'était pas autorisé. De manière générale, T_____ n'était pas bien intégré, car il n'avait pas l'esprit d'équipe, et ce en dépit des efforts de ses collègues de travail.

B_____ a aussi expliqué que les plannings avaient dû être plusieurs fois modifiés en raison du fait que T_____ indiquait ses rendez-vous de

physiothérapeute au dernier moment. Elle avait été présente à plusieurs reprises lorsque T_____ avait indiqué à la responsable un rendez-vous chez le physiothérapeute pour le lendemain.

- F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 56 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), l'appel est formellement recevable.

A teneur des articles 356 et suivants CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention (CCT d'entreprise), les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'article 356b CO.

En l'espèce, les relations juridiques entre les parties sont régies par la Convention collective de travail pour les employé-e-s des établissements médico-sociaux du canton de Genève accueillant des personnes âgées (ci-après CCT) du 22 mars 2004 conclue entre la FEGEMS (Fédération genevoise des établissements médico-sociaux) d'une part, et les syndicats UNIA, ASI, SIT SSP/VPOD et SYNA d'autre part.

En effet, EMS E_____ SA, membre de la FEGEMS, fait partie des établissements appliquant la CCT (art. 1.1 CCT et annexe 1) et T_____ a, lors de la conclusion de son contrat de travail, accepté d'y être soumis.

2. L'appelant réclame enfin fr. 31'746.60 à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Il invoque l'application de l'article 336 alinéa 1 lettre d CO, qui vise le congé-représailles.

La CCT ne traitant pas de la résiliation abusive du contrat, il y a lieu d'appliquer les dispositions du CO y relatives, tel que cela est d'ailleurs prescrit par l'article 11 CCT.

2.1 Selon l'art. 336b, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (al. 1), si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (al. 2).

2.2 En l'espèce, les conditions de forme exigées par l'art. 336b CO ont été respectées par l'appelant, puisque ce dernier a contesté son congé - signifié le 23 novembre 2005 avec effet au 28 février 2006, et qu'il a déposé sa demande en justice dans le délai de 180 jours, soit le 30 mai 2006.

Selon le principe énoncé à l'art. 335 al.1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 127 III 88) est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO).

L'art. 336 CO contient une énumération exemplaire, et non exhaustive, des situations de fait considérées comme des résiliations abusives. Le fardeau de la preuve du caractère abusif de la résiliation incombe à la partie dont le contrat a été résilié (art. 8 CC ; ATF 121 III 60, JT 1986 I 47, 49).

A défaut de présomption légale quant au caractère abusif de la résiliation en cas de motivation manquante fautive ou incomplète, il faut s'en tenir, également dans des hypothèses de ce genre, au fardeau de l'allégation et de la preuve (ATF 121 III 60, JT 1996 I 47).

La partie qui supporte le fardeau de la preuve ne dispose d'un droit à l'administration de celle-ci, que si elle porte sur des faits juridiquement pertinents (ATF 121 III 60, JT 1996 47 (50) et les références jurisprudentielles citées).

La preuve du motif d'un congé prétendument abusif ayant pour objet des éléments subjectifs - à savoir, le réel motif de l'employeur - est difficile à rapporter, de sorte que 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 (ATF du 30.06.1992, in SJ 1993 p.361). Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet d'en renverser le fardeau (ATF 115 II 487 c. b in fine et les références citées). Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». De son côté, l'employeur ne peut plus rester inactif et n'a d'autre issue que d'apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF du 30.06.1992 précité, in SJ 1993 p.360 et les références citées). Il convient de se montrer restrictif dans les critères permettant d'admettre la preuve par indices, la vraisemblance des faits permettant de retenir le caractère abusif du licenciement devant être très grande, voire confinée à la certitude (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 397).

Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans ce motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié ; si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (ATF du 11.11.1993, in SJ 1995 p.798).

- 3. 3.1** L'appelant affirme avoir été licencié parce qu'il faisait valoir, de bonne foi selon lui, des prétentions résultant du contrat de travail et de la Convention collective, à savoir l'obligation faite à l'employeur de communiquer un mois à l'avance la planification horaire et son droit à un quart d'heure de pause. En substance, l'appelant soutient avoir fait l'objet d'un congé-représailles, motivé par le fait qu'il avait réclamé que son état de santé soit pris en compte dans l'aménagement de son temps de travail, et qu'il ne soit pas pénalisé au seul motif de n'être capable de travailler seulement à temps partiel.

3.2 L'art. 336 al. 1 let. d CO sanctionne les congés-représailles, soit lorsqu'une partie est licenciée parce que l'autre part fait de bonne foi valoir des prétentions résultant du contrat de travail.

La notion de bonne foi comporte un double aspect protégeant à la fois l'employeur et le travailleur. D'une part, la réclamation ne doit être ni chicanière, ni téméraire, car la protection ne s'étend pas au travailleur qui cherche à bloquer une résiliation en soi admissible ou qui fait valoir des prétentions totalement injustifiées ; d'autre part la prétention exercée ne doit pas nécessairement être fondée en droit puisqu'il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle l'est (ATF du 6.04.1994, SJ 1995 p. 791 ; ATF du 13.10.1993, SJ 1995 p. 797).

Par ailleurs, un lien de causalité doit exister entre la formulation de la prétention et la résiliation. L'art. 336 al. 1 let. d CO vise les congés-représailles. Ainsi, est abusif le congé donné parce qu'un employé cherche à obtenir une augmentation de salaire qui lui avait été octroyée d'une manière systématique les années précédentes, cela permettant audit employé de penser de bonne foi qu'il a droit à une telle augmentation (ATF du 13.10.1993, SJ 1995 p. 797). Il en est de même lorsqu'un employé fait valoir son droit aux vacances (PJM 1991, 242) ou lorsqu'il charge un syndicat de défendre ses intérêts à l'encontre de l'employeur (JAR 1993, 212). De manière plus générale, lorsqu'il intervient auprès de son employeur pour que cessent les tracasseries dont il estime être l'objet, le travailleur fait de bonne foi valoir un droit découlant du contrat de travail, en particulier le respect de sa personnalité dans les rapports de travail (art. 328 CO); s'il est licencié suite à cette plainte, le congé est abusif (JAR 1998, 185).

- 4.** **4.1** En l'espèce, les premiers juges ont considéré que l'intimée avait fait preuve de patience et de compréhension à l'égard de l'appelant, et ce n'est que plusieurs mois après la reprise d'activité de ce dernier qu'elle a décidé de faire prévaloir son intérêt au bon fonctionnement de son établissement.

Ils ont également retenu que lorsque l'intimée avait appris en novembre 2005 que la capacité de travail à 50% de l'appelant allait perdurer jusqu'au 3 décembre

2005, elle l'avait informé par écrit, tout en indiquant qu'elle ne remettait nullement en cause ses problèmes de santé, que cela créait une situation pénible pour tous, et causait des problèmes dans l'organisation du service avec l'arrivée des fêtes de fin d'année en particulier. L'intimée lui avait aussi indiqué que cette situation ne pourrait perdurer éternellement. C'est à la suite de cette lettre que l'appelant a fait part par écrit à l'intimée de nombreux griefs liés notamment à des reproches et des pressions qui lui auraient été faits sous prétexte qu'il travaillait à 50%.

C'est dans ce cadre que l'appelant a allégué que ses droits (aux vacances, aux pauses, à travailler le week-end) étaient réduits en raison de son taux d'occupation.

Si les premiers juges ont considéré que l'appelant ne s'était pas senti soutenu durant sa maladie, ils ont également retenu, notamment du témoignage de M_____, que le taux d'activité à 50% de l'appelant ainsi que ses longues périodes d'absence, indépendantes de sa volonté, avaient posé de véritables problèmes objectifs d'organisation au sein de l'établissement et qu'il avait fallu aménager les horaires de tous les employés.

Pour les premiers juges, ce n'est pas en raison des revendications de l'appelant que l'intimée a résilié le contrat de travail. La décision réside plutôt dans le fait que le taux d'activité à 50% de l'appelant ne convenait pas au bon fonctionnement de l'établissement et que l'attitude revendicatrice et peu reconnaissante de celui-ci envers les efforts entrepris à son encontre et la patience dont avait fait preuve l'intimée durant des mois avait finalement motivé la décision de cette dernière de mettre un terme aux rapports de travail la liant à l'appelant.

Pour le Tribunal de prud'hommes, il ne ressort pas de la procédure que l'appelant ait subi des pressions ou des reproches en raison de son incapacité de travail. Il en ressort plutôt une compréhension et une bonne volonté de l'intimée qui a réaménagé l'horaire de tout un service afin de permettre à l'appelant de reprendre ses activités et qui a attendu le retour de l'appelant à plein temps pendant de nombreux mois.

Les premiers juges ont rappelé, s'agissant des vacances, que, de ses propres aveux, l'appelant avait eu des vacances en octobre 2004 ainsi qu'en avril 2005 avant son opération.

4.2 La Cour fera intégralement sienne cette appréciation des premiers juges. Avec le Tribunal des prud'hommes, la Cour retient de l'ensemble de la procédure que le licenciement de l'appelant est dû, comme l'a expliqué l'intimée, aux problèmes d'organisation et à l'attitude générale de l'appelant et non aux prétentions de ce dernier du 16 novembre 2005 relatives notamment à la planification horaire et aux pauses.

L'audition par la Cour de P_____ et B_____ a confirmé les difficultés de planification au sein de l'unité dans laquelle elles travaillaient avec l'appelant, difficultés qui résultaient du travail à mi-temps de l'appelant et qui ont été longuement décrites aux premiers juges par M_____.

B_____ a pour sa part indiqué à la Cour avoir été témoin du fait que l'appelant communiquait parfois ses rendez-vous de physiothérapeute la veille du rendez-vous, ce qui provoquait des problèmes de planification. En outre, P_____ a souligné les difficultés d'intégration dans l'équipe de l'appelant en raison de son attitude.

Si la décision de licenciement est intervenue peu de temps après le courrier de l'appelant du 16 novembre 2005, auquel par ailleurs la lettre de licenciement du 22 novembre 2005 se réfère expressément, cette chronologie ne permet pas pour autant de retenir l'existence d'un congé abusif. En effet, comme indiqué ci-dessus, il ressort de la procédure que ce sont les difficultés d'organisation occasionnées par l'état de santé de l'appelant et l'attitude de ce dernier qui sont à l'origine de son licenciement et non les griefs formulés par ce dernier dans sa lettre du 16 novembre 2005 au sujet de la communication de la planification horaire et les pauses.

L'appelant sera donc débouté de sa prétention en paiement d'une indemnité à titre de licenciement abusif étant encore précisé ici que l'intimée était légitimée à mettre fin au contrat de travail de l'appelant nonobstant son incapacité partielle de

travail, étant donné que l'appelant ne se trouvait plus, au moment du licenciement, dans une période de protection légale au sens de l'article 336 al. 1 let. b CO.

5. Les frais d'appel sont mis à la charge de l'appelant qui succombe, l'émolument d'appel versé par ses soins étant acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

A la forme :

reçoit l'appel déposé par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 16 octobre 2006 et notifié aux parties le 17 octobre 2006 en la cause n° C/13127/2006-5.

Au fond :

- confirme ledit jugement ;
- laisse les frais d'appel à la charge de T_____ et dit que l'émolument d'appel versé par ses soins est acquis à l'État de Genève ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président