RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/2319/2005-5

* COUR D'APPEL*

(CAPH/211/2005)

Monsieur T_____
Dom. élu: Syndicat SYNA
Rue Caroline 24
Case postale 426
1211 GENEVE 24

Partie appelante

Maison de retraite E_____
Etablissement de droit public
Dom. élu: Me Ivo BUETTI
Avocat
Boulevard Helvétique 30
1207 GENEVE

Partie intimée

D'autre part

D'une part

ARRET

du vendredi 14 octobre 2005

M. Werner GLOOR, président

Mme Colette WEBER et M. Daniel FORT, juges employeurs

M. Jean-Pierre GFELLER et M. Jean-David URFER, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

La Cour retient les faits pertinents suivants:

a)

1. T_____ a été engagé, par contrat de droit privé, pour une durée indéterminée, le 2 juillet 2001, en qualité d'employé de maison, par la maison de retraite E_____ (pièce 1 dem).

2. Il est membre du Syndicat SYNA (PV, 6. 10. 2005, p.4).

b)

.

3. La maison de retraite E_____ est un "*Etablissement de droit public,* créé en 1849, destiné à recevoir toute personne remplissant les conditions fixées par le règlement approuvé par le Conseil d'Etat" (cf. art. 1 Loi concernant la maison de retraite E_____ du 17. 9. 1993, RS/GE/J/7/30 = annexée au PV du 6. 10. 2005).

4. Elle exploite l'établissement médico-social (EMS) accueillant des personnes âgées sis 12, avenue Trembley, 1209 Genève (cf. décision du Conseil d'Etat renouvelant l'autorisation d'exploitation du 4. 10. 2005 in: FAO, 7. 10. 2005).

5. L'administration de la maison de retraite E_____ (ci-après l'"établissement") est confiée à une commission administrative composée d'un membre par parti siégeant au Grand Conseil et élu par lui, de 4 membres nommés par le Conseil d'Etat, d'un membre représentant les pensionnaires, élu par les pensionnaires, et d'un membre du personnel élu par lui (art. 4 LMRPS). Cette commission *nomme* le directeur de l'établissement ainsi que les cadres supérieurs (art. 5 LMPRS). Elle établit un règlement "pour le régime intérieur de l'établissement" et le soumet au Conseil d'Etat pour approbation (art. 6 LMRPS).

6. Les ressources de l'établissement se composent des prix de pension payés par les pensionnaires, des dons et legs, et, surtout, des *subventions des pouvoirs publics* (art. LMPRS). Chaque année la Commission administrative dresse un budget de ses dépenses et de ses recettes et le soumet au Conseil d'Etat pour approbation (art. 7 LMPRS).

7. La loi instituant cet établissement de droit public ne contient pas d'autres dispositions pertinentes. En particulier, elle ne contient pas de règles définissant le statut (public/ privé) de son personnel, son mode de recrutement (nomination/engagement par contrat de droit privé); elle ne contient aucun renvoi à la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissement publics médicaux (LPAC, RS/GE/B

5.05) du 4 décembre 1997, ni n'énonce une voie de recours au Tribunal administratif contre des décisions affectant les rapports de travail[1]..

c)

8. L'établissement est membre de la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS) visée à l'art. 20A de la Loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées (LEMS, RS/GE/J 7.20) (liasse VI, annexe 1) Elle est une association [au sens de l'art. 60 CC] qui regroupe les EMS subventionnés par l'Etat (ibid, art. 20A al. 1)..

9. Le 22 mars 2004, la FEGEMS a signé avec quatre syndicats, dont le Syndicat interprofessionnel SYNA, une "Convention collective de travail pour les employé-e-s des établissements médico-sociaux du canton de Genève accueillant des personnes âgées". (ci-après "CCT" = liasse VI).

10. Le SYNA était représenté, lors des pourparlers conventionnels, par A_____, secrétaire régional, et par B_____, secrétaire centrale (liasse VI *in fine*, liste des signatures).

11. Cette CCT est entrée en vigueur le 1er mars 2004.

ca.

12. A teneur de son art. 1 al. 1, la CCT *"s'applique a) aux EMS accueillant des personnes âgées, membres d'une association signataire ou adhérente, ainsi que des établissements s'étant soumis individuellement à la convention ou ayant déclaré vouloir la respecter, et b) à l'ensemble du personnel travaillant dans les EMS accueillant des personnes âgées, qu'il soit membre ou non de l'un des syndicats ou associations professionnelles signataires* (….)*"*.

13. L'art. 1 al. 2 CCT précise que *"les établissements de droit public appliqueront la CCT à titre supplétif"*.

14. La CCT du 20 mars 2004 a succédé à la CCT du 31 mars 1998 (liasse V).

15. La CCT 1998 énonce, à son art. 1 al. 1 le même champ d'application que la CCT 2004, mais elle ne contient pas de précision analogue à l'art. 1 al. 2 CCT 2004.

16. Toutefois, la CCT 1998 comporte, en annexe, une lettre du Conseiller d'Etat, chef du Département de l'action sociale et de la santé, adressée aux partenaires sociaux,

[1]) S'agissant des décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat, des communes et autres corporations et établissements de droit public, le Tribunal administratif n'a qu'une compétence d'attribution: un recours n'est recevable que dans la mesure où une disposition "légale, réglementaire ou statutaire spéciale" le prévoit (cf. art. 56 B art. 4 let. a Loi sur l'organisation judiciaire, LOJ, RS/GE/E.2.05).

précisant le champ d'application, pour ce qui est des établissements de droit public, comme suit (liasse VI, p. 23):

"Afin de respecter le principe général de hiérarchie des normes, les employés engagés dans un établissement de droit public cantonal, quelle que soit leur date d'engagement, restent soumis au statut de droit public qui leur est applicable:

- *pour autant qu'il soit identique au statut de la fonction publique cantonale;*

- *étant entendu que les dispositions de la CCT s'appliquent à titre supplétif".*

17. Cette lettre du Conseiller d'Etat de l'époque a été réinsérée dans les annexes à la CCT 2004, et y porte la référence "Annexe 5" (liasse VI).

cb.

18. L'art. 3.al. 1. CCT – reprise telle qu'elle de la CCT 1998 - dispose, sous l'intitulé "Résiliation des rapports de service" que "*lorsqu'une des parties désire mettre fin aux rapports de service, elle le fait par lettre signature".*

19. L'art. 3 al. 3 CCT prescrit, s'agissant de contrat de durée indéterminée, l'observation d'un délai de congé de 3 mois pour la fin d'un mois à compter de la 3ème année de service.

cc.

20. A l'instar de la CCT 1998, la CCT 2004 précise, à son art. 6. al. 1 *que le salaire des employé-es est fixé par analogie à ceux de l'échelle des salaires de l'Etat de Genève, conformément à la liste des fonctions et classes (annexe 3) et à l'échelle des traitements (annexe 3.1) prévues pour le personnel de l'Etat et des Etablissements publics médicaux*". à son annexe 3, une grille de fonction et classes.

21. Elle prévoit en outre que, s'agissant de la prime de fidélité, que "les années passées au service d'autres EMS ou d'institutions analogues du canton de Genève, Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) (…) sont prises en considération dans le calcul des années de service (…) (cf. art. 6.2.6. al. 5).

cd.

22. L'art. 8 al. 1 CCT 2004, sous l'intitulé "Responsabilité disciplinaire et sanctions" énonce ce qui suit (reprenant texto l'art. 8 al. 1 CCT 1998):

L'employé-e qui enfreint ses devoirs généraux ou particuliers, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est passible de sanctions, sans préjudice de celles, pénales ou civiles qui pourraient être prononcées contre lui-elle.
Les sanctions disciplinaires sont les suivantes, par ordre croissant de gravité:
a. l'avertissement écrit;
b. le blâme écrit;
c. le licenciement.

L'employeur doit préalablement inviter l'employé-e intéressé-e à s'exprimer sur les motifs invoqués contre lui-elle: il-elle peut se faire accompagner par la personne de son choix.
Demeurent réservées les dispositions relatives au licenciement pour juste motif.
Les sanctions sont notifiées à l'employé-e par lettre signature, avec indications de motifs.

ce)

23. L'art. 11 CCT renvoie, pour les points non réglés, au Code des obligations et à la loi fédérale sur le travail.

d)

24. Le 4 juin 2004, T_____ est tombé malade (pièce 2 dem). Son incapacité de travail s'élevait à 100% jusqu'au 6 octobre 2004 (pièces 3, 4 dem), et puis à 50% jusqu'au 24 novembre 2004 (pièce 10 dem). Il a recouvré sa pleine capacité de travail à compter du 24 novembre 2004 (pièce 10 dem).

25. T_____ a recommencé son travail à 50% dès le 6 octobre 2004, et à 100%, dès le 24 novembre 2004 (pièce 12 dem, non-contesté).

e)

26. Par courrier LSI du 27 septembre 2004, l'établissement a licencié T_____ pour l'échéance du 31 décembre 2004, en ces termes:

"Votre absence pour raison de maladie se prolongeant, en n'ayant aucune date de reprise envisagée, nous sommes au regret de vous informer que nous nous trouvons dans l'obligations de mettre fin à votre contrat de travail pour le 31 décembre 2004".

27. Par courrier-réponse de son syndicat (SYNA, représenté par A_____), du 30 septembre 2004, T_____ a protesté contre ce licenciement au motif notamment du non-respect des "mesures de protection" instaurées, à savoir "que l'ors d'un licenciement ou de toute autres sanction l'employeur doit préalablement inviter l'employé intéressé à s'exprimer sur les motifs invoqués contre lui". Il s'est référé à l'art. 8. 1 CCT. et à requis un entretien "si vous souhaitez persister dans votre sanction" (pièce 6 dem).

28. Par lettre du 9 novembre 2004 adressée au Syndicat SYNA, l'établissement a maintenu le licenciement et le motif l'accompagnant (maladie prolongée), et rappelé avoir licencié T_____ après écoulement du délai de protection applicable en l'espèce, à savoir 90 jours (pièce 9 dem)[2].

29. Par une lettre subséquente du 18 novembre 2004, également adressée au SYNA, l'établissement a complété sa prise de position par rapport à la lettre syndicale du 30 septembre 2004. Il a rejeté la thèse du demandeur – et appuyée par le syndicat – selon lequel T_____ aurait fait l'objet d'une sanction disciplinaire. Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'appliquer la procédure de l'entretien préalable visée à l'art. 8 al. 1 CCT. (pièce 11 dem).

30. Par courrier LSI du 23 novembre 2004, le SYNA a réitéré son point de vue: la CCT ne prévoit pas de licenciement pour cause absence- maladie prolongée. Elle ne connaît que la fin d'un emploi par suite d'une mise à la retraite ou d'un licenciement disciplinaire. Le licenciement de T_____ était un donc licenciement sanction; il sanctionne une absence prolongée. Partant, la procédure de l'entretien préalable doit être respectée. Et de réclamer une nouvelle fois, une rencontre (pièce 12 dem).

31. Par courrier-réponse du 1er décembre 2004, l'établissement a persisté dans son refus de voir tomber ce licenciement – qui n'est pas d'ordre disciplinaire – sous l'art. 8. 1 CCT, et par conséquent, la nécessité d'accorder une entretien préalable. Il s'est néanmoins dit disposé de "vous rencontrer en compagnie de T_____" (pièce 13 dem).

f)

32. Les rapports de travail entre T_____ et l'établissement ont pris fin le 31 décembre 2004. L'employé, rétabli depuis le 24 novembre 2004, a travaillé jusqu'au 31 décembre 2004 (PV, 6. 10. 2005, p. 3)

.

33. Son dernier salaire brut s'élevait à frs 4'336.- (pièce annexée au PV du 18. 4. 2005).

g)

34. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 2 février 2005, T_____ a assigné la maison de retraite E_____ en paiement de frs 25'866.-, soit de 6 salaires mensuels (6 x [frs 4'281.- + frs 6.30]), à titre d'indemnité pour licenciement abusif (liasse 1).

35. Le demandeur a complété la formule demande du 2 février 2005 par une écriture succincte et un chargé de 13 pièces, déposées au greffe le 14 mars 2005 (liasse 4).

---

[2]) L'art. 336 c al. 1 CO visé dans ce courrier, mais que le scripteur indique trouver sous l'art. 3. 2 CCT, ne s'y trouve nullement. De fait, la CCT garde le silence pour ce qui est des congés donnés en temps inopportun et se borne à un renvoi au CO pour les points non réglés.

36. Dans cette écriture – rédigée par les soins de son syndicat, le demandeur reprend les thèses développées au cours de l'échange épistolaire avec l'établissement (liasse 4).

37. La défenderesse n'a pas déposé d'écriture, mais a conclu au rejet de la demande à l'audience d'introduction de la cause devant le Tribunal des prud'hommes (PV, 18. 4. 2005 p. 2). Il s'est notamment référées à ses courriers-réponse adressés au syndicat et produits par le demandeur (ibid).

38. Par jugement du 10 juin 2005, le Tribunal des Prud'hommes a rejeté la demande. En effet, le demandeur n'a pas fait l'objet d'un licenciement disciplinaire. Dès lors l'exigence de l'entretien préalable au licenciement n'avait aucun fondement. Par ailleurs, l'intéressé n'a pas fait valoir de prétentions à l'encontre de la défenderesse *avant* son licenciement. Force est donc de constater que les conditions de l'art. 336 CO ne sont pas réunies (liasse 6).

39. Ce jugement a été expédiés aux parties par plis recommandés du 13 juin 2005 (liasse 6).

h)

40. Par une écriture succincte de son syndicat, déposée au greffe en date du 30 juin 2005, T_____, a formé appel contre le jugement du Tribunal du 10 juin 2005 (liasse I).

41. L'appelant sollicite l'annulation du jugement et reprend la conclusion formulée en première instance (liasse I). Il reprend également l'intégralité du moyen développé devant les premiers juges.

42. Par mémoire-réponse du 3 août 2005, l'intimé a conclu au rejet des conclusions de l'appelant (liasse III). Elle conteste, en substance, avoir procédé à un "licenciement disciplinaire", ne rien devoir, côté procédure de licenciement, au titre de l'art. 8. 1 CCT, et rappelle qu'un licenciement pour cause d'absence maladie prolongée, intervenant après le délai de protection de l'art. 336 c CO, n'est pas abusif (liasse III).

43. A l'audience de la Cour d'appel du 6 octobre 2005, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

44. A_____, secrétaire syndical SYNA, venu assister l'appelant, a cru déceler un "durcissement en matière de licenciement et de la manière de sa mise en œuvre", ajoutant que "jusqu'à présent tous les membres de la FEGEMS, y compris l'intimée, ont toujours accordé un entretien préalablement à tout licenciement, et ceci sous l'ancienne CCT, mais également sous l'empire de la nouvelle CCT" (PV, 6. 10. 2005, p. 3).

44. L'intimée, représentée par C_____, directeur depuis 2001, a expliqué avoir toujours accordé un entretien préalable *lorsqu'il s'agissait de licenciement disciplinaires*. Il a ajouté qu'il n'y a eu, sous son mandat, à ce jour, que deux cas de

licenciements disciplinaires, et, jusqu'au cas de l'appelant, "n'avoir jamais procédé à un licenciement ordinaire" (PV, 6. 10. 2005, p. 3).

45. A_____, répondant à une question précise de la Cour, a indiqué que le point soulevé par le cas d'espèce n'a, à ce jour, jamais été déféré à la Commission paritaire prévue par l'annexe 4 de la CCT 2004. L'intimée a relevé qu'à teneur de l'art. 4.4 de cet annexe, la Commission paritaire a le compétence "de se prononcer sur les questions d'interprétations que cette dernière pourrait soulever".(PV, 6. 10. 2005, p. 3 - 4)

EN DROIT

A. RECEVABILITE

a. Appel

1. L'appel ayant été interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 59 al. 1 LJP), il est recevable à la forme.

b. Compétence ratione materiae

ba.

2. A teneur de l'art. 1 al. 1 LJP, la Juridiction des prud'hommes connaît "des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant *d'un contrat de travail au sens du titre dixième du code des obligations"*.

3. Le juge examine sa compétence matérielle *d'office*.

4. L'intimée est un établissement de droit public. Mais ce seul fait ne préjuge en rien de la nature publique ou privé des rapports de service noués avec ses employés. L'Etat et ses émanations peuvent parfaitement, dans l'accomplissement des tâches publiques, se servir de techniques de droit privé – pourvu que la loi les y autorise (TC JU SARB 2/2001 p. 1285; cf. art. 62 LPers RS 172.220.1).

5. Tel est le cas d'espèce.

6. A la différence d'autres textes légaux instaurant des établissements ou entités de droit public [3],[4] la loi instaurant l'intimée garde le silence quant au statut de ses salariés. Elle

[3]) Tels par exemple l'art. 6 let. h de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales (RS/GE J.7.04) du 20. 9. 2002: *" Le conseil d'administration établit le statut du personnel et fixe les traitements après consultation des organisations représentatives du personnel; la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997, s'applique"*.

ne précise pas que son personnel ferait partie du personnel de l'Etat de Genève, ne renvoie notamment pas à la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC, RS/GE B.5.05) du 4 décembre 1997; par ailleurs, cette dernière loi n'englobe pas l'intimée dans son champ d'application (cf. art. 1 LPAC)[5],[6].

7. La loi instaurant l'intimée ne confère pas davantage une compétence au Tribunal administratif pour connaître d'éventuels différends de travail, et le chapitre de la loi sur l'organisation judiciaire consacré aux compétences du Tribunal administratif (LOJ; RS/GE/ E.2.05) n'a, en matière de contentieux issu de rapports de service avec l'Etat, les communes et autres corporations et établissements de droit public, qu'une compétence *d'attribution*; autrement dit, le recours n'est recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit (cf. art. 56B al. 4 let. a LOJ).

bb.

8. Certes, l'art. 1.2 de la CCT 2004, qui précise que "les établissements de droit public appliqueront la CCT *à titre supplétif*", pourrait laisser penser que, d'une façon générale, les rapports de service noués avec l'intimée relèveraient du droit public et que la CCT et le CO y acquerraient qualité de *droit public supplétif*.

9. L'examen attentif des textes ne permet pas cette conclusion. En effet, l'art. 1. 2. a reçu, dans le courrier du Conseil d'Etat du 6 juillet 1998 une interprétation approuvée par les partenaires signataires des CCT de 1998/2004. Selon dite lettre, les *"employés engagés dans un établissement de droit public cantonal, quelle que soit leur date d'engagement, restent soumis au statut de droit public qui leur est applicable*

- *pour autant qu'il soit identique au statut de la fonction publique cantonale;*
- *étant entendu que les dispositions de la CCT s'appliquent à titre supplétif".*

10. Or, les conditions d'application du droit public y énoncées ne sont pas remplies en l'espèce: l'intimée ne pratique pas un statut "de la fonction publique cantonale", et encore moins – à supposer qu'elle en pratique un - un statut *identique* à cette dernière.

---

[4]) Cf. en outre la loi sur les centres d'action sociale et de santé (LCASS, RS/GE K.1.07) du 21. 9. 2001, dont l'art. 3 al. 6 précise que *"les administrateurs des centres et le personnel des services d'accueil font partie du personnel de l'Etat de Genève"*.

[5]) De fait, la situation de l'intimée ressemble à celle des centres de loisirs et de rencontres et à la fondation genevoise pour l'animation socioculturelle (RS/GE/J.6.11), dont l'art. 14, sous l'intitulé "Conventions collectives de travail pour le personnel", indique que *"le conseil de fondation négocie et signe la convention collective de travail réglant les rapports de travail entre la fondation et son personnel. La convention collective de travail et le contrat individuel de droit privé s'appliquent au personnel travaillant dans les centres (...), notamment les dispositions salariales en vigueur pour les institutions subventionnées par l'Etat de Genève"*..

[6]) La situation ressemble aussi à celle des Rentes genevoises – établissement de droit public régi par la loi concernant les Rentes genevoises du 3 décembre 1992 (RS/GE/J.7.35): son art. 10 précise que "*le directeur et les employés sont engagés sous statut de droit privé"*.

11. Par ailleurs, il n'appartient pas aux partenaires sociaux ou à un instrument de droit privé – la CCT – de dire ce qui relève ou non du droit public. Ce serait du corporatisme. La prérogative de délimitation du champ de droit public échoit à l'Etat; il s'exprime par des lois et des règlements basés sur la loi.

bc.

12. En résumé: les parties sont liées, en l'espèce, par un contrat de droit privé au sens des arts. 319 ss. CO. Elles ne le contestent pas, au demeurant.

13. Elles ne contestent pas non plus l'applicabilité *in integro*, et non seulement "à titre supplétif", de la CCT 2004 [7].

B. FOND

a) Nature ordinaire ou disciplinaire du licenciement

aa,

14. Les parties sont en désaccord quant à la nature du licenciement. L'appelant soutient avoir fait l'objet d'un licenciement *disciplinaire* au sens de l'art. 8. 1 CCT 2004 et il fait grief à l'intimée, de ne pas avoir respecté l'exigence formelle y énoncée d'un *entretien préalable.* L'intimée soutient avoir procédé à un licenciement ordinaire, exempt de tout trait de sanction et conteste donc l'applicabilité de l'art. 8. 1. au cas d'espèce.

15. A vrai dire, tout licenciement constitue une sanction. Un licenciement peut sanctionner une personne, son comportement, ses résultats. Ce type de sanction comporte un reproche. Dans une économie capitaliste, un licenciement peut également constituer la sanction qu'impose le marché, ou la marche des affaires, dans un environnement difficile (compétition, coûts, marges; structures & organisation). Cet autre type de sanction ne comporte aucun reproche adressé à la personne licenciée.

16. Sur le vu des pièces produites, la Cour rejoint la conviction des premiers juges: l'appelant a manifestement été licencié par suite d'absence-maladie prolongée, et non pas pour avoir "fauté" en quoi que ce soit.

17. L'appelant se trompe en alléguant que la maladie constituerait une violation de son devoir de fidélité (art. 321 a CO) et d'exécution personnelle du travail. Et que l'intimée l'aurait sanctionné de ce fait. Une telle argumentation est incompréhensible, voire saugrenue.

---

[7]) S'agissant de l'applicabilité de la CCT aux parties liées, la Cour renvoie aux développements détaillés du Tribunal dans son jugement .

18. Bref, il n'y a pas lieu de qualifier ce licenciement de licenciement disciplinaire et de le ranger dans les cas visés à l'art. 8. 1. CCT.

ab.

19. De façon implicite, l'appelant en vient ensuite à soutenir avoir été licencié *parce qu'il était malade*, et il en déduit avoir fait l'objet d'un licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO.

20. A teneur de la jurisprudence, la résiliation donnée en raison d'un empêchement de travailler dû à la maladie, mais à l'issue du délai de protection applicable (art. 336 c al. 1 let. b CO) n'est pas abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (ATF 4C.174/2004 cons. 2.2.2. du 5. 8. 2004 in: ARV/DTA 2004 p. 244; ATF 123 III 246 = JdT 1998 I 300). En effet, il est aisé à comprendre que l'absence prolongée d'un travailleur est de nature à désorganiser le service, et, partant, à porter, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise (cf. art. 336 al. 1 let. a *in fine*).

21. Tel pourrait néanmoins être le cas lorsque l'employeur se trouve être lui-même à l'origine de l'incapacité de travail du salarié (cf. JAR 1992 166; *licenciement, immédiatement à l'issue du délai de protection, d'une victime d'un harcèlement sexuel*).

22. L'appelant n'a pas allégué que l'intimée serait à l'origine de son incapacité de travail. Cela ne ressort d'ailleurs pas non plus du dossier de l'instruction.

23. Enfin, l'argument tiré du subventionnement, par l'Etat, de l'intimée, et partant de la possibilité "financière" imputée à cette dernière de préserver, fût-ce pour une longue absence, l'emploi de l'appelant, est peut-être recevable en morale ou en politique, mais pas en droit.

24. Par conséquent, le moyen tiré de l'art. 336 al. 1 let. a CO (licenciement abusif pour une raison inhérente à la personnalité) doit être rejeté.

b) L'interprétation de l'art. 8. 1. CCT

ba.

25. Les parties sont en outre en désaccord quant à l'interprétation de l'art. 8. 1 CCT 2004. L'appelant soutient que l'exigence de l'entretien préalable y énoncée s'applique également aux licenciements ordinaires. L'intimée le conteste, au motif du "texte clair" de la disposition invoquée: celle-ci limite le régime de l'entretien préalable aux "licenciements disciplinaires".

26. L'appelant, respectivement son conseiller syndical (A_____), semble, à cet égard, se placer dans l'optique d'un emploi relevant de la fonction publique, c'est-à-dire du droit administratif – voire vouloir s'inspirer du droit du travail français [8].

bb..

27. A teneur de la jurisprudence, une convention collective de travail doit être interprétée différemment suivant qu'il s'agit de dispositions de nature contractuelle ou normatives. Les premières règlent les droits et obligations réciproques des partenaires et sont interprétées conformément aux règles valables en matière d'interprétation du contrat. Quant au secondes, elles sont applicables aux relations contractuelles entre travailleurs et employeurs et sont interprétées selon les principes d'interprétation de la loi (ATF 127 III 318 = SJ 2002 p. 153; ATF 4C.290/2004 du 27. 10. 2004 cons. 4.1; ATF du 8. 10. 1997 c. 3a. in JAR 1998 p. 282; Vischer, Zürcher Kommentar, 1983, N. 110 ad art. 356 CO; Stöckli, Berner Kommentar, 1999, N. 134 ad art. 356 CO; Portmann, Basler Kommentar, 2003, 3ème éd., N. 10 ad art. 356 CO; *contra*: Buchli, Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages, thèse Berne, 1969, p.78 qui prône, pour l'intégralité d'une CCT, l'application de règles interprétatives propres au contrat).

.

28. Les parties ne contestent pas que l'art. 8. 1 CCT 2004 ait un caractère *normatif*. Il vise, sous l'intitulé "Responsabilité, sanctions disciplinaires", entre autres, la fin du rapport individuel de travail

.

29. Il s'ensuit qu'il n'y pas lieu d'interpréter les règles normatives d'une CCT à la lumière de la volonté réelle (art. 18 CO) des parties signataires, respectivement, de l'horizon intellectuel et de compréhension de bonne foi d'un employeur ou d'un travailleur individuels (principe de la confiance)..

30. Il est de jurisprudence constante qu'une disposition légale doit d'abord être interprétée selon sa lettre. L'autorité chargée d'appliquer la loi est liée à un texte clair et non équivoque, pour autant que celui-ci restitue le sens véritable de la norme (ATF 127 III 318 cons. 2b; 125 III 57 cons. 2b; 120 II 112 cons. 3a).

31. Toutefois, il est permis, voire s'impose, de s'écarter du sens littéral d'un texte clair, lorsque des motifs. objectifs permettent d'admettre que le texte ne correspond pas au sens véritable de la disposition. De tels motifs peuvent résulter des travaux

---

[8]) Cf. art. L 122-14 Code du travail: *"L'employeur ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, en lui indiquant l'objet de la convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié. En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en mains propres. Lors de cette audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise".*

préparatoires, du sens et du but de la norme ou de son rapport avec d'autres dispositions. On peut également s'écarter du texte lorsque l'interprétation littérale conduit à un résultat que le législateur ne peut pas avoir voulu.

bc.

32. En l'espèce, la disposition litigieuse est claire. L'entretien préalable n'est mentionné et exigé que sous le chapitre des licenciements disciplinaires visés à l'art. 8. 1. CCT 2004.

33. Il n'y aucun indice – autre que l'allégué, non documenté – du représentant d'un des syndicats signataires et simultanément conseiller de l'appelant – que l'entretien préalable serait de rigueur pour tous autres licenciements.

34. Si telle avait été l'intention du "législateur" de la CCT 2004 – i. e. des partenaires sociaux signataires du texte – il aurait sans doute aucun pris soin de le préciser, à tout le moins par un renvoi à la "procédure pour sanction disciplinaire et résiliation des rapports de service" prévue à l'art. 27 cum art. 22 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC, RS/GE B 5.05) du 4 décembre 1997.

bd.

35. L'appelant, par la plume de son conseiller syndical, se référant manifestement au droit de la fonction publique, semble en outre soutenir que la CCT 2004 (tout comme celle de 1998) prohibe le licenciement autre que pour cause disciplinaire (y compris pour justes motifs) ou pour suppression de poste.

36. Or, cette interprétation ne résiste pas à l'analyse du texte: l'art. 3.3 CCT 2004 prévoit explicitement la résiliation ordinaire du contrat de durée indéterminée en réglant la question des délais de préavis à observer. Cette disposition figure dans chapitre général 3: "Résiliation des rapports de service" – et non pas sous le chapitre 8.1 "Responsabilité et disciplinaire et sanctions"

37. L'on ne saurait pas davantage voir une interdiction de licencier un salarié malade, passé le délai de protection (art. 336 c CO), au motif, précisément, que la CCT ne contienne pas de chapitre reprenant la teneur de l'art. 336 c CO. Car, faut-il le rappeler, la CCT 2004 contient pour tous points non réglés un renvoi général au Code des obligations (art. 11 CCT).

38. Et, dans la fonction publique, tant genevoise que fédérale, le licenciement *pour cause de maladie* est depuis les réformes NPM parfaitement possible (cf. ATF 2A.116/2005 du 12. 5. 2005; Bertschi, "Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht" in: ZBl. 12/2004 p. 636).

39. Une maladie prolongée constitue un motif *objectivement fondé* au sens de l'art. 22 let. c LPAC et de l'art. 12 al. 6 LPers (RS 172.220.1; ATF 124 II 53; Nötzli, Die Beendigung

von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Berne, 2005, p. 142; VerwGer. ZH, 2. 9. 1999 in: Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Fallsammlung, Zurich, 2002, p. 515; VerwGer LU, 30. 9. 2004 iin: www.lu.ch/index/gerichte).

40. La nouveauté est que, par suite de l'action des syndicats de la fonction publique, le législateur ait accepté de contrebalancer la précarisation ainsi créée par les règles protectrices empruntées au droit du travail privé. Ainsi, il est à présent précisé à l'art. 44 du Règlement d'exécution de la LPAC (RS/GE/ B.5.05.01), que "les articles 336 c du CO sont applicables par analogie". Une disposition protectrice analogue se trouve à l'art. 14 al. 1 let. c LPers.

41. Enfin, la CCT 2004 ne devient pas une CCT [9] de droit public du simple fait que son art. 15 prévoit sa soumission au Conseil d'Etat pour approbation. Cette approbation, à teneur même de l'art. 15, n'est requise qu'aux fins d'obtenir, du Conseil d'Etat, qu'il "garantisse les *conséquences financières* dues à son application".

bd.

42. A vrai dire, l'on est plutôt confronté, dans le cas d'espèce, à une lacune improprement dite (unechte Gesetzeslücke). Le législateur (*in casu: les partenaires sociaux*) a (ont) eu l'occasion de régler un point de droit, mais ne l'a (ont) pas fait.

43. Dans un tel cas de figure, il n'appartient pas au juge, mais au législateur (in casu: *aux partenaires sociaux)* de combler, à la prochaine convenance, la lacune, s'il(s) s'y estime(nt) fondé(s) (cf. Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 1987, p. 54; ATF 114 II 353).

c) Une obligation générale d'accorder un entretien préalable ?

ca.

44. Dans une espèce comparable, le Tribunal fédéral a jugé que le droit du travail suisse, d'une façon générale, ne prescrivait pas l'entretien préalable au licenciement; bref, il ne prescrit pas, en la matière, un *droit d'être entendu* du travailleur (ATF 4C.174/2004 du 5. 8. 2004, cons. 2.4 in: ARV/DTA 2004 p. 244 = RSJ 2004 p. 522 = : NZZ 11. 9. 2004).

45. Une telle obligation ne naît pas non plus du principe général de droit voulant que les justiciables sont tenus d'exercer leurs droits – et notamment leur droits formateurs - avec ménagement (schonende Rechtsausübung) (ibid).

[9]) La CCT de droit public suppose une *base légale.* C'est à présent, en principe, chose possible et chose pratiquée: cf. notamment au niveau de la Confédération: la CCT visée à l'art. 38 de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1) du 24. 3. 2000.

46. Elle ne naît pas davantage du fait allégué que dans l'administration de l'Etat, tout employé visé par une décision de licenciement aurait droit à un entretien préalable Dans la fonction publique, une telle obligation se déduit du droit d'être entendu, c'est-à-dire d'une règle de base du droit administratif (art. 29 al. 2 Cst. féd.; Personalrekursegericht Argovie in: AGVE 2003 p. 436)..

47. Il va de soi qu'il eût été une marque d'élégance que l'intimée entendît l'appelant avant de le licencier. Toutefois, l'inobservation de cette politesse ne prête pas à des conséquences juridiques; en particulier, elle n'invalide pas le congé donné.

cb.

48. A supposer que la thèse de la nécessité d'un entretien préalable soit fondée, l'on chercherait en vain les sanctions que l'inobservation de cette exigence serait censée entraîner: nullité ou attaquabilité de la décision du licenciement ? A bien comprendre, l'appelant semble soutenir qu'en réclamant un entretien préalable, il aurait exercé un droit contractuel/droit découlant du CCT, et, en lui refusant d'accorder ce droit, en *maintenant* la décision du licenciement, l'employeur aurait versé dans le licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO [10].

49. A ce propos il s'avère que la décision de licenciement a été prise et communiquée à l'appelant *avant* que ce dernier ne réclame un entretien préalable, autrement dit, avant que ce dernier ne fasse valoir un droit découlant du contrat de travail. Comme l'a relevé, à juste titre le Tribunal, la notion de licenciement abusif suppose que la cause invoquée par l'employeur ait précédé le licenciement, et que ce dernier en soit la conséquence.

cc.

50. Enfin, il a été jugé que la non-observation, par l'employeur de son règlement du personnel concernant la procédure de licenciement n'a pas pour conséquence que le congé donné au salarié fût abusif au sens de l'art. 336 CO ou de l'art. 2 CC (ATF 4C.13/.2001 du 9. 1. 2002, cons. 2a).

51. Le non-respect, par l'employeur, d'une procédure de licenciement prescrite par contrat, règlement du personnel ou convention collective de travail, constitue une violation du contrat de travail (art. 97 CO). Cette inobservation des procédures est susceptible de porter atteinte à la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO) et peut, lorsque la gravité de l'atteinte le requiert, justifier l'allocation d'une indemnité à titre de réparation du tort moral (art. 49 CO) (cf. ATF 4C.13/2001 du 9. 1. 2002 cons. 2a).

52. En l'espèce, et à supposer que sa thèse de l'entretien préalable fût fondée, l'appelant n'aurait pas allégué avoir subi un tort moral, ni formulé des conclusions en réparation.

---

[10]) Art. 336 al. 1 let. d CO: *"Le conge est abusif lorsqu'il est donné parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail".*

III. GRATUITE DE LA PROCEDURE

53. Vu que la valeur litigieuse ne dépasse pas frs 30'000.-, la procédure sera gratuite (cf. art. 343 al. 1 et 2 CO).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes Groupe 5

A la forme

Reçoit l'appel formé contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 10 juin 2005;

Au fond

Confirme ledit jugement;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction Le président