



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23608/2017-5

CAPH/44/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 20 FEVRIER 2020

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, France, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 juin 2019 (JTPH/204/2019), comparant par M^e Nicolas MOSSAZ, avocat, Ochsner & Associés, place de Longemalle 1, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____, intimée, comparant par M^e Yves NIDEGGER, avocat, rue Marignac 9, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 24 février 2020.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/204/2019 du 4 juin 2019, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 13 avril 2018 par A_____ contre B_____ (chiffre 1 du dispositif), la demande reconventionnelle formée le 11 juin 2018 par B_____ contre A_____ (ch. 2), de même que les pièces produites par B_____ (sauf une) ainsi que la preuve par témoin offerte par cette dernière le 11 décembre 2018 (ch. 3-5). Quant au fond, le Tribunal des prud'hommes a condamné B_____ à verser à A_____ la somme nette de 2'693 fr. 35 (deux mille six cent nonante-trois francs et trente-cinq centimes) avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2017 (ch. 6), la somme nette de 3'000 fr. (trois mille francs) avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017 (ch. 7), et à établir et à remettre à A_____ un certificat de salaire pour l'année 2017 (ch. 8). Les parties ont été déboutées de toute autre conclusion (ch. 9) sans allocation de dépens (ch. 10).

B. a. Le 5 juillet 2019, A_____, ci-après citée comme l'Appelante, a formé appel contre ce jugement, notifié aux parties le 5 juin 2019, concluant à son annulation partielle, au déboutement de toutes conclusions de B_____ et à la condamnation de cette dernière à lui payer le montant net de 17'491 fr. 85 (dix-sept mille quatre cent nonante et un francs et quatre-vingt-cinq centimes) avec intérêts à 5% dès le 1^{er} octobre 2017.

A titre subsidiaire, l'Appelante sollicite la Cour de l'acheminer à prouver par toutes voies de droit utiles les faits allégués dans ses présentes écritures.

b. Dans son mémoire de réponse et d'appel joint du 22 août 2019, B_____, ci-après l'Intimée, conclut à ce que la pièce produite le 11 décembre 2018 soit déclarée recevable, que le chiffre 7 du jugement entrepris soit annulé, que A_____ soit condamnée à lui verser la somme de 1'076 fr. (mille septante six francs) à titre d'indemnité pour abandon de poste, que le jugement soit confirmé pour le surplus et que l'Appelante soit déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

A titre subsidiaire, l'Intimée sollicite la Cour de l'acheminer à prouver par toutes voies de droit utiles les faits allégués dans les présentes écritures.

c. Dans sa réplique et réponse à l'appel joint du 26 septembre 2019, A_____ persiste dans ses conclusions et conclut à la condamnation de B_____ à l'entier des frais de la procédure de première instance et d'appel.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Chambre des Prud'hommes.

a. B_____ est psychothérapeute et psychiatre dans son propre cabinet sis [no.] _____ rue 1_____ à [code postal] Genève.

b. A_____ a été engagée par B_____ en qualité de psychothérapeute en psychothérapie déléguée à 30% à partir du 1^{er} novembre 2015. Le contrat de travail liant les deux parties a été signé en date du 4 avril 2016. Ce contrat prévoyait un salaire de 93 fr. 25 brut de l'heure sur les délégations réalisées avec un supplément de 8.33% afférent aux vacances.

L'art. 9 al. 2 dudit contrat de travail prévoyait une assurance indemnité journalière conclue par l'employeur couvrant 80% du salaire de l'employée durant 720 jours avec un délai d'attente de 30 jours en cas de maladie. Pendant ce délai d'attente, un salaire de 80% devait être versé à l'employée.

c. Durant la période de mars à avril 2016, A_____ a perçu les salaires nets de 4'383 fr. 40, 6'362 fr. 10 et 7'706 fr. 95.

d. De mai à octobre 2016, A_____ a été en congé maternité et durant ce temps, B_____ lui a versé les salaires nets de 2'009 fr. 35, 4'023 fr., 6'762 fr. 35, 3'816 fr., 3'770 fr. 20, et 1'075 fr. 45.

e. Pour les mois de novembre et décembre 2016, A_____ a été rémunérée de 2'328 fr. 10 et de 5'910 fr. 70 net.

f. Le 6 décembre 2016, C_____ (coordinatrice au sein de H_____) a confirmé à A_____ qu'elle pourrait débiter une formation postgrade en psychothérapie cognitive comportementale (DAS-H_____) dès septembre 2017.

g. Le 10 février 2017, plusieurs formulaires en vue d'une psychothérapie déléguée en faveur de A_____ ont été remplis et adressés à TARMED Suisse et à la FMH (Fédération suisse des médecins).

h. En date du 25 février 2017, B_____ a informé A_____ qu'elle avait contrôlé la facturation de cette dernière et qu'elle y avait trouvé des irrégularités. Dans cette même lettre, B_____ rappelle à A_____ que les heures facturables sont de 50 minutes et que la rédaction et lecture des notes concernant le patient ne doit pas durer plus de 10 minutes. Dans cette même lettre, B_____ a exprimé être surprise du comportement de A_____ qui exigeait d'être payée pour le temps qu'elle avait outrepassé sur les séances, tant sur la durée elle-même des séances que sur les prestations en l'absence du patient. L'employeuse a demandé à A_____ de régulariser sa facture pour le mois de février 2017 et de justifier les différentes prestations.

i. B_____ s'est adressée le 16 mars 2017 par courriel à la FMH pour se renseigner sur les conditions requises par la LAMal et la FMH l'a informée que la formation postgraduée ne remplissait pas certaines conditions et qu'une formation théorique de 10 heures était nécessaire. Peu après la FSP (Fédération suisse des psychologues) a fait part à B_____ que dans le cadre d'une demande de titre FSP

en psychothérapie, des heures théoriques en neurosciences ne seraient pas reconnues.

j. Le 26 avril 2017, B_____ a, lors d'une discussion avec A_____, indiqué à celle-ci qu'au vu de sa formation insuffisante, il lui était difficile de concevoir la poursuite des relations de travail.

k. Le 27 avril 2017, A_____ a été licenciée pour le 30 juin 2017. B_____ a motivé ce congé par des problèmes administratifs et la limitation des psychothérapies déléguées qui impliquent un manque de rentabilité.

l. Par courrier daté du 16 mai 2017, A_____ a répondu à B_____ qu'elle avait bien reçu sa lettre du 27 avril 2017 et lui a demandé s'il était possible de facturer ses consultations pendant la période de préavis en précisant qu'en cas de non réponse de B_____, elle suspendrait ses consultations.

m. Le 17 mai 2017, B_____ a fixé un rendez-vous au cabinet avec A_____ pour discuter de la reprise des patients. Par SMS du même jour, A_____ a indiqué à B_____ qu'elle ne pouvait pas se rendre au cabinet ce jour-ci, en raison de deux entretiens d'embauche.

n. B_____ a par courrier recommandé du 29 juin 2017, confirmé avoir licencié oralement A_____ le 26 avril 2017 et par écrit le 27 avril 2017. Dans ce même courrier, elle précise également les motifs du licenciement, conteste l'incapacité de travail de A_____ en faveur de A_____ et lui reproche de ne pas avoir proposé la reprise de ses activités, dès le 12 mai 2017, date de la fin de l'incapacité de travail. B_____ a également déclaré que les prétentions de salaire de A_____ étaient infondées au motif qu'elle travaillait auprès d'un tiers. Dans ce même courrier, B_____ a reconfirmé sa décision de licencier A_____.

o. Le 11 juillet 2017, A_____ a contesté ne pas avoir proposé ses services pendant la période de préavis. Le 27 juillet 2017, l'Appelante a contesté l'existence du licenciement oral par son employeuse. Dans son courrier du 27 juillet 2017, elle indique avoir reçu le courrier de licenciement daté du 27 avril 2017 le 2 mai 2017, date à laquelle elle se trouvait en l'incapacité de travail. Le congé serait intervenu durant une période de protection et serait ainsi nul. Dans cette hypothèse, seul le licenciement du 27 juin 2017 étant valable, le contrat de travail prendrait fin le 31 août 2017 plutôt que le 30 juin 2017. A_____ s'est également opposée au congé qu'elle estime abusif et a rappelé que le contrat de travail liant l'employeuse et l'employée prévoyait une activité de 30% et ne l'empêchait pas de travailler pour plusieurs employeurs en même temps. Elle a également contesté critique concernant sa facturation en argumentant que B_____ avait validé chacune de ses factures et que les patients ou les assurances ne s'étaient jamais plaints de sa facturation.

p. Par courrier du 22 septembre 2017, B_____ a intégralement contesté la position de A_____.

q. Par requête de conciliation déposée au greffe de l'Autorité de conciliation des prud'hommes le 5 octobre 2017, A_____ a assigné B_____ en paiement de la somme totale de 38'482 fr. 07. Lors de l'audience de conciliation du 16 janvier 2018, les parties ne sont pas parvenues à s'entendre. Une autorisation de procéder a été délivrée à cette occasion à A_____.

r. Par demande ordinaire déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 13 avril 2018, A_____ a assigné B_____ en paiement de la somme totale de 34'178 fr. 73. Ladite somme se décompose comme suit :

- 2'693 fr. 40 net, à titre de salaire afférent aux périodes de maladie, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2017 ;

- 17'491 fr. 85 net, à titre de salaire pour la période du 13 mai au 30 septembre 2017, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017 ;

- 13'993 fr. 48 net, à titre d'indemnité pour congé abusif équivalente à quatre mois de salaire, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017.

A_____ a également conclu à ce que B_____ soit condamnée à lui remettre un certificat de travail contenant une appréciation de la qualité de son travail et de sa conduite et a réclamé la remise des certificats de salaire pour les années 2016 et 2017 ainsi que les fiches de paie pour les mois de mai et décembre 2016, et de janvier, février et avril à septembre 2017.

En substance, A_____ a allégué avoir été empêchée de travailler pour des raisons de santé du 24 au 31 mars 2017 ainsi que du 28 avril au 12 mai 2017 et affirme ne pas avoir reçu de salaire pour ces périodes.

A_____ conteste également la validité du congé reçu le 2 mai 2017 durant sa période d'incapacité. Selon elle, le congé est intervenu au cours d'une période de protection et ce dernier serait par conséquent nul. Il en résulte que les rapports de travail ont pris fin le 30 septembre 2017 suite au courrier daté du 29 juin 2017 notifié à A_____ le 3 juillet 2017.

A_____ qualifie le congé donné par B_____ comme abusif car il ferait suite à des réclamations en paiement de salaire non versé sans motif par B_____ depuis des semaines et le reproche fait à A_____ de surfacturer ses prestations. Ce reproche serait infondé car B_____ n'avait jamais reçu de plainte de la part d'une assurance ou un client et qu'elle validait chaque facture émise par A_____. Dès lors, le motif de congé ne serait pas avéré. Par ailleurs, les agissements de B_____ auraient porté atteinte à la personnalité de A_____.

A_____ affirme remplir trois des quatre critères requis pour exercer en psychothérapie déléguée lors de son engagement dans le cabinet de B_____, le quatrième étant en cours de régularisation.

A l'appui de sa demande, A_____ a produit une notice sur la reconnaissance de l'unité fonctionnelle Psychothérapie déléguée dans le cadre d'un cabinet médical établie par la FMPP (*Foederatio Medicorum Psychiatricorum* et *Psychotherapeuticorum*). Selon cette notice, les psychothérapeutes employés n'ayant pas encore terminé leur formation mais qui remplissent les conditions minimales figurant dans le concept des unités fonctionnelles sont tenus de remplir une demande et un questionnaire auprès de la FMH.

Deux certificats médicaux pour les périodes du 24 au 31 mars 2017 ainsi que du 28 avril au 12 mai 2017 ont été produits par A_____.

s. Par mémoires de réponse et demande reconventionnelle déposés à l'office postal le 11 juin 2018, B_____ a conclu au déboutement de la demanderesse de toutes ses conclusions. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu à ce que A_____ soit condamnée à lui verser la somme de 1'076 fr. à titre d'indemnité pour abandon de poste.

A l'appui de ses conclusions, B_____ a notamment allégué la nullité du contrat liant les parties en raison de l'impossibilité de l'objet de celui-ci, à compter du 26 avril 2017, date correspondant au moment où la défenderesse a pris connaissance de ladite impossibilité par la réception de la décision de la FMH. Ainsi, aucune prétention postérieure ne pouvait être élevée par la travailleuse.

La défenderesse a admis qu'à l'engagement de A_____, celle-ci ne remplissait pas tous les critères requis. Concernant les reproches de surfacturation, B_____ a admis qu'elle n'avait jamais reçu de plainte de la part des assurances ni des clients. Elle a confirmé également avoir validé systématiquement les décomptes d'heures effectués par A_____.

Subsidiairement, à supposer que la nullité du contrat ne soit pas retenue, B_____ considère que A_____ a abandonné son poste de travail. A l'appui de son argument, B_____ a fait état de divers échanges SMS en date du 17 mai 2017 dans lesquels A_____ refuse de se présenter au cabinet. Dès lors, A_____ n'a pas offert de prestations à partir du 26 avril 2017, et n'avait donc pas de droit à un salaire. La résiliation du contrat ne pouvait pas être abusive car la décision de mettre fin aux relations de travail repose uniquement sur la réception de la décision négative de la FMH.

A l'appui de sa réponse, B_____ a produit une copie des différents documents universitaires de A_____ ainsi qu'une attestation de reconnaissance de ceux-ci en Suisse, établie le 23 juin 2015 par le Département fédéral de l'intérieur,

commission des professions de la psychologie. B_____ a également produit un arrêté du Conseil d'Etat du canton de Genève autorisant A_____ à exercer en tant que psychologue à titre dépendant en psychothérapie, psychologie clinique et neuropsychologie dans le canton de Genève.

t. Par mémoires de réplique et de réponse à la demande reconventionnelle du 20 août 2018, A_____ a souligné que B_____ était au courant qu'elle devait effectuer encore une formation et a contesté l'existence d'une décision de la FMH. Le courriel de la FSP n'était qu'un simple avis et non pas une décision négative. Le licenciement ne pouvait pas se fonder sur une décision négative inexistante. En ce qui concernait l'abandon de poste évoqué par B_____, A_____ a affirmé n'avoir été indisponible que le 17 mai 2017 et avoir proposé ses services pour la période de préavis.

u. Par duplique du 28 septembre 2018, B_____ s'est déterminée sur les nouveaux allégués de la réplique de A_____.

v. A l'audience de débats d'instruction du 11 décembre 2018, les parties ont confirmé leurs positions. B_____ a déposé un chargé de pièces complémentaire avec des fiches de paye pour les mois de mai et décembre 2016, janvier à avril et juin 2017 et des attestations de conformité rendues par la Commission pour la psychothérapie déléguée concernant trois témoins cités par la partie adverse. Elle a précisé toutefois qu'elle n'avait pas été en mesure de produire les attestations au préalable, ne sachant pas que la demanderesse voulait faire entendre ces témoins.

La pièce 40 produite par B_____ était un courrier d'une assurance, daté du 5 mai 2017 et la pièce 41 représentait le profil D_____ de A_____. A_____ s'est opposée au dépôt des pièces 37 à 41, celles-ci n'étant pas des novas et étant dès lors produites tardivement. La travailleuse s'est également opposée à ce que l'audition de E_____ en tant que témoin porte sur l'allégué 100 « en examinant les décomptes que la demanderesse avait établis en 2016, la défenderesse avait constaté une augmentation injustifiée des rendez-vous et un dépassement anormal de la durée des séances, soit des cas de surfacturation typiques au sens de la LAMal », la preuve par témoin n'ayant pas été offert sur ce point.

La pièce 39 de B_____ était une attestation de conformité concernant E_____, émise par la Commission pour la psychothérapie déléguée le 6 juin 2018. L'attestation contenait la confirmation que E_____ remplissait les conditions requises pour pratiquer la psychothérapie déléguée comme psychothérapeute en formation, malgré l'absence d'une reconnaissance intégrale qu'elle pourrait obtenir après quelques heures de théorie, d'expérience professionnelle et de supervision.

w. A l'audience des débats principaux du 19 février 2019, B_____ a remis à A_____ un certificat de travail mentionnant les bons rapports de cette dernière

avec ses patients. B_____ s'est engagée à transmettre à A_____ le certificat de salaire 2016. En ce qui concerne le certificat de salaire de l'année 2017, B_____ a affirmé qu'elle le transmettrait dès que la présente procédure serait terminée, celle-ci ayant un impact sur les salaires devant être inclus.

Au cours de l'audience d'instruction, A_____ a confirmé sa position. Elle a confirmé avoir eu une conversation téléphonique avec B_____ en date du 26 avril mais conteste que le licenciement lui ait été notifié à cette date. Elle a précisé que son employeuse lui avait demandé de régulariser la situation mais uniquement après son retour de son congé maternité en octobre 2016. Elle a confirmé également que la majeure partie de ses patients l'avaient suivie chez son nouvel employeur et que ce dernier avait facturé ses prestations à ces patients à partir du mois de mai ou juin 2017. A_____ affirme avoir été liée par un contrat de travail avec un autre médecin mais que celui-ci n'avait pas de patient à lui déléguer avant mai 2017. Dès mai 2017, l'activité de A_____ représentait 20 à 30%.

B_____ a également confirmé sa position. Elle a confirmé avoir exigé de A_____ la remise des documents à remplir pour la reconnaissance de l'unité fonctionnelle qu'à son retour de congé maternité. B_____ a indiqué s'être fondée sur un avis de la FMH et non sur celui de la FSP pour licencier A_____. Elle a également précisé que selon cet avis, seules les thérapies non remboursables par une assurance pouvaient être déléguées à A_____. Or, dans le cabinet, aucun patient ne payait ses thérapies.

Lors de l'audience des débats principaux du 19 février 2019, le Tribunal des Prud'hommes a également procédé à l'audition de E_____. Cette dernière a indiqué travailler pour B_____ depuis janvier 2016 à un taux de 20% environ. Lors de son engagement dans le cabinet de B_____, E_____ n'avait pas la reconnaissance pour des psychothérapies déléguées et n'avait pas non plus la formation postgrade nécessaire pour remplir les conditions requises pour pratiquer la psychothérapie déléguée. Cependant ayant commencé sa formation, elle était en règle et disposait d'un délai de cinq ans pour déposer son titre. E_____ a précisé ne pas être la seule en formation et a évoqué que A_____ souhaitait s'inscrire à une formation postgrade mais qu'elle n'y avait pas encore procédé. Selon E_____, A_____ était dans un état de stress à son retour de son congé maternité, cet état était, selon elle, lié à un délai échu pour l'inscription à [l'établissement de formation continue] H_____ en vue de compléter son dossier pour la délégation de psychothérapie. En ce qui concerne la fausse couche de A_____, E_____ a indiqué qu'elle ne s'en souvenait plus, malgré le fait qu'elle lui ait rendu visite afin de la soutenir durant cette période.

F_____, le mari de A_____ a témoigné de l'incapacité de son épouse à se défendre, celle-ci étant très affectée par la situation.

x. Le 7 mars 2019, B_____ a transmis le certificat de salaire 2016 et un certificat de travail comprenant la phrase « elle a été appréciée des patients et a toujours entretenu de bons rapports avec eux. » à la partie adverse ainsi qu'au Tribunal.

D. L'instance précédente a condamné B_____ à verser la somme de 5'693 fr. 35 à A_____ et à établir et à lui remettre un certificat de salaire pour l'année 2017.

a. Le Tribunal s'est déterminé sur la recevabilité des pièces invoquées par B_____. Seul le témoignage de E_____ a été accepté. Les autres preuves sollicitées ont été écartées au motif qu'elles ont été produites tardivement. Au sujet de la nullité du contrat de travail, l'instance précédente a retenu sa validité au motif que l'employeuse connaissait la situation administrative de la travailleuse en lien avec la reconnaissance de ses diplômes français tout au long de leurs rapports de travail et que d'autres personnes travaillant pour B_____ étaient dans la même situation. Il en résulte que l'absence d'une décision officielle de la FMH n'empêchait pas de facturer les prestations des thérapeutes et d'en recevoir les remboursements, aucune assurance, aucun client n'avait réclamé. Concernant la validité des congés donnés par l'employeuse, le Tribunal a estimé que seul le congé signifié en date du 3 juillet 2017 était valable, les autres ayant été notifiés durant la période de protection. De ce fait les rapports de travail ont pris fin le 30 septembre 2017. S'agissant des salaires pour les périodes afférentes à son incapacité de travail, le Tribunal a condamné B_____ à payer à A_____ une somme de 2'693 fr. 40 net avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2017. Le Tribunal a débouté B_____ de sa conclusion de condamner A_____ à payer une indemnité de 1'076 fr. pour abandon de poste car il a estimé que A_____ avait prouvé qu'elle ne pouvait pas assister au rendez-vous fixé par B_____ et qu'elle n'avait pas démontré un refus conscient, intentionnel et définitif d'entrer en service. En ce qui concerne la conclusion de A_____ de condamner B_____ à lui verser 17'491 fr. 85 net à titre de salaire pour les mois de mai à septembre 2017, le Tribunal l'a déboutée. A compter du 15 mai 2017, A_____ n'a plus proposé ses services à son employeuse et n'a donc pas exécuté sa prestation sans en être empêchée. Le Tribunal a également alloué une indemnité d'un montant de 3'000 fr. avec intérêts moratoires de 5% dès le 1^{er} octobre 2017 à A_____. B_____ a effectivement licencié A_____ au moment où elle se trouvait en demeure depuis plus de trois mois de payer le salaire de cette dernière. De surcroît, la motivation du congé était fictive, car elle était fondée sur des allégations non prouvées. Le Tribunal a ordonné à B_____ de remettre à A_____ le certificat de salaire 2017. Il a toutefois débouté A_____ de son exigence de modifier la formulation contenue dans le certificat de travail 2016 produit par B_____ le 7 mars 2019.

b. Dans son appel du 5 juillet 2019, A_____ fait grief au Tribunal des prud'hommes de ne pas avoir retenu qu'elle avait proposé ses services durant le délai de congé et d'avoir admis qu'elle était en demeure dès la fin de son incapacité et jusqu'à la fin de son contrat. L'appelante conteste également que le

Tribunal ne lui ait pas octroyé la somme de 17'791 fr. 85 avec intérêts de 5% dès le 1^{er} octobre 2017 pour les salaires non perçus des mois de mai à septembre 2017. L'appelante plaide que le Tribunal des prud'hommes a apprécié de façon inexacte les faits en retenant qu'elle n'avait pas proposé ses services. Or, dans sa lettre du 16 mai 2017, A_____ a informé B_____ qu'elle suspendrait ses consultations à défaut d'obtenir la confirmation qu'elle pouvait continuer à recevoir ses patients et facturer les heures effectuées durant la période de préavis. L'intimée n'a pas répondu à dite lettre et aurait donc par ce fait renoncé à la prestation de travail de la travailleuse. A_____ se retrouvait dans l'incapacité de continuer ses consultations après avoir proposé ses services à l'intimée. L'intimée a renoncé à faire appel car elle n'a pas accepté la proposition de cette dernière de continuer à facturer des séances, ne l'a pas interpellée et a préalablement attribué les patients à d'autres psychothérapeutes au sein de son cabinet. L'appelante a un droit à recevoir son salaire jusqu'à la fin du délai de congé car l'intimée était en demeure, ayant renoncé à la prestation de travail de la travailleuse.

c. Par réponse et appel joint du 22 août 2019, B_____ a conclu à la recevabilité de l'une des pièces produites devant le Tribunal, à ce que le chiffre 7 du jugement concernant l'indemnité pour licenciement abusif soit annulé et à ce que A_____ soit condamnée à lui verser une somme de 1'076 fr. à titre d'indemnité pour abandon de poste. Dans son écriture, l'Intimée persiste dans son argumentation que les relations de travail étaient devenues impossibles suite à la décision de la FMH et que la rationalité économique lui commandait de licencier A_____ à qui elle ne pouvait plus déléguer de thérapies. B_____ estime encore que A_____ a abandonné son poste en ne se présentant pas au cabinet le 17 mai 2017. Selon l'intimée, l'appelante ne comptait pas lui rendre compte de l'état des thérapies en cours ni lui restituer les dossiers des patients que A_____ avait détournés chez son nouvel employeur.

d. Par mémoire de réplique et de réponse à l'appel joint du 26 septembre 2019, A_____ a persisté dans ses conclusions et a condamné B_____ à l'entier des frais de la procédure de première instance et d'appel.

e. Pour sa part, B_____ a dupliqué le 1^{er} octobre 2019 indiquant persister dans ses conclusions.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur de plus de fr. 10'000.- au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Il a été déposé dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC), et respecte au surplus la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC).

L'appel est dès lors recevable.

1.2 Il en va de même de l'appel joint (art. 313 al. 1 CPC), qui est également recevable.

1.3 L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

- 2.** Le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevables les pièces produites par B_____ lors de l'audience des débats d'instruction.

Selon l'art. 229 CPC, une fois les débats principaux ouverts, les parties ne sont admises à produire de nouveaux moyens de preuve que si ceux-ci remplissent les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC, soit qu'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou ont été découverts postérieurement (let. a : *novas proproment dits*), soit qu'ils existaient avant mais ne pouvaient être invoqués antérieurement malgré toute la diligence de la partie qui s'en prévaut (let. b : *novas improproment dits*).

En l'espèce, la pièce litigieuse (pièce 37) a été produite après le double échange d'écritures. Or, un double échange d'écritures avant l'audience des débats d'instruction a pour conséquence de figer les débats. B_____ et son représentant n'ont pas fait preuve de la diligence requise car l'attestation de conformité concernant G_____, qui ne figurait pas parmi les témoins à entendre devant le Tribunal, pouvait être produite avant. Cette attestation de conformité d'une autre employée de B_____, datée du 16 juillet 2016 mais produite après le double échange d'écritures est dès lors produite tardivement et est irrecevable.

- 3.** Il convient d'analyser le contrat de travail liant les parties et les prétentions en découlant.

3.1 L'art. 320 CO prévoit que, sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale (al. 1). Il est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (al. 2).

L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO).

Conformément à l'art. 320 al. 3 CO un dol ou une erreur n'a en effet pas pour conséquence de rendre annulable un contrat de travail, lorsque l'employé a fourni de bonne foi sa prestation. Les parties restent alors tenues d'exécuter leurs obligations réciproques (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 100).

Il y a trois conditions d'application de l'art. 320 al. 3 CO : premièrement, la nullité du contrat, qui peut être relative ou absolue, concerne les vices de volonté

(par exemple un contrat ayant pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs). Deuxièmement, le travailleur doit être effectivement entré au service de l'employeur et avoir effectué une activité. La dernière condition est que le travailleur doit avoir fourni une prestation de travail de bonne foi, qui est présumée. Le travailleur est de mauvaise foi lorsqu'il connaît le vice dans la formation du contrat ainsi que l'invalidité du contrat découlant du vice (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 92s / ATF 132 III 242 consid. 4.2.3.).

Lorsque les trois conditions susmentionnées sont remplies, la relation contractuelle existe de fait entre les parties et l'une des parties peut mettre immédiatement un terme à la relation en invoquant la nullité du contrat (ATF 132 III 242, consid. 4.2.4 / REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 100).

En l'espèce, la situation administrative de A_____ en relation avec la reconnaissance de ses diplômes français était connue de B_____ au moment de son engagement. Il y avait également d'autres employés de B_____ dans la même situation que A_____. Comme la retenu le Tribunal, l'employeuse tardait à faire les démarches administratives lors de l'engagement de ses collaborateurs.

Par ailleurs, l'absence d'une décision officielle de la FMH n'empêchait pas A_____ et les autres collaborateurs de facturer leurs prestations. Il peut être important de relever qu'aucune assurance ni aucun client ne s'était plaint au sujet des factures.

Dès lors, la Cour considère que le contrat de travail passé entre A_____ et B_____ était parfaitement valable.

3.2 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, chaque partie est en principe libre de résilier le contrat de travail et un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier pour être valable. Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 CO; ATF 136 III 513 consid. 2.3; ATF 132 III 115 consid. 2.1; ATF 131 III 535 consid. 4.1).

L'art. 335c CO prévoit que le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement (al. 1). Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service (al. 2).

Pour produire ses effets, la résiliation doit être claire et précise et est soumise à réception (arrêt du Tribunal Fédéral 4A_89/2011 du 27 avril 2011 ; ATF 133 III 517 consid. 3.3). Une résiliation sous forme de lettre est réputée notifiée à l'autre partie lorsqu'elle entre dans la sphère d'influence de celle-ci et que l'on peut estimer selon les usages que la partie en prendra connaissance (PETER GAUCH et al. *Schweizerisches Obligationenrecht Band I und Band II: Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 10^{ème} édition p. 39s).

Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident. A teneur de ce même article, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service.

Un congé donné dans les périodes de protection mentionnées est nul (art. 336c al. 2 CO). S'agissant du but de l'art. 336c al. 2 CO, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que celui-ci est d'accorder au travailleur, même en cas de maladie et d'accident ou dans l'une des autres éventualités prévues par la loi, un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un nouvel emploi. Il s'agit donc de le placer dans les mêmes conditions que celui qui est en bonne santé, de manière à ce qu'il bénéficie, lui aussi, d'un laps de temps suffisant pour la recherche d'un nouvel emploi (arrêt du Tribunal Fédéral 4A_47/2008 du 29 avril 2008, consid. 3.3.1).

En l'espèce, il convient d'analyser les diverses résiliations. Premièrement, B_____ allègue avoir résilié le contrat de travail oralement le 26 avril 2017 sans amener de preuves autre que ses déclarations. Deuxièmement, une résiliation sous forme de lettre a été envoyée à A_____ en date du 27 avril 2017 et réceptionnée par cette dernière le 2 mai 2017. Or, du 28 avril au 12 mai 2017, A_____ était en incapacité de travailler selon le certificat médical produit. La deuxième résiliation est intervenue en temps inopportun et est nulle. La troisième résiliation a été envoyée par courrier le 29 juin 2017 et réceptionnée par A_____ le 3 juillet 2017. Cette dernière a formé opposition le 11 juillet 2017 par le biais de son conseil et a conclu à ce que la fin du contrat de travail soit fixée au 30 septembre 2017, un délai de préavis de 2 mois étant prévu pour la deuxième année de service.

Le seul congé produisant des effets est celui notifié à A_____ le 3 juillet 2017. Les rapports de travail ont donc pris fin le 30 septembre 2017.

3.3 Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Aux termes de l'art. 324a al. 1 CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident ou accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. La preuve de l'empêchement non fautif doit être apporté par le travailleur. Si le travailleur a été absent pour plus de trois jours, il est usuel de présenter un certificat médical (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 302). Le certificat médical produit n'est pas un moyen de preuve absolu et des circonstances particulières peuvent être prises en compte pour l'infirmier, comme le comportement du travailleur ou encore les circonstances à la suite desquelles le travailleur se déclare incapable de travailler (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 304 ; AURELIEN WITZIG, *Droit du travail*, Genève / Zurich / Bâle 2018, N. 705).

Si l'employeur doute de la véracité de l'incapacité de son travailleur, il est en droit de faire vérifier l'existence et le degré d'empêchement par un médecin-conseil (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 304).

Selon l'art. 324a al. 2 CO, la durée du droit au salaire est de trois semaines si le travailleur est dans sa première année de service, puis elle est augmentée par année de service en plus selon l'échelle bernoise. Ainsi, pour deux années de service, la durée du droit au salaire est d'un mois, de deux mois pour la 3^{ème} et 4^{ème} année de service et ainsi de suite (REMY WYLER / BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 310s. ; GABRIEL AUBERT, in : *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} édition 2012, N. 38ss ad art. 324a CO ; AURELIEN WITZIG, *Droit du travail*, Genève / Zurich / Bâle 2018, N. 703).

Les règles générales du droit des obligations prévoient que le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel (art. 104 al. 1 CO). Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO).

L'art. 339 al. 1 CO rend les créances exigibles dès la fin du contrat de travail et il est admis que lorsque le contrat de travail prend fin par licenciement, le débiteur est en demeure sans que le créancier ne doive l'interpeller (art. 102 al. 2 CO ; arrêt du Tribunal fédéral 4C_2/2003 du 25 mars 2003, consid. 10.3 et les références citées).

Selon l'art. 323 CO, si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement ne sont pas prévus par accord ou ne sont pas usuels et sauf clause contraire d'un contrat type de travail ou d'une convention collective, le salaire est payé au

travailleur à la fin de chaque mois (al. 1). Dès lors, le paiement du salaire est dû automatiquement à la fin de chaque mois sans qu'il y ait besoin d'une mise en demeure pour faire courir l'intérêt moratoire à 5% l'an (arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2000, consid. 4).

En l'espèce, A_____ a produit deux certificats médicaux pour ses deux périodes d'incapacité, le premier pour la période du 24 au 31 mars 2017 et le second pour la période du 28 avril au 12 mai 2017. La travailleuse ayant subi une fausse couche dans le courant du mois de mars, il lui était impossible de venir travailler durant la première période susmentionnée. A_____ a expliqué également que son deuxième arrêt était lié à une rechute concernant la fausse couche mais aussi au stress de ne pas avoir reçu de salaire pour sa première période d'incapacité.

En réponse, B_____ a admis avoir reçu les certificats médicaux mais a indiqué contester l'incapacité de la travailleuse en prétendant ne jamais avoir été au courant de sa fausse couche.

Il est vrai qu'un certificat médical n'est pas une preuve absolue et que sa validité peut être contestée. Le Juridiction des Prud'hommes retient à raison cependant que même si l'intimée conteste l'incapacité de la travailleuse, elle n'a pas apporté de preuves permettant de douter de la véracité des certificats produits par A_____. Dès lors, il convient de retenir que seule la travailleuse a apporté la preuve de son incapacité durant les périodes où elle ne s'est pas présentée au travail.

Afin de déterminer le montant dû pour les périodes d'incapacité, le Tribunal a calculé le salaire moyen de A_____ des douze mois précédant son incapacité. La moyenne des montants des douze mois s'élève à 4'307 fr. 47 et 198 fr. 04 par jour de travail (4'307.47 / 21.75), ce qui fait 3'366 fr. 70 nets pour les 17 jours d'incapacité. Le contrat de travail liant A_____ et B_____ prévoyait le droit d'obtenir 80% du salaire en cas d'incapacité (art. 9 al. 2 dudit contrat de travail), soit un total net de 2'693 fr. 35.

Les intérêts moratoires de 5% sont à payer dès la date du 1^{er} juin 2017, date invoquée par A_____ lors de sa demande en paiement du 13 avril 2008.

En conclusion, B_____ sera condamnée à verser à A_____ une somme de fr. 2'693.31.- avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2017 à titre de salaire pour les périodes d'empêchement non fautif de la travailleuse.

- 4. 4.1** L'abandon d'emploi ou la non-entrée en service est un cas de résiliation avec effet immédiat de la part du travailleur (ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 7ème éd., N. 2 ad art. 337d CO). Il y a abandon d'emploi selon l'art. 337d CO lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L'application de cette disposition

présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié (arrêt du Tribunal fédéral 4C_370/2001 du 14 mars 2002 consid. 2a; ATF 112 II 41 consid. 2). Le contrat de travail prend fin immédiatement, sans que l'employeur doive notifier au salarié une résiliation immédiate de son contrat (ATF 121 V 277, consid. 3a ; GABRIEL AUBERT, in : Commentaire Romand CO I, 2^{ème} édition 2012, N. 1 ad art. 337d CO).

La preuve de l'abandon d'emploi ou de la non-entrée en service incombe à l'employeur (ADRIAN STAEHELIN, *Der Arbeitsvertrag Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR*, in : Zürcher Kommentar, N. 16 ad art. 337 d CO).

La nullité du licenciement sur la base de l'art. 336c al. 2 CO ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation de travail alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire (art. 319 et 324 CO ; arrêt du Tribunal Fédéral 4C_259/2003 du 2 avril 2004 consid. 2.1). S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure (art. 102 ss CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO ; ATF 135 III 349, consid. 4.2).

Selon l'art. 337d al. 1 CO, lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; il a en outre le droit à la réparation du dommage supplémentaire. L'employeur ne doit pas prouver un dommage particulier, il suffit qu'il l'allègue pour obtenir l'indemnité forfaitaire prévue par le législateur. S'agissant du fardeau de la preuve, dans l'hypothèse où l'employeur réclame plus que l'indemnité forfaitaire, il lui appartient de prouver son dommage supplémentaire (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 773).

A teneur de l'art. 337d al. 3 CO, si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les 30 jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon de l'emploi. Cependant, l'employeur peut opposer sa créance en compensation, sans être limité par le montant ni le temps. Cette possibilité permet à l'employeur d'attendre que le travailleur formule lui-même ses prétentions (WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 774).

En l'espèce, le 26 avril 2017, A_____ et B_____ se sont entretenues téléphoniquement suite à la réception de l'avis de la FSP par B_____. Lors de cette conversation, l'employeuse a évoqué à son employée la difficulté de concevoir la poursuite des relations de travail. Dans cette problématique également, B_____ ne fait état d'aucune déclaration de A_____ dans le sens d'un refus de poursuivre son activité le 26 avril 2017. La Cour estime également que n'ayant pas remis en cause la véracité des certificats médicaux produits par

A_____, B_____ ne peut pas prétendre que sa travailleuse a abandonné son poste le 26 avril 2017 étant donné que cette dernière était en incapacité de travail du 28 avril au 12 mai 2017.

Le 17 mai 2017, un rendez-vous était fixé au cabinet entre A_____ et B_____. En première instance, A_____ a produit l'entier de l'échange de SMS entre son employeuse et elle afin de démontrer qu'elle n'était pas disponible à cette date en raison de deux entretiens d'embauche. Dans son appel joint, B_____ reproche à sa travailleuse d'avoir refusé de se présenter au cabinet après avoir été sommée deux fois de le faire. Elle a également allégué que A_____ avait refusé de se rendre à la réunion mensuelle de supervision des psychothérapies en cours qui était agencée de longue date au 17 mai 2017. L'intimée avance que A_____ ne s'est pas présentée au cabinet à la date prévue car elle tendait à transférer les patients vers un cabinet concurrent auprès duquel elle était préalablement engagée. Selon l'employeuse, A_____ ne voulait pas lui rendre de comptes au sujet des thérapies en cours, ni lui restituer les dossiers des patients détournés. Le comportement de A_____ serait, selon l'intimée, représentatif d'un abandon de poste. En l'occurrence, A_____ a démontré s'être rendue à deux entretiens d'embauche et elle n'a dès lors pas refusé définitivement de poursuivre les relations de travail mais a plutôt eu un empêchement ponctuel. Elle n'a pas abandonné son poste le jour du 17 mai 2017.

Le 16 mai 2017, A_____ a envoyé un courrier à son employeuse afin de clarifier la question de savoir si elle pouvait toujours facturer ses consultations durant le délai de préavis. La travailleuse a toutefois précisé qu'elle suspendrait ses consultations si elle ne devait pas recevoir de réponse de la part de son employeuse. Même si l'arriéré du salaire de A_____ lui avait été versé, un doute quant à la possibilité de facturer normalement les consultations demeurerait. Dans ses mémoires de réponse à l'appel et appel joint, B_____ affirme que dans sa lettre du 16 mai 2017, A_____ lui a interdit de lui faire concurrence et qu'elle considérait la clientèle comme la sienne. La Cour estime que de tels propos ne ressortent pas de dite lettre et ne relève pas l'argument soulevé par l'intimée.

B_____ n'a pas répondu à cette lettre avant le 29 juin 2017 et n'a pas interpellé A_____ pour clarifier la situation ou pour exiger une prestation de la part de cette dernière. Le 29 juin 2017, près de deux mois après, B_____ a renoué le congé à son employée sans mentionner un abandon de poste. Le congé a été valablement notifié le 3 juillet 2017 et les rapports de travail ont pris fin le 30 septembre 2017.

La Cour retient que la lettre du 16 mai 2017 ne démontre pas une intention de A_____ d'abandonner son poste mais plutôt la volonté de clarifier certains points concernant l'avenir des consultations pendant la période de préavis. L'appel joint, infondé, est par conséquent rejeté.

-
5. **5.1** L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO).

La prolongation des rapports de travail basée sur l'art. 336c al. 2 CO ne modifie rien aux droits et obligations découlant du contrat de travail. Ainsi, le travailleur doit continuer de fournir sa prestation dès qu'il a recouvré sa capacité de travailler et s'il ne vient pas travailler sans motif légitime, il se trouve en demeure. L'employeur peut alors refuser de lui verser son salaire sur la base de l'art. 82 CO (ATF 135 III 349, consid. 4.2).

En l'espèce, A_____ a prouvé par certificat médical avoir été incapable de travailler du vendredi 28 avril au vendredi 12 mai 2017 et a reçu une indemnité à titre de salaire pour cette période. Dès le lundi 15 mai 2017, la travailleuse devait proposer ses services à son employeuse.

En date du 16 mai 2017, A_____ a contacté par courrier son employeuse afin de clarifier la situation à propos de la facturation des consultations. Dans sa lettre, elle a déclaré qu'elle suspendrait ses consultations si elle n'obtenait pas une réponse de son employeuse. Dès lors, étant tenue de se présenter à son travail dès la fin de son incapacité, A_____ n'a plus offert ses services. Même si elle ignorait la date correcte de la fin des rapports de travail, il ne s'agissait pas d'un motif légitime pour ne pas proposer ses services. Attendant une réponse de son employeuse, elle n'a pas jugé opportun de relancer cette dernière afin de savoir concrètement si elle devait se présenter ou non. Il en résulte que dès le 15 mai 2017 jusqu'à la fin du contrat de travail, elle se trouvait en demeure et ne peut pas exiger recevoir un salaire pour la période de juin à septembre 2017.

6. **6.1** En vertu de l'art. 336 al. 1 let. d CO, qui vise le congé de représailles (ou congé-vengeance), le licenciement est abusif s'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition suppose la réalisation de quatre conditions : premièrement, la partie qui s'est vue notifier le congé doit avoir émis des prétentions existantes. Ces prétentions doivent découler du contrat de travail et peuvent notamment porter sur le salaire, les primes, les vacances etc. Le destinataire de la résiliation doit avoir fait valoir ses prétentions de bonne foi et il existe un lien de causalité entre la formulation de la prétention et la résiliation. L'employeur doit avoir pris sa décision de licencier son travailleur suite à la demande de ce dernier (REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Berne 2019 p. 796ss).

En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (arrêt du Tribunal Fédéral 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, consid. 4.1 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N. 17 ad art. 336 CO, p. 661).

La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à qui le congé a été notifié. En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif ; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (arrêt du Tribunal Fédéral 4C_262/2003 du 4 novembre 2003, consid. 3.2; arrêt du Tribunal Fédéral 4C_121/2001 du 16 octobre 2001, consid. 3b).

Le licenciement abusif produit ses effets, il n'est pas nul ni annulable. Cependant, l'art. 336a al. 1 CO prévoit que la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.

Selon l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander une indemnité pour résiliation abusive (art. 336 et 336a CO) doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait part de son désaccord avec le congé qui lui a été notifié est à interpréter comme une opposition (arrêt du Tribunal Fédéral 4C.39/2004 du 8 avril 2004, consid. 2.1; arrêt du Tribunal Fédéral 4A_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 4.1.2. ; arrêt 4C_233/2006 du 25 octobre 2006, consid. 3). Il suffit que l'employeur comprenne que l'employé s'oppose au congé (ATF 123 III 246, consid. 4c).

Selon l'art. 336b al. 2 CO, si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports 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 de ses droits.

6.2 L'indemnité octroyée en raison du congé abusif a une double fonction : la première fonction est punitive, car elle exerce ou devrait exercer un effet préventif et la deuxième est réparatrice car elle devrait atténuer l'impact de la résiliation survenue pour le travailleur (CHRISTIAN BRUCHER / PATRICK MANGOLD / JEAN CHRISTOPHE SCHWAB, Commentaire du contrat de travail, 4^{ème} édition 2019, n. 2 ad 336a CO, p. 389). L'indemnité est versée à la victime directement et cette dernière n'a nullement besoin de démontrer un dommage pour en bénéficier (ATF 123 III 391, consid. 3c).

En vertu de l'art. 336a al. 2 CO, l'indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail, qui ne peut pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du

travailleur, doit être fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et décide au cas par cas (art. 4 CC). Le montant de l'indemnité est évalué en fonction de la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'employé, de l'intensité et de la durée des rapports de travail des parties, des effets économiques du licenciement, de l'âge et de la situation personnelle du travailleur, des conditions existantes sur le marché du travail, de la situation économique des parties et d'une éventuelle faute concomitante du travailleur licencié (JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013. N. 14 ad art. 336a CO, p. 692 ; ATF 123 III 246, consid. 6a).

6.3 L'article 339 al. 1 CO prévoit qu'à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Une interpellation n'est pas nécessaire et les intérêts moratoires commencent à courir dès la date de fin des rapports de travail. Cette règle concerne toutes prétentions découlant du contrat de travail, notamment les créances en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) et pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3) (arrêt du TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, consid. 6 ; GABRIEL AUBERT, in : *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} édition 2012, N. 4 ad art. 339 CO ; CHRISTIAN BRUCHER / PATRICK MANGOLD / JEAN CHRISTOPHE SCHWAB, *Commentaire du contrat de travail*, 4^{ème} édition 2019, N. 1 ad 339 CO, p. 443).

Le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel (art. 104 al. 1 CO).

En l'espèce, A_____ a formé opposition au congé en date du 29 juillet 2017, soit avant la fin du délai de congé. L'opposition respecte ainsi le délai prescrit par l'art. 336b al. 1 CO. La requête de conciliation datant du 5 octobre 2017 respecte également le délai de 180 jours dès la fin du contrat pour introduire l'action judiciaire. A_____ peut dès lors valablement prétendre à une indemnité pour licenciement abusif.

Il reste à déterminer si le congé était abusif.

La première résiliation est intervenue durant la période d'incapacité de A_____ et était nulle car notifiée en temps inopportun. Les raisons de la résiliation étaient notamment la limitation des psychothérapies déléguées, impliquant un manque de rentabilité.

Il peut être important de rappeler que lors de la première résiliation du 27 avril 2017, B_____ se trouvait en demeure de payer le salaire à son employée depuis plus de trois mois (à savoir depuis janvier 2017). Selon B_____, le non-versement de salaire était dû à des problèmes de surfacturation de A_____. L'employeuse a confirmé qu'elle validait à chaque fois les décomptes d'heures de sa travailleuse et qu'aucun patient ni une assurance ne s'étaient plaints des

factures qu'elle leur émettait. Dès lors, l'employeuse n'avait pas de raison valable de retenir le salaire de A_____.

Même si B_____ s'est prévalu du motif de logique économique dans son écriture d'appel joint, la Cour peine à comprendre le raisonnement de l'employeuse qui employait d'autres travailleurs avec diplômes étrangers. Les autres travailleurs possédaient également des diplômes non reconnus mais cela ne posait aucun problème ni d'un point de vue administratif ni du point de vue de la facturation aux assurances.

Comme évoqué, B_____ a, par le biais de son représentant, répété la résiliation le 29 juin 2017. Dans ce courrier, B_____ rappelle les motifs du licenciement, à savoir les problèmes de surfacturation.

B_____ a indiqué dans ses écritures que le licenciement était dû suite à la réception d'une décision de la FMH. En se basant sur cette décision, l'employeuse a évoqué la nullité du contrat, ce dernier ayant un objet impossible. Or, lors de l'audience du 19 février 2019, A_____ a indiqué à son employeuse que la décision reçue le 27 avril 2017 avait été émise par la FSP et non de la FMH. B_____ a répondu qu'elle s'était basée sur le courrier de la FMH du 16 mars 2017.

A_____ a été engagée dès le 1^{er} novembre 2015 mais son contrat de travail n'a été établi que le 4 avril 2016. Il ressort également des enquêtes que les formulaires administratifs pour E_____ n'ont été finalisés qu'en été 2016 et que la réponse de la FMH n'est intervenue que le 6 juin 2018, soit deux ans après. La Cour retient que B_____ n'était pas pressée de régulariser les documents administratifs relatifs à ses employés. On peine à comprendre dès lors la précipitation de B_____ de licencier son employée en se basant sur un simple avis de la FSP au lieu d'attendre une décision officielle de la Commission pour la psychothérapie déléguée. Il n'y avait pas d'urgence de licencier A_____ étant donné qu'aucune assurance n'avait exigé une restitution des prestations versées à B_____ pour les consultations effectuées par sa travailleuse. Le motif de rationalité économique ne peut pas être suivi pour les raisons évoquées et dès lors la motivation du congé est considérée comme fictive.

Il convient d'analyser les conséquences du licenciement pour évaluer le montant de l'indemnité. Concernant la durée des rapports de travail, ceux-ci sont de moins de trois ans, soit d'une durée relativement courte. Dès la fin de son activité dans le cabinet de B_____, A_____ a pu retrouver une activité d'environ 20 à 30% chez un autre employeur. La majorité de ses patients la suivie chez son nouvel employeur et il en résulte que la fin des relations de travail n'a eu qu'un faible impact sur la situation de A_____.

Le Tribunal a retenu à juste titre que l'employeuse avait agi d'une manière peu exemplaire. B_____ a licencié A_____ peu après une fausse couche, en prétendant ne pas avoir pas été au courant et en remettant en doute son incapacité. L'employeuse a donné comme motifs différents problèmes administratifs et/ou de surfacturation non établis. B_____ s'est également permise de licencier son employée dans une période où elle était en demeure de lui payer son salaire depuis plusieurs mois. La Cour confirme donc l'indemnité pour licenciement abusif d'un montant de 3'000 fr. net allouée en première instance.

Les intérêts courent dès le lendemain du 30 septembre 2017, date de la fin des rapports de travail.

En conclusion, l'Intimée est condamnée à verser à l'Appelante une somme nette de 2'693 fr. 35. avec intérêts moratoires de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2017 ainsi qu'une somme de 3'000 fr. avec intérêts moratoires de 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017.

7. Au vu de ce qui précède, l'appel est infondé et le jugement attaqué sera confirmé.
8. Il n'est pas perçu de frais (art. 114 let. c et 116 CPC; art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 71 RTFMC) ni alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ contre le jugement JTPH/204/2019 rendu le 4 juin 2019 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/23608/2017.

Déclare recevable l'appel joint interjeté par B_____ contre ce même jugement.

Au fond :

Confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens

Siégeant :

Monsieur Serge FASEL, président; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.