RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

Juridiction des prud'hommes
Cause n°C/8957/2006-5

POUVOIR JUDICIAIRE

* COUR D'APPEL*

(CAPH/173/2009)

T___
Dom. élu: Syndicat SIT
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie demanderesse, appelante

E___
Dom. élu : Me Cédric DUMUR
Rue Eynard 6
1205 Genève

Partie défenderesse, intimée

Monsieur A___
Dom. élu : Me Marc MATHEY-DORET
Boulevard des Philosophes 14
1205 Genève

Partie appelée en cause

D'une part

D'autre part

ARRET

du 4 décembre 2009

Mme Valérie LAEMMEL-JUILLARD, Présidente

Mme Monique FORNI et M. Marc SINNIGER, juges employeurs

Mmes Josiane POITRY-PINOL et Béatrice BESSE, juges salariées

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

A.

a) Par acte adressé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 22 avril 2009, T___ appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 23 mars 2009 et expédié le lendemain pour notification par pli LSI, qui l'a déboutée de ses conclusions en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif à l'encontre de E___.

Cette dernière, qui avait appelé en cause avec succès son ancien directeur, A___, pour le cas où T___ devait obtenir contre elle le plein de ses conclusions en paiement, n'ayant, vu l'issue du litige, aucune prétention récursoire à faire valoir, a été également déboutée, par les premiers juges, de ses propres conclusions à l'encontre dudit appelé en cause.

b) T___ a conclu, dans le cadre de son appel, à l'annulation du premier jugement, sans en contester l'état de fait retenu.

Elle n'a toutefois pas repris ses moyens et conclusions, fondés devant les premiers juges sur l'application de l'art. 336 CO, et a conclu, en application des art. 335c al. 2 CO et 3.5 de la Convention collective des Établissements médico-sociaux pour les personnes âgées (ci-après CCT), à ce que la Cour d'appel dise que son délai de congé avait été de quatre mois, dans le cadre d'un licenciement à la suite de la suppression de son poste et en l'absence de propositions par l'E___ d'un autre poste correspondant à ses aptitudes et à ses connaissances.

En conséquence, elle a conclu au paiement de trois mois de salaire supplémentaire par E___ à la suite de ce congé, soit la somme brute de 17'866 fr. 80 sans intérêts moratoires.

c) Par écritures de réponse du 27 mai 2009, E___ a conclu, *principalement,* à l'irrecevabilité de l'appel ainsi qu'à la confirmation du premier jugement, en faisant valoir que le principe du double degré de juridiction impliquait que le litige soumis au juge d'appel devait être identique à celui dont le premier juge avait été saisi, ou en d'autres termes, que la juridiction supérieure ne pouvait pas trancher un chef de demande sur le mérite duquel le premier juge ne s'était pas prononcé.

En conséquence, selon l'art. 312 LPC applicable à titre supplétif (art. 11 LJP), les mêmes prétentions devaient être soumises en première instance et en appel, seule l'argumentation juridique pouvant être librement modifiée.

Or, T___ lui avait réclamé en vain, en première instance, une indemnité pour licenciement abusif, alors qu'en appel, et sans contester le caractère non abusif de son licenciement économique retenu par les premiers juges, elle réclamait le paiement de salaires supplémentaires dû dans le cadre d'un délai étendu de congé. Elle avait ainsi modifié ses prétentions, qui, en appel, n'étaient pas identiques à celles formulées en première instance, ce qui devait conduire au rejet dudit appel pour cause d'irrecevabilité.

Subsidiairement, E___ a conclu, sur le fond, également au rejet des conclusions de T___, dont le contrat de travail de durée indéterminée avait été normalement résilié dans le respect de l'art. 3.3 CCT, moyennant un délai de congé d'un mois.

Seule en effet, selon E___, cette disposition conventionnelle était applicable au licenciement économique de T___ devant permettre la réduction du nombre des employés de E___ et la diminution de sa masse salariale qui lui était imposée par l'OCPA.

T___ n'avait ainsi pas été licenciée à la suite de la suppression proprement dite de sa fonction, circonstance qui aurait conduit E___ à devoir lui proposer un autre poste à l'interne, ou à défaut, à la licencier moyennant un délai de congé étendu à quatre mois, conformément à l'art. 3.5 CCT, qui n'était pas applicable en l'espèce.

Plus subsidiairement, E___ a conclu à ce que A___ soit condamné à la relever de toute condamnation en paiement prononcée à son encontre, le cas échéant, en faveur de T___.

d) De son côté, A___ a conclu *principalement*, dans ses écritures déposées le 3 juin 2009, à ce qu'il soit constaté qu'il avait été mis hors de cause, T___ n'ayant pas pris de conclusions en appel à son encontre, et, *subsidiairement*, à ce que la précitée soit déboutée de ses conclusions au fond.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) E___ est une association exploitant un EMS, sis à Z___, qui est soumis à la Loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées (LEMS).

b) Par contrat de travail conclu le 27 octobre 2004, E___ a engagé T___, de nationalité française et domiciliée en France voisine, avec effet au 1er novembre 2004, en qualité d'infirmière diplômée, à un taux d'activité de 80 %, et pour un salaire mensuel brut de 5'955 fr. 60.

Ce contrat renvoyait expressément aux dispositions de la CCT, tout en prévoyant que *"pour tous les cas non prévus par la CCT, les parties se référeront à la législation en la matière (législation fédérale et cantonale : notamment Codes des Obligations, lois fédérale et cantonale sur le travail)"*.

c) Le 1er décembre 2004, E___ a, en outre, engagé A___ en qualité de directeur, responsable de la bonne marche de l'EMS ainsi que de sa gestion administrative et financière, notamment de l'engagement et du licenciement de son personnel soignant et auxiliaire ainsi que de l'instruction et de la surveillance dudit personnel (art. 14 LEMS).

E___ l'a par la suite licencié avec effet au 31 octobre 2005, par courrier du 7 septembre 2005.

d) Par courrier antérieur signé par A___ et B___, l'infirmier-chef de l'établissement, adressé à T___ le 14 septembre 2005, reçu le 17 septembre 2005, cette dernière avait reçu son congé pour l'échéance du 31 octobre 2005.

Ce courrier confirmait un entretien du même jour entre ces trois personnes, mais ne faisait pas état non plus du motif du congé de T___. Toutefois, elle a reçu par la suite un certificat "intermédiaire" de travail daté du 15 septembre 2005, à nouveau signé par A___ et B___, motivant ledit congé par *« la restructuration de notre service des soins infirmiers »*.

e) Par lettre du 7 octobre 2005, adressée au Président de E___, C___, le syndicat SIT a dénoncé les méthodes d'organisation du travail par l'infirmier-chef, B___, le sous-effectif chronique du personnel soignant à cause du non remplacement des personnes absentes, enfin, les menaces de représailles du précité, en cas de refus du personnel de se plier à ses incessants changements de planning ou en cas d'arrêt de travail pour cause de maladie.

Selon le SIT, en outre, A___ s'était complètement défaussé de ses responsabilités de gestion du personnel sur cet infirmier-chef, qui faisait régner au sein du personnel, un climat de surveillance réciproque, de défiance et de délation, créant une situation de mobbing collectif très démotivante.

f) Par demande sur formulaire pré-imprimé, déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes, le 2 avril 2006 et complétée le 5 avril 2005, T___ a réclamé à E___ le versement d'une indemnité pour licenciement abusif fondée sur l'art. 336a CO, en 33'734 fr. avec intérêts à 5 % dès le 21 octobre 2005.

Elle a fait valoir que bien qu'elle eût travaillée à satisfaction de tous dès son engagement, elle s'était trouvée en conflit avec le nouvel infirmier-chef, B___, qui faisait régner un climat de harcèlement psychologique collectif auquel T___ n'avait pas adhéré, alors que, de son côté, le directeur de l'EMS, A___, n'avait pas réagi à cette situation, bien qu'il en fût informé.

En conséquence, selon T___, son licenciement était abusif au sens de l'art. 336 CO, car il intervenait à titre de représailles, A___ ayant violé son devoir de protection de la personnalité de cette employée imposé par l'art. 328 CO, en réglant son conflit patent avec l'infirmier chef par le licenciement contesté, présenté faussement au sein du personnel de l'EMS comme un congé fondé sur une prétendue faute grave alléguée de T___.

g) La cause a été déclarée non conciliée à l'issue de l'audience du 8 mai 2006 et renvoyée devant le Tribunal des prud'hommes.

h) Par mémoire de réponse déposé le 6 juin 2006, E___ a annoncé vouloir appeler A___ en cause et ce dernier, ainsi que T___ se sont déterminés sur cette question, la procédure au fond étant suspendue jusqu'à droit jugé sur l'appel en cause.

Par jugement du 26 octobre 2006 (TRPH/808/2006), le Tribunal des prud'hommes a déclaré cet appel en cause irrecevable, solution que la Cour de céans a infirmée en le déclarant recevable, par arrêt du 29 mai 2007 (CAPH/88/2007), la jonction des causes C/16395/2006 – 5 et C/8957/2006 – 5 sous le n° C/8957/2006 – 5 étant ordonnée et les premiers juges invités à reprendre l'instruction au sujet du licenciement abusif allégué par T___ ainsi que de sa prétention en dommages intérêts pour ce motif à l'encontre de E___.

Cette décision sur appel en cause étant devenue définitive, l'instruction au fond a pu être reprise.

i) Il sera souligné à ce stade que, dans le cadre de l'instruction susmentionnée sur appel en cause, A___ avait déclaré que C___ avait insisté auprès de lui pour qu'il réduise la masse salariale de l'EMS. S'il avait alors licencié T___ dans le cadre de la réorganisation du secteur des soins infirmiers de l'EMS, c'était parce qu'elle était l'une des infirmières les plus récemment engagées, pour un salaire relativement élevé en regard de ses années d'expérience.

E___ a, de son côté, confirmé avoir donné pour instructions à A___ de réduire les charges de l'établissement, tout en précisant n'avoir pas visé spécifiquement le licenciement de T___ en particulier.

j) Lors d'une nouvelle audience du 4 novembre 2008, les parties ont persisté dans les termes et conclusions de leurs écritures respectives.

Des témoins, employés ou ex-employés de E___, ont été entendus au sujet de leurs rapports professionnels, parfois difficiles, avec l'infirmier-chef B___, de même que sur les instructions données par ce dernier, qui avait, par ailleurs, indiqué à l'une des anciennes infirmières entendues que le licenciement de T___ avait été décidé par A___, pour des raisons budgétaires.

En audience d'enquêtes du 20 janvier 2009, la comptable de l'établissement a encore déclaré avoir reçu pour instruction de l'OCPA, courant 2005, de réduire les charges salariales de 70'000 fr. sur la deuxième moitié de 2005.

Ce témoin a précisé que A___ avait alors sélectionné les quatre ou cinq personnes à licencier - dans le secteur des soins principalement - en relation avec ce plan d'économie par la réduction des charges salariales.

B___ a, pour sa part, dit qu'il avait été décidé, de concert avec A___, de licencier T___, qui était la dernière arrivée parmi le personnel infirmier, dont il fallait réduire les charges. Il a confirmé qu'il s'agissait d'un licenciement purement économique et, qu'à la même époque, E___ avait également dû réduire le temps de travail de deux autres personnes.

Les parties ont renoncé à l'audition de témoins supplémentaires.

k) Dans son jugement querellé du 23 mars 2009, le Tribunal des Prud'hommes a souligné que le licenciement abusif dont se plaignait T___ était soumis à l'art. 336 CO, la CCT ne réglementant pas cette question.

Les premiers juges n'ont pas estimé que les conditions posées par l'art. 336 al. 1 litt. e) CO pour admettre un licenciement abusif - à savoir que T___ avait, de bonne foi, émis des prétentions à l'encontre de l'infirmier-chef, qui avaient joué un rôle déterminant dans ce congé -, étaient remplies, au vu du résultat de l'instruction de la cause, dont il ressortait que ce congé avait été donné pour des raisons économiques.

l) A la suite du présent appel contre cette décision, les parties ont été entendues par la Cour de céans, en audience de comparution personnelle du 1er octobre 2009, l'appelé en cause A___, domicilié à l'étranger, étant valablement représenté par son conseil.

T___ a persisté dans ses conclusions en appel, tout en admettant n'avoir pas allégué, en première instance, un licenciement économique pour suppression de fonction au sens de l'art. 3.5 CCT, de sorte que, partant, sa prétention devant les premiers juges consistait dans le payement par E___ en sa faveur de dommages et intérêts et non de salaires.

Ce nonobstant, il n'en restait pas moins, selon T___, que l'art. 312 LPC contrevenait à l'exigence de simplicité de la procédure prud'homale, qui lui permettait de faire valoir, en appel, des faits, moyens de droit et conclusions qui n'avaient pas été soulevés en première instance.

En conséquence, la présente Cour devait entrer en matière sur la question de son licenciement économique pour suppression de fonction, qui signifiait que la personne qui travaillait à cette fonction devait l'acquitter et pouvait en théorie être remplacée par une personne moins bien payée.

A cet égard, les termes « suppression de fonction » mentionnés dans l'art. 3.5 CCT ne signifiaient pas que la fonction elle-même, qui pouvait être occupée par plusieurs personnes, était supprimée, mais que seul un poste, soit la présence d'un employé déterminé, était supprimée.

Elle fondait cette interprétation sur le fait que, lors de la négociation de la CCT en 1995, les licenciements économiques n'étaient pas envisageables dans le domaine des soins, de sorte que la suppression de poste dans le seul cadre d'une réorganisation avait été réfléchie, raison pour laquelle l'art. 3.5 CCT ne visait pas expressément une telle suppression de « poste ».

E___ a persisté dans sa position, son représentant relevant que T___ occupait, lors de son licenciement, la fonction d'infirmière veilleuse ou de nuit et que cette fonction n'avait pas été supprimée, puisque la présence d'un infirmier 24 heures sur 24, soit y compris pendant la nuit, avait été maintenue dans l'EMS.

A l'issue de cette audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel est recevable.

1.2. Les parties ne contestent pas, devant la Cour de céans, les compétences *ratione materiae* et *ratione loci* de la Juridiction genevoise des prud'hommes, qui ont, à

bon droit, été admises par les premiers juges dans leurs considérants à cet égard, que la Cour fait siens, tout en rappelant que sa cognition est complète.

1.3. Le contrat de travail conclu le 27 octobre 2004 entre l'appelante et l'intimée renvoie à la CCT, qui est dès lors applicable à la présente cause.

2.

2.1. L'appelante n'a pas formulé, en appel, les conclusions articulées devant les premiers juges, en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Elle a demandé, en lieu et place, à la Cour de céans la condamnation de l'intimée au paiement de quatre mois - et non pas d'un seul mois - de salaire, équivalent à un délai de congé étendu en application des art. 335c al. 2 CO et 3.5 CCT, dès lors qu'elle avait été licenciée à la suite de la suppression de sa fonction et en l'absence de propositions par l'intimée d'un autre poste correspondant à ses aptitudes et à ses connaissances.

2.2. En application de l'art. 11 de la LJP, les dispositions, notamment de la loi de procédure civile (ci-après LPC) sont applicables à titre supplétif aux litiges de droit du travail.

2.3. Conformément à l'art. 312 LPC, précisément applicable à titre supplétif, la LJP ne prévoyant rien à cet égard, une partie ne peut, en principe, pas présenter devant la Cour des conclusions qui n'ont pas été soumises au premier juge, sous réserve de quelques rares exceptions prévues par cette disposition, dont aucune n'est pertinente pour le cas d'espèce (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 5 ad art. 312 LPC).

Il est toutefois permis de se prévaloir, en appel, de faits dont les parties n'avaient pas connaissance en première instance, ou qui se sont produits postérieurement au jugement. Celui qui invoque des faits nouveaux doit toutefois prouver qu'il ne les a connus que depuis le jugement, en indiquant par qui ou comment ils ont été portés à sa connaissance (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 8 ad art. 312 LPC).

Les principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit valent également dans le domaine de la procédure (ATF 126 I 165 consid. 3b et les références citées).

2.4. En l'espèce, l'appelante ne conteste pas les faits tels que retenus par les premiers juges, ni n'allègue des faits nouveaux en appel, enfin, ne conteste pas non plus la solution retenue par le Tribunal des prud'hommes, à savoir que le licenciement dont elle s'était plainte n'était pas abusif.

Par ailleurs, ses conclusions relatives au paiement de trois mois de salaires supplémentaires, qui ont remplacé, en appel, celles en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif figurant dans sa demande formée devant les premiers juges, ne se fondent sur aucun fait nouveau, soit qui serait intervenu depuis le premier jugement ou dont l'appelante ne pouvait avoir connaissance avant son prononcé.

En effet, l'appelante fonde ses nouvelles prétentions sur le fait que ce licenciement aurait été décidé à la suite de la suppression de sa fonction, telle que prévue par l'art. 3.5 CCT, ce qui lui donnerait droit à un délai de congé étendu à quatre mois au lieu d'un mois.

Il apparaît toutefois qu'il a été mentionné à plusieurs reprises, lors de l'audition de l'intimée et de certains témoins par le Tribunal des prud'hommes, que le licenciement de l'appelante avait dû être décidé pour une raison économique, à savoir l'obligation pour l'intimée de réduire ses charges salariales, étant en outre précisé que l'appelante avait été licenciée parce qu'elle était la dernière engagée des infirmières employées par l'intimée.

Ainsi, alors que le motif économique de son licenciement n'était donc pas inconnu de l'appelante lors de la procédure menée devant les premiers juges, elle n'a pourtant jamais émis de prétention en relation avec ce motif économique pour réclamer l'application en sa faveur de l'art. 3.5 CCT en première instance, quand bien même elle aurait été habilitée et en mesure de le faire.

Ainsi, le principe du double degré de juridiction - impliquant que cette prétention en paiement de salaires supplémentaires, soumise au juge d'appel, soit identique à celle dont le premier juge avait préalablement été saisi - n'a pas été respecté par l'appelante.

En effet, elle a, non seulement, modifié son argumentation juridique en seconde instance, ce qu'elle était en droit de faire, mais a encore réclamé précisément ces salaires, en lieu et place des dommages intérêts demandés en première instance, ce qui constituait une prétention différente.

Il en découle qu'en application de l'article 312 LPC, ses nouvelles conclusions en appel doivent être déclarées irrecevables, cet appel rejeté et le premier jugement confirmé.

Il sera relevé, à cet égard, que les impératifs d'une procédure simple et rapide devant les autorités prud'homales ne dispensent pas les parties d'appliquer, dans le respect du principe de la bonne foi, les règles de procédure en vigueur et n'imposent, par ailleurs, pas au juge d'entrer en matière à n'importe quel stade de la procédure au sujet de n'importe quels moyen ou prétention nouvellement soulevés.

2.5. Cela étant, et à titre superfétatoire, il sera souligné, sur le fond, que, contrairement à ce qu'elle allègue, il ne ressort pas de la procédure que son licenciement économique aurait été consécutif à la suppression de la fonction de l'appelante, telle que visée expressément par l'art. 3.5 CCT.

L'intimée a, en effet, expliqué à la Cour, sans que ces circonstances ne puissent raisonnablement être contestées par l'appelante, que les fonctions d'infirmière de jour comme de nuit avaient été maintenues au sein de l'EMS géré par l'intimée, puisqu'une présence avait continué à être assurée 24 heures sur 24, même après le départ de l'appelante.

Cette dernière a encore tenté, en comparution personnelle devant la Cour de céans, une interprétation toute personnelle des termes de l'art. 3.5 CCT, en ce sens que la suppression d'une « fonction » équivalait, selon elle, à la suppression d'un « poste », soit en définitive au licenciement d'un employé déterminé, comme dans le cas de l'appelante.

Or, il n'apparaît pas non plus que cette interprétation, proposée en dernier ressort par l'appelante pour les besoins de la cause et à la limite de l'abus de droit, trouverait un fondement dans la systématique de la CCT, son interprétation littérale ou les discussions ayant précédé son entrée en vigueur.

3. L'appelé en cause n'étant pas visé par le présent appel et l'intimée n'ayant pas de prétention à faire valoir à son encontre, compte tenu de la solution retenue, tant en première instance qu'en appel, le premier jugement sera confirmé également à son égard.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par T___ contre le jugement prononcé par le Tribunal des prud'hommes, le 23 mars 2009, dans la cause C/8957/2006-5 ;

Au fond :

- rejette cet appel et confirme le premier jugement ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction La présidente