

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4161/2018-5

CAPH/205/2019

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 26 NOVEMBRE 2019**

Entre

A\_\_\_\_\_, [association] sise \_\_\_\_\_, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 14 mars 2019 (JTPH/97/2019), comparant par M<sup>e</sup> Vanessa MARAIA-ROSSEL, avocate, Gillioz Dorsaz & Associés, rue du Général-Dufour 11, 1204 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, intimé, comparant [le syndicat] C\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, auprès duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 novembre 2019.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par jugement JTPH/97/2019 du 14 mars 2019, notifié aux parties le 15 mars 2019, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 15 février 2018 par B\_\_\_\_\_ contre [l'association] A\_\_\_\_\_ (ci-après, A\_\_\_\_\_ ; ch. 1 du dispositif), condamné A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ 14'306 fr. 75 bruts, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er décembre 2017 (ch. 2), ainsi que 6'000 fr. nets avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er décembre 2017 (ch. 3), invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 4), condamné A\_\_\_\_\_ à établir et à remettre à B\_\_\_\_\_ un certificat de travail dont le contenu serait conforme aux considérants du jugement (ch. 5) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 6).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 29 avril 2019, A\_\_\_\_\_ a conclu à l'annulation des ch. 2, 3, 4 et 6 du jugement. Cela fait, elle a conclu à ce que la Cour déboute B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.
- b.** B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ et à la confirmation du jugement entrepris.
- c.** L'association n'ayant pas répliqué, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger par avis du 14 juin 2019.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :
- a.** L'association a pour but l'exploitation de trois établissements médico-sociaux à Genève, soit "EMS D\_\_\_\_\_", "EMS E\_\_\_\_\_" et "EMS F\_\_\_\_\_".
- b.** B\_\_\_\_\_ a été engagé par A\_\_\_\_\_, en qualité d'animateur, à partir du 5 mars 2014, par contrat de travail à durée indéterminée non daté. La convention collective de travail des EMS genevois (ci-après, la CCT) faisait partie intégrante du contrat de travail.
- Selon la CCT, l'employé d'EMS doit "*faire preuve de tact et de gentillesse envers les résidents et leurs proches, user de patience et de compréhension et s'empresse à secourir et à rendre service*" (art. 3.9.2).
- Le contrat prévoyait un délai de congé de trois mois pour la fin d'un mois dès la troisième année de service.
- Le taux d'activité de B\_\_\_\_\_ a été fixé à 80% à compter du 1er juin 2014, puis il est devenu animateur qualifié dès le 1er octobre 2015, son taux d'activité restant inchangé.

---

En dernier lieu, son salaire mensuel brut s'élevait à 5'250 fr. versés treize fois l'an. B\_\_\_\_\_ avait un droit aux vacances annuel correspondant à cinq semaines.

Selon son cahier des charges, B\_\_\_\_\_ devait, notamment, encadrer "*le personnel en formation (apprentis ASE) et [évaluer] ses prestations en collaboration avec le responsable de l'animation.*"

c. B\_\_\_\_\_ n'a jamais eu un quelconque problème avec un résident, jusqu'au 7 août 2017, soit jusqu'aux faits objets de la présente procédure, ni postérieurement d'ailleurs. Il ressort des témoignages de ses anciens collègues que B\_\_\_\_\_ entretenait de bonnes relations et avait de bons échanges avec les résidents et que son comportement était bienveillant, mais parfois quelque peu familier. Un témoin a déclaré que le comportement de B\_\_\_\_\_ relevait d'une "*grande proximité*", mais qui n'était pas de la familiarité. Il lui arrivait en effet de chatouiller, faire peur ou encore pincer la joue d'un résident, voire de parfois "*faire la bise*" à certains résidents ou d'appeler, à une occasion, un résident par son prénom afin de capter son attention. Après son départ, les résidents demandaient "*après lui*". Il était un "*bon professionnel*".

B\_\_\_\_\_ s'était néanmoins vu reprocher des arrivées tardives par son employeur lors d'une séance de "*recadrage*" du 20 avril 2017. Il était aussi sujet à des épisodes de somnolence ou de sommeil lors d'animations ou de réunions. Néanmoins, selon l'employeur, le licenciement ne reposait pas sur ces motifs.

d. Le 7 août 2017, lors d'une animation avec plusieurs résidents assurée par B\_\_\_\_\_, l'un d'eux s'est endormi. B\_\_\_\_\_ a alors jeté un stylo feutre dans sa direction pour le réveiller et attirer son attention.

Dans sa demande, B\_\_\_\_\_ a exposé qu'il avait jeté le feutre sur les jambes du résident, voire sur ses genoux. En audience devant le Tribunal, il a déclaré n'avoir pas *jeté* le feutre sur le résident, il s'agissait d'un geste moins agressif.

G\_\_\_\_\_, assistant socio-éducatif depuis le 1<sup>er</sup> juin 2017 auprès de A\_\_\_\_\_, avait assisté à la scène. Entendu comme témoin par le Tribunal, il a déclaré que le feutre avait été jeté *sur* le résident qui dormait. Il a été procédé à une reconstitution dans la salle d'audience. Le témoin a alors jeté le feutre sur l'un des juges comme il avait vu B\_\_\_\_\_ le faire. Le Tribunal a alors constaté : "*Le geste n'est absolument pas violent. Le stylo atteint à peine sa cible pourtant à deux mètres de lui. Il n'y a aucune force dans le mouvement.*"

Une résidente, qui n'a pas été entendue, avait, selon le témoin G\_\_\_\_\_, assisté à la scène et avait déclaré "*ça ne se fait pas ça !*" d'un air choqué.

Selon un autre témoin qui avait assisté à la scène, H\_\_\_\_\_, stagiaire à l'époque, B\_\_\_\_\_ avait tenté d'attirer l'attention du résident en l'appelant par son nom, puis

---

avait jeté un stylo "*à ses pieds*", mais sans le toucher. Son objectif était selon elle de faire du bruit à proximité de la personne âgée, mais celle-ci était restée endormie. Une autre résidente avait eu, selon le témoin, l'air d'être choquée, mais elle n'avait rien dit. Le Tribunal a procédé à une reconstitution similaire à celle exécutée avec le témoin G\_\_\_\_\_ et a constaté que : "*Le geste est dénué de toute violence, de toute force et de toute agressivité.*" Le témoin a confirmé que l'attitude de B\_\_\_\_\_ n'était pas méchante.

**e.** Le même jour et dans la même salle, un second incident a eu lieu impliquant B\_\_\_\_\_ et un autre résident, désorienté et connu pour des tendances à la cleptomanie.

Dans sa demande, B\_\_\_\_\_ a allégué qu'ayant aperçu ce résident s'approcher des téléphones internes posés sur une table, il avait lancé sur la table le même stylo feutre. En audience, il a cependant déclaré qu'il n'avait pas *jeté* le feutre sur la table. Il s'agissait d'un geste moins agressif.

Selon le témoin H\_\_\_\_\_, qui avait assisté à la scène, B\_\_\_\_\_, situé à l'autre bout de la pièce et après avoir vainement essayé d'entrer en communication verbale avec le résident qui entendait mal, avait jeté un stylo qui était tombé derrière le résident, sans l'atteindre. Ici encore, elle a décrit le geste de B\_\_\_\_\_ comme dénué de méchanceté. B\_\_\_\_\_ n'avait pas accusé le résident de voler.

**f.** En fin de journée, H\_\_\_\_\_ avait reparlé de ces événements avec G\_\_\_\_\_, qui lui avait conseillé de ne pas agir ainsi.

Celui-ci, selon son témoignage, avait attendu le retour de vacances de sa responsable, I\_\_\_\_\_, le mardi 22 août 2017, pour lui parler de l'incident auquel il avait assisté. Selon le témoin I\_\_\_\_\_, responsable animation employée depuis 2009 par A\_\_\_\_\_ et supérieure hiérarchique de B\_\_\_\_\_ et de G\_\_\_\_\_, celui-ci était venu lui parler le 22 ou le 23 août 2017. Elle avait organisé une réunion le vendredi suivant, soit le 25 août 2017, avec le Directeur, revenu de vacances le 21 août 2017, et la responsable des ressources humaines, J\_\_\_\_\_, revenue de vacances le 15 août 2017.

H\_\_\_\_\_ a été entendue par I\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_.

Le Directeur a alors pris la décision de licencier B\_\_\_\_\_ avec effet immédiat.

B\_\_\_\_\_ était, lui, absent du 25 au 28 août 2017 y compris.

**g.** Le 29 août 2017, B\_\_\_\_\_, alors en réunion avec des collègues a été appelé à venir s'entretenir avec sa cheffe, J\_\_\_\_\_.

En présence de I\_\_\_\_\_ et selon un procès-verbal produit par A\_\_\_\_\_ et dont l'auteur est inconnu, il lui a alors été reproché ses retards et ses endormissements.

Puis, les incidents du 7 août précédent lui ont été exposés. Il les a admis, en invoquant traverser une période difficile. Le licenciement immédiat a alors été annoncé.

B\_\_\_\_\_ est retourné auprès de ses collègues et leur a annoncé, à leur stupéfaction, qu'il quittait l'entreprise.

**h.** Selon le courrier de licenciement du même jour, les motifs du licenciement de B\_\_\_\_\_ ont été décrit comme le fait d'avoir lancé un feutre en direction d'un résident endormi et d'avoir agi de même en direction du résident à tendance cleptomane. Ces motifs comprenaient aussi le fait que B\_\_\_\_\_ avait demandé au résident cleptomane "*d'arrêter de voler*". Ainsi, il l'avait "*stigmatisé*" en sachant que ledit résident souffrait de désorientation et avait pour habitude d'emmener des objets dans sa chambre.

Ces faits avaient été constatés par "*plusieurs témoins*".

**i.** Par courrier du 13 septembre 2017, B\_\_\_\_\_ a, par l'intermédiaire [du syndicat] C\_\_\_\_\_, contesté son licenciement.

**j.** A\_\_\_\_\_ a refusé d'entrer en matière.

**k.** B\_\_\_\_\_ a retrouvé un emploi à compter du mois d'octobre 2017. Son salaire brut pour le mois d'octobre 2017 a ainsi été de 2'046 fr. 85 et composé du salaire de base de 1'717 fr. 65, du prorata du treizième salaire de 143 fr. 15 et de 186 fr. 05 d'indemnités de vacances. Pour le mois de novembre 2017, son salaire brut a été de 2'384 fr. 20 et composé du salaire de base de 2'000 fr. 75, de la part afférente au treizième salaire de 166 fr. 70 et de l'indemnité de vacances de 216 fr. 75.

**l.** Par requête déposée au greffe de l'autorité de conciliation des prud'hommes le 15 février 2018 et non conciliée le 13 avril 2018, puis expédiée le 13 juillet 2018 au Tribunal, B\_\_\_\_\_ a assigné A\_\_\_\_\_ en paiement de la somme totale de 24'806 fr. 72 avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er décembre 2017.

**m.** L'association a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions.

**n.** Entendu en audience, B\_\_\_\_\_ a reconnu qu'il n'aurait pas dû agir de la sorte, mais que la réaction de son employeur était excessive.

**o.** Lors de l'audience du 18 décembre 2018, les parties ont plaidé oralement et persisté dans leurs conclusions.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

- 
- D.** Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré le licenciement immédiat comme étant injustifié. Aucun des résidents n'avait été touché par les stylos lancés dans leur direction. Il s'agissait d'une façon maladroite d'interpeller les personnes âgées, mais dépourvu de violence. D'ailleurs, les faits paraissaient peu graves, puisque le collègue de B\_\_\_\_\_ avait attendu près de trois semaines pour les relater à la hiérarchie. De surcroît, le licenciement avait été signifié tardivement, soit près d'une semaine après que le supérieur hiérarchique ait pris connaissance des faits. En sus de l'indemnité relative au salaire dû pour la période du délai du congé, un montant de 6'000 fr. lui a été alloué à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

### **EN DROIT**

- 1.** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est, comme en l'espèce, supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), l'appel est recevable (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC).

- 2.** L'appelante estime que, contrairement à l'opinion du Tribunal, le licenciement avec effet immédiat de l'intimé était justifié.

**2.1** L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a et les références citées). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 213 consid. 3.1; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une telle mesure (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 129 III 380 consid. 2.2).

En particulier, un manquement au devoir de fidélité du travailleur peut constituer un juste motif de congé. En vertu de l'art. 321a al. 1 CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur: il doit s'abstenir d'entreprendre tout ce qui pourrait lui nuire économiquement (ATF 127 III 86 consid. 2c; 117 II 560 consid. 3a).

Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid. 3.1). L'employeur peut toutefois s'en abstenir lorsqu'il ressort de l'attitude de l'employé qu'une telle démarche serait inutile (ATF 127 III 153 consid. 1b).

Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position du travailleur au sein de l'entreprise, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1, 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a).

Il incombe à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions de celle-ci (justes motifs, avertissement, etc.) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_37/2010 du 13 avril 2010 consid. 4.1).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO); il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 consid. 4.2 et les arrêts cités). Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position du travailleur au sein de l'entreprise, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a). La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté; cela peut valoir pour un cadre comme pour une caissière de supermarché (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1; 108 II 444 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_177/2017 du 22 juin 2017 consid. 2.3; 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.2; 4C.51/2006 du 27 juin 2006 consid. 2.2.3).

Selon la jurisprudence, un licenciement immédiat a été considéré justifié au sein d'un établissement médico-social soit un cadre "*où il est notoirement requis des employés qu'ils soient particulièrement retenus dans leurs gestes*", à l'encontre d'une employée qui avait levé la main sur l'une de ses collègues (CAPH/56/2013 du 1<sup>er</sup> juillet 2013) et à l'encontre d'un soignant ayant l'intention d'entretenir une relation sexuelle avec une patiente de 96 ans dont il n'avait pas pu être déterminé si elle était consentante ou non (CAPH/195/2003 du 24 septembre 2003).

Dans les structures de soins, le licenciement avec effet immédiat est réservée aux cas graves et répétés de violation des instructions de l'employeur (HENSCH,

---

Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht 2012 p. 17).

**2.2** En l'espèce, l'appelante, pour justifier le licenciement immédiat prononcé à l'encontre de l'intimé, se réfère au contexte particulier des soins prodigués en EMS et des obligations afférentes aux employés de ce milieu, du rôle de formateur et de cadre de l'intimé, des circonstances des lancers de feutre, des réactions de personnes présentes et de fautes passées de l'intimé.

Il ne paraît pas contestable que le travail en milieu médico-social implique une position particulière des employés face aux résidents, qui sont, souvent, diminués dans leurs capacités cognitives et physiques. Cela n'implique cependant pas que tout écart à la politesse à leur égard soit prohibé et que les employés en question, en particulier lorsqu'ils sont membres d'une équipe d'animation, fassent preuve de déférence absolue à l'égard des résidents. Au contraire, ces établissements étant un lieu de vie, à moyen ou long terme pour la plupart des résidents, il semble bien plutôt qu'une certaine familiarité, contenue dans certaines limites, soit inévitable et bénéfique à l'humeur et au bien-être des personnes âgées en particulier. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelante, si le personnel d'EMS doit tout particulièrement veiller aux besoins des résidents les plus affaiblis, l'on ne saurait la suivre lorsqu'elle en déduit que tout comportement s'assimilant à de la familiarité serait interdit. A ce titre, le cahier des charges de l'intimé, auquel se réfère l'appelante, ne fait que reprendre les conceptions qui précèdent. Il s'ensuit que le Tribunal n'a pas occulté dans son jugement des aspects essentiels des obligations de l'intimé en tant qu'employé.

De surcroît, l'appelante entend désormais qualifier l'intimé de *formateur* et de *cadre* alors qu'elle n'a jamais allégué de telles positions au sein de l'entreprise en première instance. Outre que ses faits nouveaux sont irrecevables en appel, il ne ressort pas de l'argumentation de l'appelante en quoi les comportements reprochés constitueraient une violation de ses devoirs de formateur, si ce n'est qu'il ne s'était pas comporté de façon exemplaire devant une stagiaire, ni, d'ailleurs, dans quelle mesure il avait des responsabilités particulières à l'égard de la stagiaire concernée, mis à part d'exercer son travail en sa présence. Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne résulte pas du cahier des charges que l'intimé aurait eu une quelconque responsabilité à l'égard des stagiaires, puisqu'il n'est fait référence qu'aux apprentis. De surcroît, il n'a jamais été soutenu par l'appelante à l'appui du licenciement immédiat qu'il reposerait sur une violation des devoirs de formateur de l'intimé. Quant à une prétendue position de "*cadre*", il est peu crédible de soutenir qu'un employé en classe 15, payé quelque 5'000 fr. bruts par mois, pourrait être considéré comme tel, sur le simple fondement qu'il organisait seul des animations et qu'il suppléait à la responsable en son absence.



Quoi qu'il en soit, même à retenir que l'intimé occupait une position de *formateur* ou de *cadre*, les circonstances des incidents à l'origine du licenciement ont été correctement appréciées par le Tribunal.

S'agissant du premier incident, l'appelante discute la question de savoir si le feutre serait tombé sur les jambes du résident ou à côté de lui. Cette distinction paraît de peu d'importance dans la mesure où il s'agit d'examiner si le geste revêtait une gravité telle qu'elle justifiât un licenciement immédiat. Or, il ressort du dossier que le geste de l'intimé était dénué de violence ou de tout caractère méchant et que le jet du feutre n'était d'aucune manière de nature à blesser le résident. Quelle que soit la valeur probante de la reconstitution effectuée en audience à l'instigation du Tribunal, il n'existe pas un seul élément du dossier permettant de retenir que le feutre aurait pu d'une manière ou d'une autre porter atteinte à l'intégrité physique du résident. Celui-ci ne s'est d'ailleurs pas rendu compte de l'événement, puisqu'il a continué à sommeiller. En outre, l'appelante entend faire prévaloir les déclarations de la stagiaire qu'elle avait elle-même recueillies au sein de l'entreprise sur sa déposition de témoin entendue par le Tribunal, ce qui n'est pas possible. Il s'ensuit qu'il peut être retenu que le geste de l'intimé était dénué de méchanceté et de violence, même à supposer que le stylo ait touché le résident.

Quant au second incident, les mêmes constatations sont applicables, si ce n'est qu'il est ici certain que le stylo n'a pas touché le résident. L'appelante procède à de longs développements sur la distance depuis laquelle le stylo aurait été lancé en rapport avec la surface de la pièce où s'étaient déroulés ces événements, sans pour autant avoir allégué en première instance ou en appel la taille de ladite pièce, ni produit aucune pièce à cet égard. Il n'en reste pas moins que l'on ne discerne pas sur quel motif elle se fonde pour affirmer que ce feutre présentait un danger pour le résident ou d'autres personnes, puisqu'il ne ressort pas du dossier qu'un autre résident se serait trouvé sur la trajectoire. Il s'agit de pures conjectures, du même ordre de celle imaginant la présence d'un journaliste dans la pièce, qui confinent à la fantaisie.

En lien avec le second incident, il faut souligner que le licenciement était plus particulièrement fondé sur le fait d'avoir traité de *voleur* le résident et de l'avoir stigmatisé. Or, ce comportement ne ressort pas des preuves administrées et l'appelante ne l'allègue plus en appel. Cependant, il est établi que le résident avait des tendances cleptomanes. Ainsi, il n'était concevable qu'il décide de s'emparer de téléphones et qu'il ait été ensuite difficile de les retrouver, puis de les utiliser à nouveau, de sorte que la volonté de l'intimé de l'en empêcher ne paraît un motif futile.

Quoi qu'il en soit, l'on ne saurait augmenter la gravité des comportements en se prévalant, à l'instar de l'appelante, des réactions des autres personnes présentes. Que le comportement de l'intimé n'ait pas été exemplaire, ce qui ne saurait être

contesté, et qu'il ait heurté des personnes présentes ne signifie pas encore qu'il était d'une gravité telle qu'il justifiait un renvoi immédiat. Bien au contraire, aucune plainte n'est parvenue à la direction, si ce n'est près de trois semaines plus tard, lorsque le collègue de l'intimé a rapporté les faits à la responsable. Le fait que celle-ci était en vacances ne justifie pas à lui seul que l'employé ait attendu aussi longtemps. En effet, il semble que le comportement de l'employé dénonciateur a été adéquat dans la mesure où un tel comportement de l'intimé pouvait justifier que l'employeur lui indique qu'elle ne le tolérerait pas à l'avenir, mais ce comportement ne justifiait en aucun cas la prise de mesures d'urgence. Retenir que les autres employés ou résidents ont été *choqués* provisoirement ou de manière durable est une extrapolation qui ne ressort pas du dossier, puisqu'il semble au contraire que les résidents ont conservé leur affection pour l'intimé jusqu'à son départ. A l'instar du Tribunal, il faut en déduire que la réaction, somme toute modérée des personnes présentes, démontre la gravité limitée du geste de l'intimé.

Enfin, les écarts de l'intimé en lien avec les horaires et des somnolences ne présentent aucun rapport avec ce que lui a reproché l'appelante pour justifier son licenciement immédiat et n'ont pas été invoqué à l'appui de celui-ci. L'appelante est donc malvenue de s'en prévaloir.

Il s'ensuit que le Tribunal a, à bon droit, qualifié de *maladroit* le geste de l'intimé, à savoir d'avoir lancé sans force et sans agressivité un feutre en direction de deux résidents, lesquels n'ont pas été mis en danger et ne se sont même pas rendus compte de ce qui se passait. Il est erroné de soutenir que l'intimé ne pouvait pas manifester des formes de camaraderie et de familiarité avec les résidents sauf à déshumaniser sa fonction d'animateur. En l'absence de toute mise en danger des résidents, l'intimé n'a pas violé fondamentalement ses devoirs, ni de manière répétée, malgré des avertissements. Il s'ensuit que, même en tenant compte du contexte particulier d'un EMS, le licenciement immédiat ne reposait pas sur des justes motifs.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner si le licenciement est intervenu à temps.

La décision du Tribunal sera donc confirmée sur ce point.

3. L'appelante conteste l'allocation d'un montant à titre d'indemnité de vacances, ainsi que d'un montant à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

### 3.1

**3.1.1** Lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 337 CO), les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est communiqué, peu importe qu'il soit justifié ou injustifié, que son exercice soit jugé tardif par la suite en procédure (arrêts du Tribunal fédéral

4C.291/2005 du 13 décembre 2005 consid. 3 et 4; 4C.348/2003 du 24 août 2004 consid. 3.3) ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun. Le travailleur n'a ni à protester contre le licenciement injustifié, ni à continuer à offrir ses services (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_372/2016 du 2 février 2017 consid. 5.1.2).

Si les conditions de l'art. 337 al. 1 CO ne sont pas remplies, le travailleur a droit à des indemnités pécuniaires à charge de l'employeur (art. 337c al. 1 à 3 CO). Tout d'abord, il a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire (art. 337c al. 1 CO; ATF 125 III 14 consid. 2b et c), sous déduction de ce qu'il a épargné par suite de la cessation du contrat de travail, ainsi que du revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou du revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO).

Aux termes de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. D'après la jurisprudence, des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 128 III 271 consid. 4a/aa p. 280 s. et les références). Le Tribunal fédéral a déjà eu à examiner la question du droit aux vacances dans le cas d'un employé qui, comme en l'espèce, avait été libéré de l'obligation de travailler pendant la durée du délai de congé, sans que l'employeur n'ait donné d'instruction au sujet des vacances. Elle a considéré en substance que le point de savoir si le solde de vacances non prises devait être indemnisé en espèces devait être tranché de cas en cas, en se fondant sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant (cf. ATF 128 III 271 consid. 4b/cc p. 282 s.). Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié ait, en plus de ses vacances, suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_84/2005 du 16 juin 2005 consid. 7.2).

Selon la jurisprudence, si le droit au paiement des vacances en espèces doit en tout cas être reconnu au travailleur qui est renvoyé alors que le contrat eût pu prendre fin normalement dans un délai relativement bref, de deux à trois mois par exemple, il ne saurait en être nécessairement de même dans certaines situations particulières, comme celle où l'indemnisation du travailleur, en vertu de l'art. 337c al. 1 CO, couvre une longue durée. En effet, le paiement des vacances en plus du salaire perdu se justifie lorsque le travailleur, privé de ses ressources et obligé de rechercher un nouvel emploi, ne peut véritablement organiser et prendre ses vacances ou lorsqu'il trouve une place qu'il doit occuper immédiatement (ATF 117 II 270 consid. 3b).

**3.1.2** Ensuite, l'employé peut avoir droit à une indemnité supplémentaire, que le juge doit fixer en tenant compte de toutes les circonstances et qui ne peut pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire (art. 337c al. 3 CO). En principe, cette indemnité couvre le tort moral subi par le travailleur (ATF 135 III 405 consid. 3.1) Sauf cas exceptionnel, elle doit être versée pour tout licenciement immédiat dénué de justes motifs (ATF 133 III 657 consid. 3.2 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_173/2018 du 29 janvier 2019 consid. 5.1).

L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante et les effets économiques du licenciement entrent aussi en considération (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_161/2016 du 13 décembre 2016 consid. 3.1 et les arrêts cités).

Le juge tiendra aussi compte des effets économiques du licenciement, ce qui présuppose de prendre en considération aussi bien la situation économique de l'employeur que celle de l'employé (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 6.2.1; cf. ATF 123 III 391 consid. 3b/aa).

En ce qui concerne le comportement des parties (dont le juge tiendra également compte), il s'agira notamment d'observer, s'agissant de l'attitude de l'employeur, si celui-ci a permis à l'employé de s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement ou si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité de ses employés (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 déjà cité consid. 6.2.1).

Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.2.2).

## **3.2**

**3.2.1** En l'espèce et concernant le paiement des vacances contesté par l'appelante, celle-ci fait valoir que le délai de congé de trois mois prévu par le contrat faisait obstacle au paiement des vacances. Elle se réfère à la jurisprudence selon laquelle le travailleur est en mesure, lorsque le délai de congé est relativement long, soit deux à trois mois, de prendre des jours de repos en parallèle à la recherche d'un emploi.

Cependant, bien que le délai prévu dans le contrat de l'intimé était de trois mois et donc relativement long au regard de la jurisprudence, l'intimé a commencé un nouvel emploi un peu plus d'un mois après son licenciement immédiat. Il s'ensuit que le délai de congé effectif, lors duquel il n'a pas eu à travailler, ni pour l'appelante, ni pour son nouvel employeur, a été limité à un mois.

L'on se trouve donc précisément dans le cas prévu par la jurisprudence où l'employé retrouve un emploi rapidement. Dans ce cas, il ne peut être attendu de lui qu'il prenne des jours de repos pendant le délai de congé, ce qui est particulièrement le cas en l'occurrence, puisque l'intimé a cherché et trouvé un emploi en moins d'un mois.

D'ailleurs, sa proactivité profite indirectement à l'appelante, puisqu'elle voit le salaire perçu auprès de l'autre employeur venir diminuer l'indemnité qu'elle doit à titre de salaire pendant le délai de congé, y compris s'agissant des vacances. Il paraîtrait donc injuste de priver l'intimé de cette indemnité.

Le calcul de l'autorité de première instance s'agissant de l'indemnité à titre de salaire pendant le délai de congé, de treizième salaire et de vacances n'étant pas remis en cause pour le surplus, il sera confirmé. Ainsi, l'appelante doit verser à l'intimé 14'306 fr. 72, avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017, à ce titre.

**3.2.2** S'agissant de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, le Tribunal a relevé que les gestes reprochés à l'intimé étaient inadéquats, mais dénués de toute violence et de méchanceté. L'intimé avait regretté son geste et il était un bon employé depuis plus de trois ans. Il avait été soudainement coupé de toutes relations avec ses collègues et les résidents, desquels il n'avait pas pu prendre congé. Une indemnité de 6'000 fr. était donc justifiée.

Pour tout critique, l'appelante, sur cinq lignes, se réfère à son argumentation, déjà discutée plus haut, au sujet de la gravité de la faute de l'employé intimé, et dont on a déjà vu qu'elle n'était pas fondée.

Outre que cette manière de procéder par renvoi à une argumentation précédemment développée frise l'irrecevabilité (voir notamment arrêt du Tribunal fédéral 5A\_573/2017 du 19 octobre 2017 consid. 3.3), la critique lapidaire de l'appelante est insuffisante à remettre en cause les fondements du raisonnement du Tribunal.

Celui-ci ne prête d'ailleurs pas le flanc à la critique, dans la mesure où il a été manifestement tenu compte du caractère inadéquat du geste de l'employé pour limiter l'indemnité à l'équivalent d'un peu plus d'un mois de salaire. L'indemnité ne pouvait cependant être réduite à zéro pour cette seule raison et sans tenir compte des autres circonstances ayant entouré le départ de l'intimé, soit, notamment, une rupture soudaine des relations avec ses collègues et les résidents après avoir fourni pendant plus de trois ans des prestations de qualité.

**3.3** Le montant des indemnités à verser à l'intimé sera donc confirmé.

**4.** Le jugement entrepris sera donc intégralement confirmé.

**5.5.1** Vu la valeur litigieuse de l'appel inférieure à 50'001 fr., il n'est pas perçu de frais judiciaire pour l'appel (art. 71 RTFMC *a contrario*).

**5.2** S'agissant d'un litige de droit du travail, il n'est pas 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 le 29 avril 2019 par A\_\_\_\_\_ contre les chiffres 2, 3, 4 et 6 du dispositif du jugement JTPH/97/2019 rendu le 14 mars 2019 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/4161/2018-5.

**Au fond :**

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens d'appel.

**Siégeant :**

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, 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.*