

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Werner Gloor, Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2016

Licenciement immédiat pour justes motifs suite à l'arrestation d'un employé de banque pour blanchiment d'argent aggravé ; délai pour agir depuis la connaissance du juste motif de licenciement

Art. 337 CO



Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015

Werner Gloor, avocat à Genève, Juge suppléant à la Cour de justice de Genève, Président à la Chambre des prud'hommes

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, non destiné à la publication dans le Recueil Officiel des ATF, le Tribunal fédéral estime qu'une banque, dont un collaborateur-cadre venait de faire l'objet d'une arrestation en rapport avec une vaste affaire de blanchiment extra-bancaire, évoquée dans la presse, pouvait attendre 35 jours avant de procéder au licenciement immédiat de l'intéressé. Ce faisant, la Haute Cour a désavoué les instances précédentes qui, elles, avaient considéré que le renvoi immédiat était tardif, et partant, injustifié.

Accessoirement, l'arrêt traite également du « droit » au bonus, mais il se borne à confirmer les jurisprudences récentes en la matière¹. Elles ont déjà été analysées² ; il convient d'y renvoyer.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

De l'arrêt du Tribunal fédéral et de l'arrêt cantonal entrepris³, il ressort les faits suivants : En août 2012, deux procureurs de la cellule des « affaires complexes » du Ministère public genevois se sont entretenus, de façon confidentielle, avec le président du Comité exécutif de la banque X. SA à Genève, pour l'informer d'une enquête en cours concernant un réseau de blanchiment. Et qu'un cadre de la banque X. paraissait y être mêlé.

¹ TF 4A_520/2012 du 26.2.2013 = ATF 139 III 155 ; TF 4A_216/2013 du 29.7.2013 = ARV/DTA 2014, p. 25 ; TF 4A_653/2014 du 11.8.2015 = ATF 141 III 407.

² Cf. WITZIG, La notion de « très hauts revenus » précisée par la jurisprudence ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 in : Newsletter DroitDuTravail.ch, octobre 2015.

³ CAPH C/12986/2013 – 4 du 26.3.2016, publié sur [www.ge.ch/pouvoir judiciaire/Cour de Justice/Chambre des prud'hommes/jurisprudence](http://www.ge.ch/pouvoir_judiciaire/Cour_de_Justice/Chambre_des_prud'hommes/jurisprudence).

Le 10 octobre 2012, l'employé a été arrêté à Genève et placé en détention provisoire. Il était soupçonné de participation à un réseau de blanchiment d'argent entre le Maroc, la France et la Suisse.

Dans le cadre de l'enquête pénale, les locaux de la banque, en particulier les bureaux de l'employé, ont été perquisitionnés, les comptes de certains clients ont été bloqués. La presse a relaté l'affaire, faisant état notamment du fait que l'une des personnes mises en cause était employée auprès de la banque X et qu'il s'agissait d'opérations de compensation⁴.

Par courrier du 30 octobre 2012, la banque a informé l'employé, toujours en détention, que son salaire serait suspendu avec effet au 1^{er} novembre 2012. Elle a versé un salaire complet pour le mois d'octobre.

Par lettre du 15 novembre 2015, la banque a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de l'employé. Celui-ci a touché pour ce mois un demi-salaire.

Le 3 décembre 2012, l'avocat de l'employé a écrit à la banque que son client contestait la résiliation, laquelle était tardive et dépourvue de motivation.

L'employé a reconnu les faits qui lui étaient reprochés le 17 décembre 2012. Il a été libéré le 20 décembre 2012.

Par courrier du 9 janvier 2013, l'avocate de la banque a motivé le congé de la façon suivante : « En octobre 2012 votre client et Y. ont été arrêtés pour – prétendument – avoir participé à une très large opération de blanchiment entre la Suisse, la France et le Maroc. Cette situation a été largement rapportée par la presse et continue à l'être. Le nom de notre établissement a aussi été largement cité dans la presse, en relation avec cette prétendue opération de blanchiment, puisque votre client était un de nos employés. A cause de cette situation, la banque a été requise d'envoyer au Ministère public la documentation de nombreux comptes de clients et plusieurs comptes sont encore bloqués. Cela a causé une perte totale de confiance dans votre client qui a notamment manqué à son devoir de diligence. Ces éléments sont largement suffisants pour mettre un terme au contrat de travail de M. A avec effet immédiat. Compte tenu de la détention préventive de M. A, – pendant laquelle son congé lui a été notifié, et qui a rendu impossible la poursuite des rapports de travail de façon continue – la Banque n'a pas agi de façon tardive (...) ».

Le 29 janvier 2013, le Tribunal correctionnel du canton de Genève a condamné l'employé pour blanchiment d'argent aggravé à une peine de deux ans de privation de liberté avec sursis. La presse a relaté l'affaire en mentionnant derechef que l'un des condamnés était un employé de la banque.

Il est constant que les infractions n'avaient pas été commises au détriment de la banque⁵.

⁴ « Le Temps », 15.10.2012 « Blanchiment : le prévenu évoque des dons. Le financier genevois conteste tout lien avec le trafic de drogue. Une élue parisienne doit se retirer ». / « La compensation et les narcotrafiquants ». L'article, très « informé », faisait état de trois frères d'origine marocaine, dont l'un était gestionnaire à la banque X.

⁵ CAPH C/12986/2013-4 du 26.3.2016, cons. 4.2.

L'employé a saisi le Tribunal des Prud'hommes du canton de Genève, concluant, entre autres, à ce que la banque fût condamnée à lui verser le salaire afférent au préavis non respecté, ainsi qu'à une indemnité de six salaires mensuels au titre de l'art. 337 c al. 3 CO.

Le tribunal a jugé que le congé immédiat avait été signifié tardivement, de sorte qu'il était injustifié. Il a donc condamné la banque au paiement du salaire préavis pour la période du 16 novembre 2012 au 28 février 2013. Il a refusé d'allouer à l'employé la pénalité prévue à l'art. 337 c al. 3 CO.

Statuant le 26 mars 2015 sur appel des deux parties, la Chambre des prud'hommes de la Cour de Justice a réformé cette décision, en ce sens qu'elle a condamné la banque à payer un solde salarial. En substance, la Cour a confirmé que le congé immédiat était tardif, et partant injustifié. Elle a toutefois réduit le salaire alloué par les premiers juges au motif que l'employé s'était mis fautivement dans l'incapacité de travailler n'avait droit à aucune rémunération pendant la période où il se trouvait en détention préventive. Enfin, la Cour a, à l'instar du Tribunal, refusé d'allouer à l'employé une indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337 c al. 3 CO).

L'employé comme l'employeuse ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

B. Le droit

L'employé considérait avoir droit à la totalité du salaire préavis, ainsi qu'à l'octroi d'une pénalité maximale au titre de l'art. 337 c al.3 CO. La banque, pour sa part, a conclu au déboutement intégral de l'employé, motif pris dans le fait que le congé immédiat n'était pas tardif, et largement fondé pour le surplus.

Le Tribunal fédéral relève d'abord que selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le contrat avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif de licenciement, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir. Si elle tarde à agir elle donne à penser qu'elle a renoncé au licenciement immédiat, respectivement qu'elle peut s'accommoder de la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 138 I 113, cons. 6.3.1 ; 127 II 310, cons. 4b, p. 315 ; 75 II 329, p. 322).

Il rappelle ensuite qu'en principe, un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques. Un délai supplémentaire est toléré s'il se justifie par les exigences pratiques de la vie quotidienne et économique ; l'on peut ainsi admettre une prolongation de quelques jours lorsque la décision doit être prise par un organe polycéphale au sein d'une personne morale, ou lorsqu'il faut entendre le représentant de l'employé (ATF 138 I 113, cons. 6.3.2 ; 130 III 28, cons. 4.4).

Il faut par ailleurs distinguer selon que l'état de fait est clair ou qu'il appelle des éclaircissements. Dans ce dernier cas, il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant précisé que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour clarifier la situation. (...) Compte tenu des conséquences importantes de la résiliation immédiate, l'employeur doit pouvoir établir les faits avec soin, ou en tout cas d'une manière qui résiste à l'examen d'une procédure judiciaire, en veillant à

ne pas atteindre la réputation du travailleur par une condamnation hâtive (ATF 138 I 113, cons. 6.2, p. 116).

Le licenciement immédiat est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve ; le licenciement immédiat sera généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale (TF 4C.325/2000 du 7.2.20013, cons. 2a = DTA 2001, p. 38 ; 4C.103/1999 du 9.8.1999, cons. 3 = JAR 2001, p. 304).

En l'espèce, la Cour cantonale avait retenu que la banque avait motivé, le 9 janvier 2013, le congé par l'arrestation de son employé, sa possible participation à une large opération de blanchiment et la couverture de cette affaire par la presse. Et, qu'en cours de procédure, la banque avait allégué que le licenciement se fondait sur la confirmation de la vraisemblance des soupçons d'infractions pénales, confirmation qui découlait du maintien en détention préventive de l'intéressé pendant un mois. Or, ce dernier point ne figurait pas dans sa lettre du 9 janvier 2013 motivant le renvoi. Par ailleurs, elle n'a ni allégué, ni démontré avoir effectué des recherches qui lui auraient permis de clarifier les soupçons qu'elle prétendait avoir eus contre l'employé. Ensuite, le simple fait que l'intéressé soit maintenu en détention ne permettait pas de présumer des accusations portées contre lui. Ni encore devait être prise en compte la thèse subsidiaire de la banque voulant le fait que l'intéressé ne fournissait plus sa prestation de travail en raison de son emprisonnement constituait une constante violation de son obligation de travailler, faisant que le licenciement immédiat était possible en tout temps. La Cour a considéré que les faits que la banque relevait dans sa lettre motivation du 9 janvier 2013 lui était déjà connu lors de l'arrestation de l'intéressé, le 10 octobre 2012.

Le Tribunal fédéral a retenu, avec la banque recourante, que cette motivation de l'arrêt cantonal était arbitraire et ne pouvait être suivie.

Premièrement, les faits imputés à l'employé dans la lettre motivation de la banque du 9 janvier 2013 – faits retenus par la Cour cantonale – justifiaient en eux-mêmes le licenciement immédiat.

Au moment où le congé immédiat avait été donné – le 15 novembre 2012 – l'employé n'avait pas encore passé aux aveux et encore moins été condamné. La banque ne pouvait donc faire état que de soupçons de participation à une vaste affaire de blanchiment, soupçons suffisants pour justifier une mise en détention préventive. Par ailleurs, pour l'employeuse, il n'y avait pas d'urgence particulière à agir ; au contraire, elle devait éviter de condamner par anticipation l'employé en le licenciant sur la base de soupçons qui, à l'issue de l'enquête, pouvaient se révéler infondés ; un congé trop hâtif était de nature à discréditer l'employé à long terme sur la place financière genevoise et même sur d'autres places, y compris s'il était innocenté par la suite. Rien dans l'état de fait n'indique que la banque aurait eu avant le congé connaissance d'éléments suffisants pour lui permettre de prendre une décision réfléchie. Le fait qu'elle ait éventuellement assumé un risque en résiliant le contrat avant de disposer d'éléments permettant de confondre l'employé ne saurait lui nuire.

En définitive, l'employeuse n'a pas tardé à signifier le congé immédiat, qui est fondé sur de justes motifs. En retenant qu'elle était déchuée de son droit, les juges cantonaux ont enfreint l'art. 337 CO.

III. Analyse

A. Principes

La déchéance (ou péremption) du droit de licencier le travailleur avec effet immédiat, en cas de silence prolongé après la découverte d'une violation contractuelle de nature à ruiner définitivement la confiance que nécessite la poursuite des rapports de travail, cette déchéance est une création *jurisprudentielle*⁶. Et celle-ci remonte à l'adoption de l'ancêtre de l'art. 337 CO, à savoir l'art. 352 CO 1911⁷.

D'emblée, il était exclu que l'employeur qui avait connaissance de motifs justifiant le renvoi immédiat du travailleur, se permette de faire traîner les choses, au point de disposer, à tout moment, et à bien plaisir, de ce moyen. Passé un certain délai – appelé « délai de réflexion » (*Ueberlegungsfrist*) – il devait choisir : ou bien faire valoir ce moyen, rompre le contrat ou alors y renoncer définitivement. Un silence prolongé de sa part entraînait la péremption du droit de licencier le fautif avec effet immédiat ; en effet, il montrait, par l'absurde, que l'employeur, qui continuait à accepter les prestations du travailleur, s'accommodait avec le maintien en place de ce dernier⁸.

La jurisprudence et la doctrine ont progressivement établi des règles⁹. Celles-ci avaient d'abord trait à la durée du *délai de réflexion*. Il était – et est en principe aujourd'hui encore admis – que l'employeur titulaire de motifs justifiant un renvoi immédiat devait agir dans un délai de *deux à trois jours ouvrables* à partir de la connaissance des faits¹⁰.

⁶ En droit allemand, la question est réglée à l'art. 626 al. 2 BGB qui prévoit une « Ausschlussfrist » libellée en ces termes : « Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung massgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt ».

⁷ Cf. BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1934, N. 43 ad art. 352 CO ; OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar, 1936, N. 15 ad art. 337 CO ; GRAESSLI, Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht, Berne, 1929, p. 37.

⁸ Cf. arrêts de principes : ATF 66 II 142, 69 II 311 ; 93 II 18 ; 97 II 308 ; 97 II 142, suivis par ATF 112 II 51 ; 116 II 150 ; 117 II 561 ; 123 III 87 ; 127 III 315 et plus récemment encore ATF 130 III 28 et ATF 138 I 113 = JdT 2012 I 231.

⁹ Pour un examen détaillé de l'évolution jurisprudentielle, notamment depuis 2000, voir : DUNAND, Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO) ? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), in : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich, 2015, p. 131 ss.

¹⁰ REHBINDER/STOECKLI, Berner Kommentar, 2014, N. 16 ad art. 337 CO ; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2014, N. 35 ad art. 337 CO ; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 6^e éd., 2015, N. 13 ad art. 337 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsrecht, Zurich, 2012, N. 17 ad art. 337 CO, p. 1125 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne, 2014, p. 591 ; BRUEHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bâle, 2014, N. 10 ad art. 337 CO ; VISCHER/MUELLER, Der Arbeitsvertrag, Bâle, 2014, p. 348 ; SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne, 2010, N. 32 ad art. 337 CO ; AUBERT, Commentaire romand, CO I, Bâle, 2012, N. 11 ad art. 337 CO ; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zurich, 2009, p. 557 ; BRUNNER/BUEHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004, N. 11 ad art. 337 CO ; GLOOR in : Dunand/Mahon (éd), Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N. 69 ad art. 337 CO ; HUMBERT/VOLKEN, Fristlose Entlassung, AJP/PJA 2004, p. 564 ; SCHNEIDER, La résiliation immédiate du contrat de

Progressivement, ce bref délai, jugé sévère, a été adapté aux nécessités de la vie quotidienne et économique. Ainsi, en est-on arrivé à concevoir un délai de réflexion de plusieurs jours « *compte tenu des circonstances* » du cas concret¹¹, notamment lorsque l'employeur est une personne morale et prend ses décisions par des organes polycéphales¹², ou lorsqu'il choisit d'attendre le retour des vacances de l'employé pour l'entendre au préalable¹³. Le maximum à ne dépasser semble avoir été, à ce jour, un délai de 10 jours ouvrables¹⁴. Un délai de 14 jours – alors même que l'on avait affaire à un Etat employeur, soit donc à une corporation publique au fonctionnement particulièrement centralisé – avait été jugé trop long¹⁵.

Ensuite, dès le début des années 2000, le Tribunal fédéral, influencé par un auteur autrichien¹⁶, a commencé à distinguer entre « *Abklärungsfrist* » (délai nécessaire à l'établissement des faits) et « *Ueberlegungsfrist* » (délai de réflexion), d'une part, entre « situations de faits clairs » (« *klarer Sachverhalt* »), et « situations nécessitant d'abord une investigation » (« *abklärungsbedürftiger Sachverhalt* »). Lorsque les faits sont clairs, l'employeur ne saurait vouloir bénéficier, préalablement au délai de réflexion, d'un délai d'éclaircissement¹⁷. En revanche, dans les situations où les faits ne sont pas encore clairs, respectivement où l'on n'est qu'en présence d'un soupçon d'un manquement grave¹⁸, l'employeur doit pouvoir bénéficier d'un délai d'éclaircissement ; mais il lui appartient, dans ce cas, de commencer ses investigations sans tarder et de les mener à terme sans discontinuer¹⁹. Il peut, cas échéant, et s'il est lui-même le plaignant, attendre l'issue de l'enquête pénale, et, si la plainte émane d'un tiers, la condamnation pénale²⁰. A noter que si les soupçons pesant sur le travailleur sont clairs, et la nature et l'ampleur du manquement

travail, in : Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, 1994, p. 64 ; TF 4A_238/2007 du 23.5.2007 = JAR 2008, p. 274 ; 130 III 28, cons. 4. 4 ; 138 I 113, cons. 6.3 = JdT 2012 I 231.

¹¹ Cf. TF 4C.345/2001 du 16.5.2002, cons. 3. 2.

¹² Cf. TF 4C.291/2005 du 13.12.2005, cons. 3.1. Il convient toutefois de noter que l'employeuse, personne morale, est tenue de s'organiser de la sorte que la prise de décision puisse se faire rapidement (TF 4C.345/2001 du 16.5.2002, cons. 4.2 ; OG LU, 28.6.2005 in : LGVE 2005 I No. 20) – ce qui, à l'époque des moyens de communications modernes ne devrait plus poser des problèmes.

¹³ Cf. TF 4A_236/2012 du 2.8.2012 = JAR 2013, p. 286 = Ju-Trav 2013, p. 66. Cet exercice n'est pas obligatoire, mais, à notre avis, à recommander ; ce geste consistant à accorder au travailleur un « droit d'être entendu », c'est-à-dire de s'expliquer, ne saurait se retourner contre l'employeur. En revanche, il n'y a, à notre avis, pas lieu d'attendre le retour au travail de l'employé malade – notamment lorsque, pour l'intéressé, son incapacité de travail est censée retarder la sanction patronale.

¹⁴ Cf. TF 4A_454/2007 du 1.10.2007 = JAR 2009, p. 194. La jurisprudence cantonale, y compris dans le domaine de la fonction publique, peut se montrer plus sévère : ainsi a été jugé excessif un délai de réflexion de 8 jours entre la connaissance des faits litigieux par l'autorité compétente et la résiliation (cf. TC NE du 11.7.2013, cause No. CP.2013.89, cons. 3 c, in : www.ne.ch/jurisprudence du Tribunal cantonal).

¹⁵ Cf. TF du 23.8.1999 B., *employé consulaire vs. République française* = JAR 2000, p. 231 = SARB 2000, p. 297.

¹⁶ WACHTER, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in : ArbR 1990, p. 37 ss. ; cf. TF 4C.345/2001 du 16.5.2002, cons. 3.2.

¹⁷ Cf. ATF 138 I 113, cons. 6.3.3. = JdT 2012 I 231 ; TF 4A_236/2012 du 2.8.2012, cons. 2.5 = JAR 2013, p. 286 ; TF 4A_251/2009 du 29.6.2009, cons. 2.1 ; TF 4C.187/2004 du 5.7.2004, cons. 4.1.

¹⁸ Il convient encore de distinguer la situation où le travailleur ignore qu'il est soupçonné, de celle où il sait qu'il fait l'objet de soupçons. Dans le premier cas, l'on peut se montrer moins exigeant pour ce qui est de la célérité des investigations.

¹⁹ CAPH GE C/15064/2007 – 3 du 20.1.2014, cons. 6.1.2, tardiveté retenue (un délai d'investigation de 1½ mois).

²⁰ DUNAND, op. cit, p. 134 ; SUBILIA/DUC, op. cit. N. 34 ad art. 337 CO ; TF du 22.8.1997 in : JAR 1998, p. 218 ; GLOOR, Le congé-soupçon, ARV/DTA 2003, p. 143.

investigué graves, l'employeur peut déjà, pendant la mise en évidence des faits, réfléchir à sa décision pour le cas où ces soupçons se confirmeraient ; dans ce cas, il n'est pas justifié de lui accorder ensuite un délai de réflexion supplémentaire pour signifier le congé immédiat²¹. Enfin, il est des cas où l'employeur se voit confronté à une violation continue du contrat de travail, c'est-à-dire d'incartades qui persistent en dépit d'avertissements réitérés. Dans ce cas, l'employeur peut résilier le contrat avec effet immédiat « en tout temps », son droit d'y recourir ne se périmé pas avec l'écoulement du temps²². La jurisprudence considère qu'il y a lieu d'appliquer, par analogie avec sur le point de départ du délai de prescription des délits continus, que le délai de péremption du droit d'invoquer le juste motif de licenciement n'a pas commencé à courir avant la rupture du lien contractuel²³.

B. Le cas d'espèce

Ces principes jurisprudentiels ne semblent pas avoir été appliqués dans l'arrêt du Tribunal fédéral. On a l'impression que la solution retenue était censée tenir compte des particularités du cas d'espèce.

L'argument central de la Cour cantonale (et du Tribunal des Prud'hommes), à savoir la tardiveté du congé donné le 15 novembre 2012, était loin d'être intenable. Sur le vu du dossier, et des enquêtes, les instances cantonales étaient parvenues à la conviction que la banque connaissait le manquement grave de l'employé *depuis au moins 35 jours*, c'est-à-dire à partir de son arrestation, sur les lieux de travail, le 10 octobre 2012. De fait, elle avait été informée des graves soupçons pesant sur ce gestionnaire depuis la visite des deux procureurs dans ses locaux – ils ont eu un entretien « confidentiel » avec le Président du Comité exécutif²⁴. Il est possible, voire probable, que ces derniers aient donné une consigne de silence à la banque, pour éviter que l'intéressé (et ses frères acolytes) ne fassent disparaître des preuves et prennent la fuite²⁵. Il n'empêche que, compte tenu précisément de l'arrestation de ce gestionnaire, le 10 octobre 2012, il n'y avait plus, pour la banque, à cogiter longuement quant à la mesure à prendre. Le licenciement immédiat eût été justifié dès ce moment-là – même, à supposer que les preuves des agissements (externes à la banque) imputés à l'intéressé n'eussent encore été en mains de l'établissement. Il eût été loisible, à la banque, d'abord, d'entreprendre elle-même des investigations discrètes, depuis la visite des deux procureurs, et de les poursuivre sans discontinuer depuis l'arrestation du gestionnaire. Il n'a pas été allégué, ni démontré, que l'établissement aurait déféré à cette incombance. Par ailleurs, la banque aurait pu, une fois acquis les « éléments de preuve » – *in casu* : l'aveu de l'intéressé du 17 décembre 2012, et sa condamnation subséquente par le Tribunal correctionnel, le 29 janvier 2013 – événement dont la presse se faisait l'écho – les faire valoir, si nécessaire, au titre du *Naschschieben* de motifs justifiant le licenciement

²¹ ATF 138 I 113, cons. 6.3.3. = JdT 2012 I 231 ; TF 4A_ 238/2007 du 1.10.2007, cons. 4.1. ; TF 4C.345/2001 du 16.5.2002, cons. 3.2.

²² TF 4C.111/1997 du 11.12.1997 in : Aubert, Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, 1999, p. 113 ; CAPH C/4857/2012-5 du 25.4.2014, cons. 4. 2. 3.

²³ TF 4A_559/2008 du 12.3.2009, cons. 4.3.2 = JAR 2010, p. 246.

²⁴ Sur la thématique du blanchiment l'excellent ouvrage de LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, Zurich, 3^e éd, 2016 ; l'auteur figure depuis 2006 au Conseil d'administration de l'établissement.

²⁵ A l'évidence, la banque entendait éviter ce risque.

immédiat²⁶. N'est-il pas vrai que les aveux et la condamnation pénale se réfèrent à des faits commis et survenus *avant* le licenciement immédiat du 15 novembre 2012.

Enfin, compte tenu de la gravité en soi des imputations – la participation à un réseau de blanchiment d'argent –, et vu l'arrestation et la mise en en détention préventive de l'employé, le maintien des rapports de travail n'était objectivement, selon les règles de la bonne foi, plus possible, n'était plus « *zumutbar* » – indépendamment de l'innocence théorique de l'intéressé. L'application de l'art. 337 CO n'exige du reste pas une faute du licencié²⁷ – mais la survenance d'une circonstance, objectivement constatable et subjectivement ressentie, rendant la poursuite des rapports de travail impossible ; cela ressort implicitement de l'art. 337 b al. 2 CO. Faut-il rappeler que le Tribunal fédéral avait considéré, dans un cas jugé en 1999, qu'un soupçon grave de commission d'un délit par l'employé pouvait en lui-même justifier le licenciement immédiat²⁸ ? A l'évidence, dans le cas d'espèce, un congé-soupçon immédiat eût été justifié et se fût imposé, et ce dans les trois jours ouvrables consécutifs à l'arrestation du 10 octobre 2012.

La Cour cantonale a sans doute erré en examinant, accessoirement, le bien-fondé du licenciement immédiat à l'aune des *motifs de congé* indiqués dans sa lettre du 9 janvier 2013. Cet exercice était à notre sens inutile dès lors que le bien-fondé d'un renvoi immédiat repose prioritairement sur la présence, au moment du congé, *d'éléments qui, objectivement et subjectivement, rendent la poursuite des rapports de travail impossible*. Elle eût mieux fait d'examiner si le congé du 15 novembre 2012 pouvait encore se justifier par des motifs *découverts après coup*.

Ceci dit, la Cour cantonale avait, à notre sens, correctement résolu la conséquence de sa décision de retenir le moyen tiré de la tardiveté du licenciement immédiat : l'employé, se trouvant, de par la détention (qui, au moment du procès prud'homal s'était avérée fondée) se trouvait, depuis le 10 octobre 2012 en situation *d'impossibilité subséquente fautive d'exécuter ses obligations contractuelles* (art. 97 CO), et ne pouvait donc prétendre au bénéfice d'un empêchement non fautif de prêter au sens de l'art. 324 a al.1 CO. La banque eût été fondée, par conséquent, à lui couper le salaire dès son arrestation immédiate. On peut, en revanche, ne pas suivre la Cour cantonale lorsqu'elle a fait revivre le droit au salaire de l'intéressé, à partir de sa sortie de la prison, le 7 décembre 2012, au motif de l'art. 324 CO (demeure d'acceptation de l'employeur).

Estimant le congé immédiat donné le 15 novembre 2012 comme non tardif, le Tribunal fédéral n'avait pas à examiner, ni à censurer, la solution de la Cour.

Tant l'arrêt cantonal que l'arrêt, ici analysé, du Tribunal fédéral illustrent les difficultés des juges lorsqu'ils se trouvent confrontés à un licenciement immédiat réputé tardif. L'expérience montre ceci : a) Si le licenciement immédiat s'avère tardif, mais paraît en soi,

²⁶ La doctrine et la jurisprudence admettent la licéité du *Nachschieben von Kündigungsgründen*, pour autant que ceux-ci aient trait à des faits survenus avant le licenciement immédiat, et, même si les délits, incompatibles avec la nature de l'emploi, aient été commis au détriment d'un tiers (cf. TF 4C.500/1996 du 18.12.1997, Note Aubert in : Journée de droit du travail et de la sécurité sociale 1997, Zurich, 1999, p. 108 ; ATF 127 III 310 ; 124 III 25 ; 121 III 467 ; *pro multis* : REHBINDER/STOECKLI, op.cit. N. 17 ad art. 337 CO.

²⁷ ATF 129 III 380, cons. 2. 2 ; 104 la 161, cons. 3a ; GLOOR, op.cit., N. 24 ad art. 337 CO.

²⁸ TF du 9.8.1999 = JAR 2001, p. 304 ; avis partagé par REHBINDER/STOECKLI, op. cit. N. 12 ad art. 337 CO et STAEHELIN, op. cit., N. 23 ad art. 337 CO.

abstraction faite de cette circonstance, comme *justifié*, et que, partant, la sanction de l'art. 337 CO eût été « souhaitable », le moyen tiré de la péremption du droit de donner congé avec effet immédiat est fréquemment rejeté, par souci « d'équité » (cf. art. 4 CC), ou, à défaut, s'il est retenu, il est suivi, comme le cas d'espèce le montre, par la suppression de toute pénalité au sens de l'art. 337 c al. 3 CO²⁹. En effet, la tardiveté de la sanction ne fait pas disparaître l'existence de l'incartade que l'employeur a entendu sanctionner. b) Si, en revanche, le licenciement immédiat s'avère à la fois tardif et en soi *injustifié*, les juges ont tendance à condamner l'employeur au salaire-préavis (art. 337 c al. 1 CO) ainsi qu'à une pénalité (art. 337 c al. 3 CO), *principalement*, pour absence d'un motif justifié au sens de l'art. 337 CO, et, à *titre éventuel*, pour cause de tardiveté de congé.

²⁹ Exemple : CAPH GE C/15064/2007-3 du 20.1.2014, cons. 7.