



T _____
Dom. élu : M^e Teo SIALM
21, rue du Mont-Blanc
Case postale 2072
1211 Genève 1

Partie appelante

E _____ SA
Dom. élu : M^e Daniel PERREN
14, rue des Cordiers
1207 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 27 septembre 2005

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

MM. Pierre-Jean BOSSON et Jean RIVOLLET, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Jean-Pierre SEYDOUX, juges salariés

M. Olivier TSCHERRIG, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 10 septembre 2004, T_____ appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 25 mars et expédié pour notification par pli LSI du 10 août 2004, lequel jugement donne acte à E_____ SA de ce qu'elle s'engage à lui remettre, dans le délai d'une semaine dès réception du jugement, un certificat de travail intermédiaire conforme à l'article 330a du Code des obligations (ci-après CO), la déboute des fins de sa demande pour le surplus et la condamne à une amende de fr. 100.- en tant que téméraire plaideur.

L'appelante conclut à la réforme du jugement en ce sens qu'elle considère notamment que les premiers juges n'ont guère motivé le rejet de ses conclusions en paiement des heures supplémentaires effectuées, et qu'ils ont méconnu la gravité de l'atteinte faite à sa personnalité et les conséquences que cette atteinte a eues et aura sur son avenir économique.

- B. Pour sa part, E_____ SA a, par mémoire de réponse déposé au greffe de la Juridiction le 15 décembre 2004, conclu au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

- C. Les faits suivants résultent de la procédure.

- a) Par contrat de travail de durée déterminée du 24 mars 2000, T_____ a été engagée par E_____ SA, dont le siège est sis à Genève, en qualité de vendeuse, en remplacement d'une employée alors en congé de maternité (Pièce 1 dem., chargé du 16 janvier 2003 ; Pièce 2 déf.).
- b) Du 21 juin au 23 août 2000, T_____ a suivi un programme d'allemand composé de trente et une leçons privées, que E_____ SA a intégralement financé (Pièce 58 dem.).
- c) Le 25 août 2000, T_____ et E_____ SA ont conclu un nouveau contrat de travail, de durée indéterminée. L'employée y était engagée en qualité de première vendeuse affectée à la boutique de Zürich dès l'ouverture de celle-ci. Le contrat prévoyait notamment le versement, treize fois l'an, d'un salaire mensuel brut de base de fr. 4'900.-, auquel s'ajoutait, à titre de salaire variable, 0.25% brut du chiffre d'affaires hors taxe mensuel de ladite boutique (Pièce 3 dem., chargé du 16 janvier 2003 ; Pièce 1 déf.).
- d) Au terme du premier contrat, le 16 septembre 2000, l'employée a perçu une « prime exceptionnelle » de fr. 2'000.- (Pièce 3 déf.), et A_____, directrice de la

boutique genevoise, lui a délivré un certificat de travail comprenant l'extrait suivant (Pièce 4 dem., chargé du 22 avril 2003) :

« Madame T_____ nous a donné entière satisfaction dans l'ensemble des missions qui lui ont été confiées, concernant des domaines très variés (...). Madame T_____ a su fort habilement refléter l'image de E_____ par sa personnalité, son professionnalisme, son dynamisme et son entregent. Son attitude envers la clientèle [a] toujours été irréprochable. Madame T_____ a toujours entretenu d'excellentes relations tant avec ses supérieurs qu'avec ses collègues ».

- e) La boutique E_____ de Zürich a ouvert ses portes le 2 novembre 2000. Elle était alors dirigée par B_____ ; C_____ y occupait la fonction d'assistante administrative ; D_____ avait un statut de cadre intermédiaire ; F_____ et T_____ déployaient leur activité en qualité de premières vendeuses.
- f) Le 6 décembre 2000, B_____ a été licenciée au motif que la poursuite de la collaboration s'avérait impossible, et libérée immédiatement de son obligation de prester. Les employés savaient alors que D_____, qui n'avait jamais travaillé pour E_____ auparavant, devait lui succéder au poste de directrice de la boutique zurichoise (Témoins C_____, p.-v. d'audience du 9 octobre 2003 ; Témoins B_____, p.-v. d'audience du 29 janvier 2004).
- g) L'inexpérience et le désordre de D_____ ont, avant et après sa nomination au poste de directrice, été vivement ressentis par la plupart de ses collaboratrices, et l'ambiance de travail s'est trouvée profondément altérée par les tensions et rivalités qui n'ont pas tardé à sourdre au sein du personnel. C'est ainsi qu'excédée, C_____ a mis fin à son contrat de travail en mai 2001 (Témoins C_____, p.-v. d'audience du 9 octobre 2003 ; Témoins G_____, p.-v. d'audience du 29 janvier 2004 ; Témoins D_____ et H_____, p.-v. d'audiences des 5 mai 2003, 2 mai et 27 juin 2005).
- h) De mai à août 2001, le poste de C_____ n'ayant pas été repourvu, D_____ et T_____ ont dû se charger, en sus de leurs activités respectives, de toutes les tâches administratives qui lui étaient jusque là confiées. D'août à décembre de la même année, une stagiaire a été engagée pour effectuer ces tâches (Témoins D_____, p.-v. d'audience du 2 mai 2005 ; Témoins H_____, p.-v. d'audience du 27 juin 2005).
- i) Au printemps 2001 toujours, I_____, époux de T_____, a connu de graves problèmes de santé suite à une violente altercation. Faisant valoir le surcroît d'activité à la boutique, l'employée, qui subvenait seule aux besoins du ménage, a sollicité à plusieurs reprises l'augmentation de son salaire, ce qui lui a été refusé (Témoins D_____, p.-v. d'audience des 5 mai 2003 et 2 mai 2005).
- j) Sur « demande d'avance sur salaire », formulée le 6 juillet 2001 et validée par D_____, T_____ a obtenu de E_____ SA un prêt de fr. 15'000.-, remboursable

en douze mensualités échelonnées d'août 2001 à juillet 2002 (Pièce 5 dem., chargé du 16 janvier 2003). Le prêt a été remboursé conformément au calendrier convenu (Pièces 7 à 9, chargé dem. du 22 avril 2003 ; Pièces 37 à 44, chargé dem. du 31 octobre 2003).

- k) A la fin de l'été 2001, D_____ a reproché à T_____ la négligence croissante de sa tenue, qu'elle attribuait aux problèmes personnels que rencontrait l'employée. Elle lui a en outre demandé des explications au sujet des absences de la boutique qu'elle ne prenait pas la peine de justifier (Témoin D_____, p.-v. d'audience des 5 mai 2003 et 2 mai 2005).
- l) Les relations entre les deux femmes n'ont cessé de se dégrader. En novembre 2001, alors qu'elles étaient occupées à réceptionner des marchandises dans la réserve, *cutters* en mains, une violente dispute a éclaté, audible de la boutique. Une vendeuse, H_____, est intervenue pour informer T_____ de ce qu'une cliente l'attendait. D_____ a demandé à H_____ de s'occuper de la cliente, et les éclats de voix ont cessé.

A mi-décembre 2001, T_____, qui en avait la responsabilité en l'absence de la directrice et de l'autre première vendeuse, n'a pas rangé une livraison de marchandises, qui est restée une nuit durant dans une allée de l'immeuble (Témoin D_____, p.-v. d'audience du 5 mai 2003 ; Témoin H_____, p.-v. d'audience du 27 juin 2005).

- m) Fin décembre 2001, une conférence téléphonique a réuni T_____, D_____ et J_____, directrice pour l'Europe au siège parisien de la société, afin d'apaiser les tensions. Prenant des vacances à Noël, D_____ a demandé à T_____ d'effectuer les tâches administratives pendant son absence. Celle-ci a refusé en déclarant qu'il faudrait pour cela lui verser deux salaires (Témoin D_____, p.-v. d'audience du 5 mai 2003).
- n) Le 30 janvier 2002 en début d'après-midi, T_____ s'est rendue chez son médecin, qui lui a confirmé qu'elle était enceinte de six semaines. Elle est retournée à la boutique vers 17h30, avant de repartir vers 18h30.

Le même soir, T_____, accompagnée de son mari qui lui avait entre-temps remis des documents relatifs au harcèlement psychologique, s'est rendue à la boutique pour les remettre à D_____ et rendre celle-ci attentive au fait que son comportement était contraire à la loi. La directrice a pris les documents et demandé à l'employée de lui remettre les deux clés des coffres-forts et de s'en aller. T_____ est ressortie avant de revenir à nouveau, en compagnie de son mari, afin d'exiger un reçu pour les clés remises. D_____ ne les a pas laissés entrer. T_____, puis D_____ ont fait appel à la police. Alors que les forces de l'ordre étaient présentes, D_____ a remis à T_____ un avis de résiliation du contrat de travail, avec effet au 31 mars 2002, assorti de l'interdiction d'accéder au magasin. Le licenciement a été confirmé par lettre d'avocat du lendemain (Pièces 6 et 7

dem., chargé du 16 janvier 2003 ; Pièces 4 et 5 déf. ; Témoin D_____, p.-v. d'audience du 5 mai 2003 ; Témoin H_____, p.-v. d'audience du 2 mai 2005).

- o) Par lettre du 2 février 2002 adressée à son employeur, T_____ a notamment fait valoir que, donné pendant sa grossesse, le congé signifié le 30 janvier était nul. Elle déclarait en outre contester les motifs de son licenciement et se tenir prête à reprendre son activité dès que son état de santé le lui permettrait (Pièce 8 dem., chargé du 16 janvier 2003).
- p) Le 8 mars 2002, au cours d'une conversation téléphonique avec le conseil de son employeur, T_____ a évoqué la possibilité de mettre un terme au contrat de travail d'un commun accord. Par lettre du 14 mars suivant, le conseil de E_____ SA a notamment invité l'employée à lui faire part de ses conditions (Pièce 6 dem., chargé du 22 avril 2003).

Jusqu'au mois de novembre 2002, des pourparlers ont été engagés par les parties, par l'entremise de leurs conseils respectifs, en vain.

- q) Par téléphone du 15 septembre 2002, T_____, alors en toute fin de grossesse, a informé le siège parisien de la société, soit pour lui K_____, de ce qu'elle entendait reprendre son activité professionnelle et se rendre à la boutique de Zürich pour y récupérer ses vêtements de travail. K_____ a tenté de l'en dissuader en invoquant l'interdiction d'accéder au magasin qui lui avait été signifiée le 30 janvier.

Agitée, T_____ s'est cependant présentée à la boutique. Elle y a confirmé son intention de reprendre le travail. D_____ a fait appeler la police, qui est intervenue une nouvelle fois pour calmer les esprits, et pour éloigner T_____ du magasin (Témoins K_____, D_____ et H_____, p.-v. d'audience des 5 mai 2003 et 27 juin 2005).

- r) Par lettre recommandée du 10 janvier 2002 [recte : 2003], E_____ SA a, par l'intermédiaire de son conseil, déclaré résilier le contrat de travail avec effet au 31 mars 2003 (Pièce 13 dem., chargé du 13 janvier 2003).
- s) Par demande formée le 16 janvier 2003, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 9'527'609.- à titre de salaire, heures supplémentaires, treizième salaire et frais professionnels, ainsi qu'à titre d'indemnités pour vacances non prises en nature et atteintes à la personnalité.

Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 31 octobre 2003, la demanderesse a, sous la plume de son conseil nouvellement constitué, réduit ses prétentions à un montant total de fr. 487'581.30.

- t) Aux audiences du Tribunal des 5 mai, 17 juillet et 9 octobre 2003, et du 29 janvier 2004, l'instruction a, outre les éléments déjà évoqués, notamment porté sur les points suivants.

Depuis le 4 février 2002, T_____, qui « souffre de nombreux troubles directement liés au mobbing qu'elle subi[ssai]t depuis plusieurs mois sur son lieu de travail », suit un traitement psychiatrique ambulatoire à la Clinique O_____ de Zürich. A teneur des divers certificats médicaux établis, elle se trouve toujours en incapacité totale de travailler (Pièces 9 et 10, chargé dem. du 16 janvier 2003 ; Pièces et 1 à 3, chargé dem. du 22 avril 2003) et, depuis le mois d'août 2003, elle est partiellement à la charge des services sociaux (Pièces 53 à 57 dem.).

S'agissant de la tenue et du comportement de T_____ à la boutique, les témoignages recueillis ont permis d'établir qu'ils étaient adaptés à ce qui pouvait être attendu d'une première vendeuse. A partir du mois d'août 2001, D_____ lui demandait avec insistance de modifier sa coiffure et de se maquiller davantage (cf. ég. *supra* k ; cf. déclarations H_____, D_____, C_____, L_____ et M_____).

S'agissant du temps de présence de T_____ à la boutique, il a été établi qu'hormis lorsqu'elle devait se rendre aux cours d'allemand offerts par son employeur, elle se présentait à l'heure à son travail ; il lui arrivait parfois de quitter la boutique sans en informer la directrice (cf. déclarations H_____ et D_____).

D'autre part, il était généralement attendu des collaboratrices qu'elles consacrent le temps nécessaire au service des clients de la boutique, même lorsque ceux-ci procédaient à leurs achats après 18h30, heure de fermeture en semaine. Il pouvait ainsi arriver que l'une ou l'autre des vendeuses fasse la caisse aux alentours de 19h00, ou ferme le magasin après 20h00. T_____ était souvent à la boutique après 18h45 (cf. déclarations D_____, C_____ et G_____).

Pour le surplus, D_____ a déclaré qu'étant de nationalité française, elle n'avait pas de connaissance des règles applicables en matière de travail, et qu'elle avait dû se référer à ses supérieurs à Paris pour rédiger la lettre de licenciement de T_____, qu'elle voulait à l'origine lui remettre le 31 janvier 2002. S'agissant de la motivation du licenciement, elle a déclaré : « pour moi, la qualité du travail de la demanderesse laissait à désirer. Je n'avais plus confiance en elle. Cela justifiait à mon sens une résiliation de son contrat » (p.-v. d'audience du 5 mai 2003).

- u) Dans son jugement du 25 mars 2004 (cf. *supra* A), le Tribunal des prud'hommes a rejeté les prétentions de T_____ au motif qu'elle n'était pas parvenue à montrer en quoi le licenciement prononcé à son encontre était abusif, ni la violation par l'employeur d'une obligation découlant du contrat de travail, ni l'existence d'heures supplémentaires et d'un solde de vacances non prises en nature.
- v) Par l'acte d'appel du 10 septembre 2004, T_____ conclut à l'annulation du jugement précité, à la réouverture des enquêtes et à l'audition des témoins C_____.

B_____, H_____, G_____ et J_____. Elle conclut en outre à ce que E_____ SA soit condamnée à lui payer les montants suivants :

- fr. 17'582.80 brut à titre de rémunération de 389 heures supplémentaires ;
- fr. 35'352.- net à titre d'indemnité pour licenciement abusif ;
- fr. 35'000.- net à titre d'indemnité pour tort moral ;
- fr. 379'035.- net à titre d'indemnité pour atteinte à son avenir économique.

L'appelante conclut par ailleurs à la rectification du certificat de travail du 24 août 2004, afin de le rendre conforme à la « réalité contractuelle ».

- D. A l'appui de ses prétentions, T_____ fait notamment valoir que, pour la convaincre d'accepter un poste à la nouvelle boutique de Zürich alors qu'elle avait des offres d'engagement plus intéressantes à Genève, J_____, directrice des boutiques Europe de E_____, lui avait assuré que son statut de première vendeuse était provisoire et que celui de directrice de la nouvelle boutique lui était d'ores et déjà réservé. J_____ lui avait fait la même promesse lorsqu'en décembre 2000 D_____ avait été nommée à ce poste, à titre soi-disant provisoire. L'appelante soutient que, par ces promesses non tenues, son employeur s'était assuré de sa présence et de son zèle, sans finalement lui offrir la moindre compensation.

D'autre part, les reproches dont D_____ a commencé à l'accabler au mois d'août 2001, relatifs à sa tenue, à son maquillage ou à ses soi-disant absences injustifiées, ainsi que les propos déplaisants, pour elle-même et pour son mari, que la directrice a tenus devant les autres employées avant, pendant et après son licenciement, ont affecté T_____ de façon si intense qu'un suivi psychiatrique s'est avéré nécessaire.

Enfin, les motifs avancés oralement pour justifier son licenciement en janvier 2002 concernaient le fait qu'elle n'accomplissait plus autant d'heures supplémentaires qu'auparavant, que son apparence n'était plus assez soignée, et qu'elle entretenait des relations tendues avec D_____. Or, le licenciement était en réalité motivé par le fait que T_____ avait montré son intention de faire respecter ses droits de la personnalité en donnant à lire à la directrice des documents relatifs au harcèlement psychologique.

- E. Par acte déposé au greffe de la Juridiction le 15 décembre 2004, E_____ SA a conclu au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

En substance, l'intimée fait valoir que l'appelante ne prouve ni les heures supplémentaires alléguées, ni en quoi l'atteinte à la santé dont elle prétend souffrir aurait pour origine les remarques ou l'attitude de D_____.

- F. Par ordonnance du 3 février 2005, la Cour d'appel de céans a imparti aux parties un délai de quinze jours pour déposer au greffe de la Juridiction la liste des questions qu'elles entendaient poser aux témoins précités.

Les parties ont fait parvenir le document demandé les 23 et 25 février respectivement.

- G. A l'audience de la Cour d'appel du 7 mars 2005, J_____, convoquée en qualité de témoin, ne s'est pas présentée, et T_____ a déclaré renoncer à l'audition du témoin G_____, et persister dans celle des autres témoins. Par lettre du 24 mars 2005, elle a en outre déclaré renoncer à l'audition du témoin J_____.

- H. Entendue en qualité de témoin à l'audience du 2 mai 2005, D_____ a notamment confirmé que, suite aux demandes d'augmentation qu'elle lui avait refusées, T_____ s'était montrée de plus en plus agressive et vindicative, et qu'elle avait commencé à négliger son apparence dans le courant de l'été 2001. Pour le surplus, elle a précisé que les collaboratrices commençaient leur activité à 9h15 et qu'elles bénéficiaient d'une pause d'une heure à midi, qu'il ne leur était occasionnellement pas possible de prendre ; la boutique fermait à 18h30 ou, une ou deux fois par mois, plus tard lorsqu'un client s'attardait. Lorsqu'elle fermait la boutique, quatre jours sur cinq, elle le faisait vers 19h00.

T_____ a contesté ces propos, indiquant notamment que des clients s'attardaient à la boutique trois jours par semaine sur cinq, et qu'elle fermait elle-même le magasin après avoir fait la caisse.

Entendue en qualité de témoin, H_____ a notamment précisé que l'une des deux premières vendeuses procédait à l'ouverture du magasin, vers 9h15, D_____ venant plus tard, et qu'il était notoire à la boutique que T_____ s'occupait de la caisse le soir. D'autre part, D_____ avait généralement l'une ou l'autre des collaboratrices « dans le collimateur » ; en 2001, il s'agissait de T_____ ; par la suite, elle-même avait eu des problèmes de cet ordre avec la directrice.

E_____ SA a pour sa part tenu à préciser que les décisions relatives aux augmentations de salaires n'étaient pas de la compétence de D_____.

- I. A l'audience de la Cour du 27 juin 2005, T_____ a notamment fait valoir que l'on ne saurait se fonder sur les enregistrements de caisse pour en déduire l'heure

de fermeture du magasin, dès lors qu'il était fréquent que la caisse soit fermée alors que des clients s'y trouvaient encore, leurs achats étant enregistrés le lendemain matin.

Entendue une nouvelle fois en qualité de témoin, H_____ a notamment déclaré que D_____ se montrait jalouse et agressive lorsqu'elle avait le sentiment que les compétences de ses collaboratrices dépassaient les siennes, et qu'il pouvait lui arriver, dans ces circonstances, d'employer des termes très désagréables. Elle inspirait la crainte, et portait la responsabilité de la mauvaise ambiance qui régnait à la boutique. Pour le reste, T_____, qui réalisait souvent le meilleur chiffre d'affaires, avait été chargée par D_____ de sa formation, de la formation du personnel à la joaillerie, et du travail de C_____ lorsque celle-ci était partie. Lorsque des clients russes importants se présentaient au magasin, T_____ était appelée pour s'occuper d'eux, durant ses pauses de midi lorsque cela était nécessaire. Enfin, H_____ a déclaré avoir constaté que des transactions effectuées le soir étaient enregistrées en caisse le lendemain matin.

Pour sa part, E_____ SA a notamment confirmé qu'à l'exception de D_____, les cinq ou six personnes de l'équipe de départ ne travaillaient plus à la boutique zurichoise.

Au terme de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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 de T_____ est recevable.
2. A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29). En règle générale, l'appréciation des preuves n'intervient qu'à l'épuisement des moyens disponibles pour découvrir la vérité. Il est toutefois admis que le juge procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires (ATF 109 II 31 ; CAPH

du 20 janvier 1999 en la cause C/16401/1998-3 ; CAPH du 21 juin 1999 en la cause C/13075/1998-12).

En l'espèce, T_____ a requis l'audition de six témoins avant de renoncer à celles de J_____ et de G_____ (cf. *supra* G). Les témoins D_____ et H_____ ayant été entendues par la Cour de céans, demeurait la requête portant sur l'audition de C_____ et de B_____.

Au vu de la liste des thèmes et des questions que l'appelante entendait aborder avec les témoins précités, la Cour a acquis la conviction, d'une part, que leurs déclarations n'étaient requises que pour voir confirmés les propos tenus lors des enquêtes diligentées par les premiers juges (cf. questions 1, 2 et 4 à 8 à poser au témoin B_____ ; questions, 1, 2 et 6 à 8 à poser au témoin C_____), d'autre part, que ces questions n'étaient pas pertinentes pour la solution du litige (question 3 à poser au témoin B_____ ; questions 3 à 5 et 9 à poser au témoin C_____) et, enfin, qu'une question (question 10 à poser au témoin C_____) portait sur une appréciation et non sur un fait. Partant, la Cour, procédant à une appréciation anticipée des preuves et soucieuse du respect des principes de célérité et de simplicité auxquels la Juridiction des prud'hommes est soumise, a décidé de faire l'économie de ces auditions et de renoncer à cet acte d'instruction.

3. a) Aux termes de l'article 335 al. 1^{er} CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif. Est abusif le congé donné pour un des motifs énumérés à l'article 336 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit, et y assortit les conséquences juridiques adaptées au contrat de travail (ATF 125 III 70 ; ATF 123 III 246, consid. 3b).

En particulier, l'article 336 al. 1^{er} lit. a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire (ATF 127 III 86, consid. 2a ; ATF du 11 novembre 1993, publié in SJ 1995, p. 798 et les références citées ; SJ 1993, p. 357 ; Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, in FF 1984 II, pp. 622 et 623 ; Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996 ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 5 ad art. 336 CO).

A teneur de l'article 336 al. 1^{er} lit. d CO, l'employeur ou le travailleur ne doit pas donner congé à l'autre partie parce qu'elle formule de bonne foi une prétention découlant du contrat de travail, d'une convention collective ou de la loi. Cette disposition vise les congés représailles.

A cet égard, doctrine et jurisprudence ont eu l'occasion de préciser que le harcèlement psychologique n'est pas, en soi, constitutif d'un exercice abusif du droit de donner le congé (Rehbinder/Krausz, *Psychoterror am Arbeitsplatz, in Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR)*, 1996, pp. 17 ss.). Il convient cependant d'admettre que la résiliation du contrat de travail puisse s'avérer abusive lorsqu'elle est prononcée à cause d'une baisse de performance du travailleur imputable au harcèlement psychologique. Cela reviendrait en effet, pour l'employeur, à se prévaloir de son propre comportement illicite, ce qui constitue un cas typique de comportement abusif (ATF 125 III 70, consid. 2a ; Merz, *Berner Kommentar*, n. 540 ss. *ad art. 2 CC*).

- b) Le harcèlement psychologique (« *mobbing* »), se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs (ATF du 13 juillet 2004 en la cause 2P.39/2004, consid. 4.1 ; ATF du 20 juin 2003 en la cause 2P.207/2002, consid. 4.2, et les références citées).

En droit privé, les actes de harcèlement psychologique sont prohibés par l'article 328 al. 1^{er} CO (ATF du 13 octobre 2004 en la cause 4C.343/2003, consid. 3.1 ; ATF 125 III 70, consid. 2a), qui dispose que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

En cas d'atteinte illicite grave à sa personnalité, le travailleur peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 97, 99 al. 3 et 49 al. 1^{er} CO ; ATF 102 II 224, consid. 9 ; ATF 87 II 143 ; Aubert, *in Code des obligations I, Commentaire romand*, 2003, § 7 *ad art. 328 CO*, p. 1729 ; Saillen, *La protection de la personnalité du travailleur*, thèse Lausanne 1981, p. 104).

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (Gauch/Schluep/Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'article 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF

1982 II 703 ; Deschenaux/Steinauer, Personne physique et tutelle, n. 624 ; Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

Une faute particulièrement grave de l'auteur de l'atteinte n'est pas requise. Par ailleurs, s'agissant d'une responsabilité contractuelle, la faute est présumée (art. 97 CO).

Enfin, la violation de l'article 328 CO emporte présomption de faute (art. 97 CO) ; l'employeur n'est libéré que s'il prouve qu'il n'a pas commis de faute. Le travailleur doit pour sa part prouver, au moins par des indices suffisants, la violation du contrat par l'employeur, le dommage subi, et le lien de causalité entre la violation du contrat et le dommage subi (cf. FF 1982 II, p. 703 ; Saillen, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 103 ; Deschenaux/Steinauer, *op. cit.*, n. 613 et 619). Il résulte en effet des particularités du harcèlement psychologique qu'il est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut pouvoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il convient cependant de garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures par ailleurs justifiées (ATF du 13 juillet 2004 en la cause 2P.39/2004, consid. 4.1 ; ATF du 20 juin 2003 en la cause 2P.207/2002, consid. 4.2 et les références citées).

- c) En l'espèce, c'est avec raison que les premiers juges ont retenu que la dégradation des relations de travail avait en grande partie été le résultat de la violente déception ressentie par l'appelante lors de la nomination de D_____ au poste de directrice de la boutique zurichoise de E_____ SA. A cet égard, les enquêtes ont permis d'établir que D_____ n'avait pas de meilleures connaissances de la langue allemande que T_____, qu'elle avait une expérience moindre que celle-ci des activités de la société intimée, et qu'il était possible qu'elle ait bénéficié de passe-droits sans rapport avec les compétences requises pour le poste repourvu. Cependant, T_____, qui avait placé tous ses espoirs dans une prochaine et rapide promotion, à laquelle E_____ SA ne s'était pourtant pas fermement engagée, a alors adopté un comportement vindicatif à l'égard de la direction, ce qui ne pouvait nullement favoriser l'amélioration du climat qui régnait à la boutique.

L'instruction de la cause a d'autre part montré que D_____, qui n'appréciait pas de voir les compétences de ses collaboratrices surpasser les siennes, pouvait avoir à leur égard des expressions et des attitudes tout à fait inadmissibles, et que c'est là la principale raison du fait qu'à l'exception de D_____, l'ensemble des collaboratrices présentes à l'ouverture de la boutique ne font, aujourd'hui, plus partie de son personnel.

D'autre part encore, les enquêtes ont permis d'établir que, si l'état de santé psychique de T_____ pouvait en partie être imputé aux difficultés qu'elle rencontrait sur son lieu de travail, comme l'atteste son médecin, l'appelante se trouvait à la même époque dans une situation des plus précaires, puisqu'au cours de sa gros-

sesse, son époux se trouvant atteint dans sa santé et sans emploi, elle était seule en mesure de subvenir aux besoins du ménage.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que les éléments caractéristiques du harcèlement psychologique font défaut dans le cas d'espèce. Quels qu'aient pu être les agissements de D_____, leur durée et leur fréquence, il apparaît en effet qu'ils n'avaient pas pour but d'isoler, de marginaliser ou d'exclure T_____ sur son lieu de travail. La directrice, décrite comme une personne autoritaire par ses anciennes employées, pouvait s'en prendre indifféremment à l'une ou à l'autre lorsque son autorité manquait d'assise. Et si les souffrances infligées ainsi ont été ressenties de façon plus aiguë par T_____ que par ses collègues, on ne saurait conclure qu'elles dépassaient par leur intensité celles que toute personne doit être en mesure de supporter dans de telles circonstances. Dès lors en effet que l'attitude de D_____ ne visait personne en particulier, il convient d'admettre que T_____ a fait montre d'une réactivité excessive à cet égard, que les difficultés personnelles qui viennent d'être rappelées ont très certainement contribué à développer.

En conséquence, l'existence d'actes de harcèlement psychologique, au sens strict rappelé plus haut, n'ayant pas été démontrée à satisfaction de droit, les prétentions de T_____ en versement d'une indemnité pour atteinte à sa personnalité et pour tort moral devront être rejetées à ce titre, et le jugement du Tribunal confirmé sur ce point.

- d) Cela étant, il apparaît que les premiers juges n'ont pas pris toute la mesure des circonstances qui ont entouré le licenciement de l'appelante.

Il ne fait aucun doute en effet que la décision brutale de D_____ de mettre fin aux rapports de travail le 30 janvier 2002 (cf. *supra* C n), d'une manière telle que les personnes présentes ont compris qu'il s'agissait d'un licenciement immédiat, n'avait que peu de rapport avec les reproches qu'elle formulait en relation avec la tenue ou avec le manque de zèle dont T_____ faisait, selon elle, preuve depuis l'été précédent.

Car, même si, comme il vient d'être dit, l'on ne saurait retenir l'existence d'actes de harcèlement psychologique au préjudice de T_____, les enquêtes ont montré que D_____ exerçait une autorité qu'elle ne parvenait à asseoir qu'en faisant régner un climat d'inquiétude et de suspicion au sein du personnel. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer que l'appelante s'est vu remettre la lettre de licenciement sous les yeux de son époux, de certaines de ses collègues et des forces de l'ordre dont la directrice avait requis l'intervention, lesquelles forces de l'ordre ont ensuite dû lui signifier une défense de pénétrer dans le magasin (*Hausverbot*) en bonne et due forme. Qu'à l'audience du Tribunal du 5 mai 2003 (cf. *supra* C t), D_____ ait déclaré ne pas maîtriser la réglementation relative aux ressources humaines ne doit pas surprendre.

Ainsi, il apparaît que D_____ a décidé de licencier l'appelante sans considération des intérêts de la société et par convenance personnelle. Partant, en justifiant le licenciement de T_____ par le fait que la qualité de son travail avait diminué, D_____ s'est prévalu de son propre comportement illicite, ce qui constitue un abus réprimé par les dispositions légales précitées.

- e) A teneur de l'article 336a CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (al. 1^{er}). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (al. 2).

L'indemnité prévue à l'article 336a al. 2 CO a une double finalité, punitive et réparatrice. La finalité en partie réparatrice de l'indemnité résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité) ; elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'État, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, l'indemnité ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC). Dès lors que la loi lui impose de tenir compte de toutes les circonstances, il ne saurait faire abstraction, entre autres éléments, de la durée des rapports de travail, des effets économiques du licenciement, qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur, de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne congédiée et du comportement des parties lors de la résiliation du rapport contractuel (ATF du 8 janvier 1999, publié *in* SJ 1999 I, p. 277 ; ATF 123 III 391 ; SJ 1995, p. 802).

En l'espèce, et compte tenu notamment du comportement de D_____ avant et au moment du licenciement, et des effets économiques aggravants de ce licenciement, E_____ SA devra verser à T_____ l'équivalent net de six mois de salaire brut de base, soit fr. 29'400.- (6 x 4'900), à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

Par contre, s'agissant d'une indemnité pour atteinte à l'avenir économique, force est de constater que T_____ n'est pas parvenue à convaincre la Cour de l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre la faiblesse alléguée de son état de santé actuel et du dommage qui en résulterait, et une quelconque violation de ses obligations par la société intimée, étant précisé que l'existence d'un harcèlement psychologique n'a pas été retenu. En conséquence, cette prétention doit être rejetée et le jugement du Tribunal confirmé sur ce point.

4. A teneur de l'article 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplé-

mentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1^{er}). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire. Cependant, le juge doit se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si les circonstances le permettent, notamment s'il est clairement prouvé, et non simplement rendu vraisemblable, que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I, p. 629 ; cf. Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 *ad* art. 321c CO, p. 1689).

En l'espèce, les témoignages recueillis en deuxième instance ont permis d'établir que le travail des vendeuses, et celui de T_____ en particulier, excédait fréquemment l'horaire de travail normal. L'appelante se tenait à disposition de son employeur pendant la pause de midi, de sorte qu'il arrivait que l'on fasse appel à ses services lorsque d'importants clients russes se présentaient à la boutique à l'heure du déjeuner. De même, il était connu des employées que T_____ se chargeait généralement de faire la caisse le soir et de fermer le magasin. Elle s'y trouvait généralement encore à 18h45. Pour le surplus, il arrivait à l'appelante de quitter le magasin pendant quelques minutes au cours de la journée sans y être tenue par de quelconques raisons professionnelles.

Se fondant sur ces divers éléments, la Cour de céans considère qu'il était attendu de T_____ qu'elle accomplisse régulièrement un supplément d'activité après la fermeture du magasin, et que, compte tenu de la régularité de cette attente, l'on ne pouvait raisonnablement exiger d'elle qu'elle s'en charge sans contrepartie. Faisant usage de son pouvoir d'appréciation à cet égard, la Cour arrête à trois heures hebdomadaires pendant quinze mois (de novembre 2000 à janvier 2002) la tâche supplémentaire ainsi imposée à T_____, qu'il conviendra de rétribuer sur la base d'un salaire horaire comprenant la part du treizième salaire et de la participation au chiffre d'affaires de la société, en fr. 36.15 ((4'900 x 13 : 12 + 952) : 173.2), majorés de 25%, soit fr. 45.20.

En conséquence, l'intimée devra être condamnée à verser à T_____ la somme brute de fr. 8'807.20 (3 x 4.33 x 15 x 45.20) à ce titre.

5. Conformément à l'article 330a CO, l'employé peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité du travail et sa conduite (al. 1^{er}). A sa demande expresse, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2).

En l'espèce, le certificat de travail remis par E_____ SA à T_____ le 23 août 2004 est conforme à la disposition précitée, de sorte que les prétentions de l'appelante sur ce point devront être rejetées.

6. À l'exception du cas du plaideur téméraire, la procédure prud'homale ne prévoit pas le versement de dépens comprenant une participation aux frais d'avocat d'une des parties. Ce postulat découle du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, la représentation par avocat demeurant exceptionnelle (art. 12 et 13 LJP ; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Les droits des parties sont en effet réputés suffisamment sauvegardés par la maxime d'office (art. 29 LJP et 343 al. 4 CO). Une partie souhaitant l'assistance d'un avocat est donc censée, à teneur du droit actuel, prendre les frais en découlant à sa charge (note d'Aubert in SJ 1987, p. 574).

Partant, il ne sera pas alloué de dépens.

7. Enfin, l'émolument d'appel versé par T_____, dont les conclusions étaient fortement exagérées, restera acquis à l'État de Genève.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 mars 2004 rendu en la cause n° C/1070/2003 – 3 ;

Au fond :

- Annule ledit jugement ;

Cela fait, statuant à nouveau :

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ le montant brut de fr. 8'807.20 (huit mille huit cent sept francs et vingt centimes) ;
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ le montant net de fr. 29'400.- (vingt-neuf mille quatre cents francs) ;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles ;
- Déboute les parties de toutes autres conclusions ;
- Dit que l'émolument d'appel versé par T_____ reste acquis à l'État de Genève.

La greffière de juridiction

Le président