

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/1190/2016-5

CAPH/213/2017

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 22 DECEMBRE 2017**

Entre

**Madame A** \_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_, France, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 30 mai 2017 (JTPH/224/2017), comparant par le Syndicat SIT, rue des Chaudronniers 16, case postale 3287, 1211 Genève 3, auprès duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

**B** \_\_\_\_\_ **SA**, sise \_\_\_\_\_ Genève, intimée, comparant en personne,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 décembre 2017.

---

**EN FAIT**

**A.** Par jugement JTPH/224/2017 rendu le 30 mai 2017, notifié à A\_\_\_\_\_ le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 6 juin 2016 par A\_\_\_\_\_ contre B\_\_\_\_\_SA (ch. 1 du dispositif), condamné cette dernière à remettre à A\_\_\_\_\_ un certificat de travail mentionnant le 8 septembre 2015 comme date de fin des rapports de travail (ch. 2), dit qu'il ne serait pas perçu de frais ni alloué de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 4).

**B. a.** Par acte expédié le 30 juin 2017 au greffe de la Cour de justice, A\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Elle conclut à ce qu'il soit dit que les rapports de travail ont pris fin à l'issue du délai de congé de deux mois, soit le 30 novembre 2015, et à ce que B\_\_\_\_\_SA soit condamnée à lui verser les salaires pour les mois de septembre à novembre 2015, soit 5'269 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016, sous déduction du montant de 1'386 fr. déjà versés, et à lui remettre un certificat de travail mentionnant la fin des rapports de travail au 30 novembre 2015. Elle conclut, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

**b.** B\_\_\_\_\_SA conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens.

**c.** Par réplique du 20 septembre et duplique du 16 octobre 2017, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions respectives.

**d.** Les parties ont été informées par la Cour de ce que la cause était gardée à juger par avis du 23 octobre 2017.

**C.** Les faits suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

**a.** B\_\_\_\_\_SA, ayant son siège à Genève, est une société active dans le domaine de l'enseignement et qui, notamment, exploite une école à Genève.

C\_\_\_\_\_ en est administratrice présidente et D\_\_\_\_\_, administrateur, tous deux avec signature individuelle.

**b.** Par contrat de travail signé le 2 septembre 2013, A\_\_\_\_\_ a été engagée par B\_\_\_\_\_SA en qualité d'agent(e) d'entretien polyvalente.

Ce contrat prévoyait, notamment, que :

- le salaire était de 20 fr. bruts par heure,
- le temps de travail était variable selon les besoins de la société,

---

- le contrat était conclu pour une durée indéterminée et pouvait être, après le temps d'essai, résilié - par écrit - dans un délai d'un mois pour la fin d'un mois au cours de la première année de service et de deux mois pour la fin d'un mois à partir de la deuxième année, sous réserve de la résiliation immédiate.

**c.** A\_\_\_\_\_ a perçu un salaire annuel brut de 21'078 fr. en 2014 (soit un salaire mensuel brut d'environ 990 fr. pour juillet, 380 fr. pour août et variant entre 1'435 fr. et 2'100 fr. bruts durant le reste de l'année, représentant un salaire mensuel moyen de 1'756 fr. 50) et de 12'854 fr. de janvier au 7 septembre 2015 (300 fr. pour juillet, 460 fr. pour août, 420 fr. du 1<sup>er</sup> au 7 septembre, et variant entre 1'553 fr. 20 et 2'320 fr. entre janvier et juin 2015).

Etudiante à l'université, elle travaillait après ses cours selon l'horaire variable qui lui convenait, à savoir en général du lundi au vendredi dès 18h pour une durée variant selon les besoins - en dehors de ses périodes d'examens -, ainsi que pendant les week-ends si demandé. Durant les vacances scolaires, en particulier les mois de juillet et août, la quotité de travail était moins élevée en raison de l'absence des élèves.

**d.** Dans le courant du mois de juin 2015, E\_\_\_\_\_, responsable administrative au sein de B\_\_\_\_\_SA, a proposé oralement à A\_\_\_\_\_ de modifier sa rémunération en lui versant un montant forfaitaire brut de 1'200 fr. par mois, ce qu'elle a refusé.

Selon B\_\_\_\_\_SA, il s'agissait d'une proposition adressée à tous les agents d'entretien. Dès lors qu'aucun d'eux n'avait accepté, ils avaient continué à travailler aux mêmes conditions que A\_\_\_\_\_.

**e.** A la rentrée scolaire 2015-2016, elle a travaillé comme à l'accoutumée jusqu'au 7 septembre 2015.

Le 8 septembre 2015, un entretien a eu lieu entre A\_\_\_\_\_, d'une part, et C\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_, directrice de l'école maternelle, d'autre part.

Les parties divergent sur la discussion qui s'y est tenue.

Selon A\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ l'aurait informée qu'une nouvelle agente d'entretien avait été engagée pour la remplacer et qu'elle n'avait plus à se représenter à son poste de travail dès ce jour.

Selon C\_\_\_\_\_, elle avait elle-même mené cet entretien; elle avait tout d'abord adressé à l'employée des remarques négatives sur la qualité de son travail, puis avait formulé une proposition d'horaire fixe en vue d'améliorer les prestations fournies. Ce nouvel horaire ne s'accordant pas avec les études de A\_\_\_\_\_, cette dernière l'avait refusé. C\_\_\_\_\_ lui avait alors proposé de ne venir dorénavant travailler que sur demande pendant les vacances scolaires et certains évènements, ce que l'employée avait accepté.

---

Les parties s'accordent à dire qu'à l'issue de cette réunion, il a été demandé à A\_\_\_\_\_ de restituer les clés des locaux de l'école - destinées à l'agente d'entretien du soir - et que celle-ci s'est exécutée.

Suite à cet entretien, A\_\_\_\_\_ n'a plus été appelée à travailler au mois de septembre et a été rémunérée pour son activité jusqu'au 7 de ce même mois.

Par contrat signé le 4 septembre 2015, G\_\_\_\_\_ a été engagée, dès le 7 septembre 2015, en qualité d'agente d'entretien polyvalente à des conditions semblables à celle de A\_\_\_\_\_.

**f.** Par courrier recommandé adressé le 16 septembre 2015 à B\_\_\_\_\_SA et reçu le 18 suivant à 12h31, A\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire du Syndicat SIT, s'est opposée au licenciement qu'elle considérait avoir reçu lors de l'entretien du 8 septembre 2015, a demandé à la société de lui indiquer les motifs de son licenciement d'ici au 30 septembre 2015, a indiqué avoir pris note de sa libération de son obligation de travailler, précisant toutefois se tenir à la disposition de son employeur, et a réclamé le versement de 5'269 fr. 50 bruts à titre de salaire pour les mois de septembre à novembre 2015 ([salaire annuel brut de 21'078 fr. en 2014 / 12 mois] x 3 mois), se réservant le droit de réclamer une indemnité pour licenciement abusif ou injustifié -, ainsi que la remise d'un certificat de travail.

B\_\_\_\_\_SA a déclaré avoir été "*choqué et indigné*" par ce courrier, auquel elle n'a pas répondu par écrit.

**g.** Par courrier recommandé daté du 17 septembre 2015, mais remis à la poste le 18 septembre 2015 à 14h39, B\_\_\_\_\_SA a adressé un avertissement à A\_\_\_\_\_ au motif qu'elle avait constaté la qualité inacceptable du nettoyage effectué le 31 août 2015, ayant nécessité l'engagement d'une autre personne qui avait dû refaire le travail et engendré des dépenses supplémentaires. Il était également relevé que, ledit jour, l'employée avait été accompagnée d'une personne étrangère à l'établissement, ce qui lui était conseillé "*d'éviter*".

Ce courrier, adressé à l'ancienne adresse de l'employée, a été renvoyé à son expéditeur.

**h.** Le 1<sup>er</sup> octobre 2015, une réunion a eu lieu dans les locaux de B\_\_\_\_\_SA entre A\_\_\_\_\_, assistée d'un représentant du Syndicat SIT, d'une part, et C\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, d'autre part.

**i.** Par courriel du 7 octobre 2015, B\_\_\_\_\_SA a adressé sa lettre précitée du 17 septembre 2015 (cf. supra let. g) à A\_\_\_\_\_ et lui a demandé si elle était disponible pour du nettoyage ponctuel pendant les vacances scolaires, soit entre le 19 et le 23 octobre 2015.

---

**j.** Par courrier recommandé adressé le 9 octobre 2015 à B\_\_\_\_\_SA, A\_\_\_\_\_ a relevé que les conditions de travail avaient été modifiées de manière unilatérale par l'employeur sans son accord et en sa défaveur en date du 8 septembre 2015, a mis la société en demeure de lui verser, avant le 16 suivant, le montant brut de 1'756 fr. 50 à titre de solde de salaire pour le mois de septembre 2015, sous déduction du montant déjà versé pour les premiers jours dudit mois, et a indiqué qu'elle considérait qu'ayant dû rendre les clés des locaux, ce qui ne lui avait jamais été demandé depuis le début de son activité, la libération de son obligation de travailler était intervenue par actes concluants.

**k.** Par courrier adressé le 16 novembre 2015 au Syndicat SIT, B\_\_\_\_\_SA a indiqué que, lors de l'entretien du 1<sup>er</sup> octobre 2015, A\_\_\_\_\_ avait "*reconnu s'être fourvoyée dans sa démarche en apportant [au SIT] des éléments inexacts et mensongers*" et avait "*confirmé l'absence de licenciement*".

Elle a joint à son courrier un extrait du procès-verbal de la réunion du 1<sup>er</sup> octobre 2015 établi par la société et signé par C\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_.

**l.** Par courrier adressé le 23 décembre 2015 à B\_\_\_\_\_SA, A\_\_\_\_\_ a contesté ce courrier, ainsi que le contenu dudit procès-verbal et a, à nouveau, réclamé un certificat de travail.

Le 9 février 2016, B\_\_\_\_\_SA a versé - selon elle, par gain de paix - à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 1'386 fr., soit de 1'202 fr. 80 nets, à titre de solde de salaire pour le mois de septembre 2015.

**D. a.** Après avoir expédié une requête de conciliation le 19 janvier 2016 et obtenu une autorisation de procéder le 3 mars suivant, A\_\_\_\_\_ a, par demande simplifiée expédiée le 6 juin 2016 au greffe du Tribunal des prud'hommes, assigné B\_\_\_\_\_SA en paiement de la somme de 15'808 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2015, soit 5'269 fr. 50 bruts à titre de salaire pour les mois de septembre à novembre 2015 et 10'539 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement abusif, et sollicité la remise d'un certificat de travail.

A l'appui de ses conclusions, A\_\_\_\_\_ a allégué avoir été victime d'un congé-modification abusif le 8 septembre 2015 intervenu en représailles de son refus de percevoir une rémunération forfaitaire de 1'200 fr. par mois. Selon elle, l'avertissement remis à la poste le 18 septembre 2015 par la société avait également été envoyé en représailles de son courrier du 16 septembre 2015. Compte tenu du fait qu'elle était dans sa troisième année de service, son contrat avait pris fin le 30 novembre 2015, de sorte qu'elle avait droit au versement de son salaire pour les mois de septembre à novembre 2015, calculé sur la base de son salaire mensuel brut moyen perçu en 2014. Elle réclamait également le paiement d'une indemnité équivalente à six mois de salaire.

---

Elle a, par ailleurs, allégué qu'en agissant comme elle l'avait fait, la société avait éludé les règles relatives au délai de congé dans le cadre d'un contrat de travail sur appel. En n'ayant plus à se présenter à son poste de travail dès le 8 septembre 2015, elle avait été libérée de son obligation de travailler par actes concludants. Son employeur étant en demeure de lui fournir du travail et une rémunération, elle avait été en droit de refuser de travailler durant les vacances d'octobre 2015.

**b.** Dans sa réponse du 29 septembre 2016, B\_\_\_\_\_SA a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

B\_\_\_\_\_SA a contesté avoir résilié le contrat de travail de A\_\_\_\_\_. La restitution des clés avait été demandée par C\_\_\_\_\_, car elles étaient destinées à l'agente d'entretien travaillant le soir. Aucun autre employé, excepté ceux de l'administration, n'avait de clés, ceci pour des raisons de sécurité. A\_\_\_\_\_ ayant refusé de travailler le soir selon un horaire fixe et ayant accepté le mode de travail occasionnel, il n'y avait aucune raison qu'elle garde les clés. Mais, cette remise ne signifiait en rien que A\_\_\_\_\_ ait été licenciée. G\_\_\_\_\_ n'avait pas été engagée comme remplaçante de A\_\_\_\_\_.

Pour ce qui était de la fin des rapports de travail, dès lors qu'elle n'avait pas licencié A\_\_\_\_\_, elle considérait que la lettre du Syndicat SIT du 9 octobre 2015 valait résiliation et que A\_\_\_\_\_ n'avait pas respecté le délai de résiliation contractuel de deux mois.

**c.** Lors de l'audience tenue le 15 décembre 2016 par le Tribunal, A\_\_\_\_\_ a expliqué que, le 8 septembre 2015, elle avait dû rendre ses clés des locaux pour être remises à sa remplaçante, qu'elle avait alors compris qu'elle avait été licenciée le 8 septembre 2015, qu'il ne lui avait pas été dit clairement qu'elle était licenciée et qu'elle n'avait pas posé la question de savoir s'il s'agissait réellement d'un licenciement.

C\_\_\_\_\_ a indiqué que, pour améliorer le nettoyage au sein de son école, elle avait souhaité que A\_\_\_\_\_ travaille dorénavant selon un horaire fixe, ce que celle-ci avait refusé. Elle lui avait alors proposé de travailler pendant les vacances ou lors de manifestations particulières, ce que l'employée avait accepté, raison pour laquelle elle lui avait demandé de restituer les clés puisque, étant amenée à ne travailler qu'occasionnellement, elle n'en aurait plus besoin.

F\_\_\_\_\_ a indiqué que l'entretien du 8 septembre 2015 s'était déroulé comme l'indiquait B\_\_\_\_\_SA et en particulier que des horaires fixes le soir avaient été proposés. Elle ne savait pas si les griefs en lien avec la qualité du travail en étaient la cause. Pour elle, les propos de A\_\_\_\_\_ selon lesquelles elle avait été licenciée ne correspondaient à ce qui s'était passé le 8 septembre 2015, puisque l'employée avait accepté de ne travailler dorénavant que pendant les vacances. Elle a confirmé la teneur du procès-verbal de la réunion du 1<sup>er</sup> octobre 2015 qu'elle a

signé. Elle a enfin précisé que lorsqu'un professeur était licencié, cela se faisait par lettre.

**d.** Lors de l'audience tenue le 6 mars 2017 par le Tribunal, E\_\_\_\_\_ a déclaré avoir téléphoné à A\_\_\_\_\_ en date du 7 septembre 2015 afin de la convoquer à la réunion du lendemain et l'a informée de ce qu'il allait être discuté des heures de travail et d'éventuels changements. Lors de cette réunion, C\_\_\_\_\_ avait effectivement parlé du changement des heures de nettoyage et du volume d'heures que cela impliquait. La question s'était posée de savoir si l'employée pouvait assumer l'ensemble de ces heures, ce à quoi cette dernière avait répondu que cela n'était pas compatible avec ses horaires d'études. C\_\_\_\_\_ avait alors demandé à A\_\_\_\_\_ si elle pouvait faire appel à elle ponctuellement, ce à quoi l'employée avait répondu par l'affirmative.

A\_\_\_\_\_ a contesté ces propos.

Au terme de l'audience, les parties ont avalisé un certificat de travail auquel la date de fin des rapports de travail devait être ajoutée en fonction de la décision à rendre.

**e.** Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a retenu qu'à aucun moment, l'employée ne s'était vue notifier un licenciement par écrit ou par oral de la part de la société. Il ressortait clairement des témoignages qu'elle s'était vue dans l'obligation de restituer les clés de l'établissement en raison du fait qu'elle n'allait plus venir travailler régulièrement, dès lors que ses heures de travail n'étaient pas définies, et non en raison du fait qu'elle était licenciée. Elle n'avait pas posé la question à son employeur afin de s'assurer qu'elle était bien licenciée. Par ailleurs, quelques jours de travail durant les vacances scolaires au courant du mois d'octobre 2015 lui avaient été proposés. Il convenait, au contraire, de considérer que le courrier du 16 septembre 2015 envoyé par le représentant de l'employée "*détermin[ait] la fin des rapports contractuels, laquelle a[vait] en conséquence eu lieu le 8 septembre 2015*". Elle n'avait, par conséquent, droit ni à un salaire pour la période postérieure au 8 septembre 2015 ni à une indemnité pour licenciement abusif.

## **EN DROIT**

- 1. 1.1.** 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 supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, *in* JT 2010 III 126).

---

La valeur litigieuse étant, en l'espèce, supérieure 10'000 fr. (15'808 fr. 50 en première instance), la voie de l'appel est ouverte.

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

**1.2.** La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Le litige - dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. - est soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC).

La maxime inquisitoire sociale est applicable (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).

2. Les parties ne contestent à juste titre ni la compétence des tribunaux genevois (art. 19 ch. 1 CL; art. 1 al. 1 let. a LTPH) ni l'application du droit suisse (art. 121 al. 1 LDIP).
3. Les parties s'accordent à dire qu'elles ont été liées par un contrat de travail sur appel de durée indéterminée. Depuis le début des rapports de travail, l'horaire de l'appelante était variable et flexible; il était établi en fonction des études de l'employée et des besoins de l'intimée. D'une manière générale, l'appelante travaillait après ses cours du lundi au vendredi dès 18h pour une durée variant selon les besoins - en dehors de ses périodes d'examens -, ainsi que pendant les week-ends si demandé. Durant les vacances scolaires, en particulier les mois de juillet et août, la quotité de travail était moins élevée en raison de l'absence des élèves.

La loi n'interdit pas le travail sur appel. Toutefois, régie par le Titre dixième du Code des obligations, relatif au contrat de travail, cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives (art. 361 et 362 CO; ATF 125 III 65 consid. 3b; 124 III 249 consid. 2a)

4. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir considéré que, par son courrier du 16 septembre 2015, elle a mis fin aux rapports de travail avec effet au 8 septembre 2015, alors que sa lettre visait, au contraire, à préserver ses droits et à s'opposer à son licenciement et qu'elle s'était déclarée à disposition de son employeur. Selon elle, le fait que l'intimée lui ait proposé de travailler lors des vacances scolaires d'octobre 2015 - soit pendant le délai de congé - ne signifiait pas qu'il n'y avait pas eu licenciement.

Elle fait valoir que le Tribunal aurait dû examiner si, sur la base de la version de fait alléguée par l'intimée, cette dernière n'aurait pas dû résilier le contrat sous peine de faire porter le risque de l'entreprise à son employée et d'abuser de son

droit en modifiant unilatéralement les horaires de l'appelante ou en se contentant de ne pas lui donner de travail.

**4.1.** Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.

En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_485/2016 et 4A\_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 2.1; 4A\_539/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3.1).

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

Le délai de congé a notamment pour but de protéger le travailleur après la résiliation, de telle sorte qu'il puisse chercher une nouvelle place de travail tout en conservant l'essentiel de ses ressources. Le travailleur ne peut pas renoncer valablement à cet avantage, les délais minimaux de congé prévus par la loi étant impératifs. Lorsqu'il permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail sur appel vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé; il en résulte une violation manifeste de l'art. 335c CO (ATF 125 III 65 consid. 4b et les réf. cit.).

Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (art. 324 al. 1 CO). Il résulte de cette disposition que le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire. Cette règle est impérative, de sorte que le travailleur ne peut pas valablement renoncer à son bénéfice pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (art. 362 et 341 al. 1 CO). D'ailleurs, selon l'art. 326 CO, lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante (al. 1). Si le salaire payé au temps n'est pas fixé dans un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur doit verser au

---

travailleur l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu'il gagnait jusqu'alors (al. 3). L'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps (al. 4). Ces dispositions revêtent un caractère impératif (art. 362 CO). L'art. 326 CO, qui concerne le travail aux pièces ou à la tâche, n'est qu'un cas d'application de la règle générale sur la demeure. Il confirme que, dans le cadre de l'art. 324 al. 1 CO, le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur. La loi ne réserve aucune exception à l'application de l'art. 324 al. 1 CO en faveur du travail sur appel. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de travail sur appel, sont prohibées les diminutions brutales du volume mensuel de travail par l'employeur. Dans cette hypothèse, le travailleur peut réclamer son salaire moyen jusqu'à l'échéance du délai de congé, calculé sur la base de la rémunération moyenne perçue pendant une période déterminée équitablement (ATF 125 III 65 consid. 5 et les réf. cit.; WYLER/HEINZER, Droit du travail, p. 272).

**4.3.** Les parties à un contrat de travail peuvent décider, d'un commun accord - le cas échéant sans observer de forme particulière (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_608/2009 du 25 février 2010 consid. 3.1; 4A\_511/2008 du 3 février 2009 consid. 5.1) - de modifier, en cours de relation contractuelle, les éléments essentiels de la convention qui les lie, parmi lesquels figure la rémunération ou le système de rétribution fixés (BONARD, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 17 ad art. 335 CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 58).

**4.4.** Lorsque l'employeur est en retard dans le paiement de salaires échus, il est en demeure. Il en résulte que le travailleur peut refuser de fournir sa prestation (art. 82 CO par analogie; ATF 120 II 209 consid. 6a, *in* JT 1995 I 367).

**4.5.** En l'espèce, si, comme relevé précédemment, l'appelante bénéficiait d'un horaire variable et flexible, établi en fonction de ses études et des besoins de l'intimée, son activité pour l'intimée, certes irrégulière, lui assurait néanmoins un volume d'heures d'une certaine constance qui lui procurait un salaire mensuel brut, hors période de juillet et août, entre 1'435 fr. et 2'100 fr. pour 2014 et entre 1'553 fr. et 2'320 fr. pour le premier semestre 2015.

Lors de la rentrée scolaire de septembre 2015, l'appelante a repris son activité selon ses horaires habituels.

Elle allègue avoir compris que son licenciement lui avait été signifié lors de l'entretien du 8 septembre 2015 au motif qu'il lui avait été annoncé qu'une autre personne avait été engagée pour la remplacer, qu'elle avait dû rendre les clés des locaux et qu'elle avait été libérée de son obligation de travailler. Ses allégations

ont été contestées par l'intimée et n'ont pas été confirmées par les témoins entendus par le Tribunal.

Selon les déclarations de C\_\_\_\_\_ et des témoins E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_, lors de cet entretien, la première avait tout d'abord adressé des remarques négatives à l'employée s'agissant de la qualité de son travail. Puis, elle lui avait formulé une proposition d'horaire fixe impliquant un changement des heures de travail et du volume d'activité, que l'appelante avait refusé, faute de s'accorder avec ses études. C\_\_\_\_\_ lui avait alors proposé de ne venir dorénavant travailler que sur demande pendant les vacances scolaires et certains évènements, ce que l'employée avait accepté, raison pour laquelle elle lui avait demandé de restituer les clés puisque, étant amenée à ne travailler qu'occasionnellement, elle n'en aurait plus besoin.

Il apparaît dès lors, sur la base de ces dernières déclarations, qu'à la suite du refus de l'employée de modifier les horaires pratiqués depuis le début des rapports de travail en septembre 2013, son employeur a, de manière unilatérale, brutalement réduit le volume de travail mensuel de l'appelante à quelques heures ponctuelles et sur demande lors des vacances scolaires et ce, en violation de l'art. 335c CO.

C'est ainsi à raison que, conformément à la jurisprudence qui précède, l'appelante a considéré cette manière de procéder comme ayant consisté en son licenciement.

Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la lettre du 16 septembre 2015 de l'appelante à la société visait à s'opposer à son congé, à préserver ses droits et aucunement à mettre fin à leurs rapports contractuels, ce que l'intimée n'avait au demeurant pas allégué en première instance.

La lettre d'avertissement adressée par l'intimée à son employée le 17 septembre 2015 n'est en rien contradictoire avec ce qui précède, puisqu'il s'agissait pour l'employeur d'adresser par écrit des remarques négatives formulées à son employée et d'attirer l'attention de cette dernière sur des comportements qu'elle ne souhaitait pas voir renouvelés par l'appelante lors de ses futures interventions - unilatéralement devenues - ponctuelles.

Par ailleurs, il importe peu que le licenciement de l'appelante n'ait pas eu lieu par écrit comme le prévoit le contrat de travail et à la pratique de la société ou encore que l'employée n'ait pas, lors de l'entretien du 7 septembre 2015, posé la question de savoir si elle était licenciée, le licenciement étant en tout état intervenu *de facto*.

Enfin, dans la mesure où l'intimée était en demeure dans le paiement du solde du salaire du mois de septembre 2015, tel que réclamé par l'appelante dans son courrier du 9 octobre 2015 et versé le 9 février 2016, cette dernière était en droit de refuser de fournir sa prestation de travail demandée pour les vacances du mois d'octobre 2015.

---

Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que l'appelante a été licenciée en date du 8 septembre 2015 avec effet au 30 novembre suivant et a ainsi droit au paiement des salaires afférents au délai de congé non versés. L'intimée a versé à l'appelante un montant de 1'386 fr. "par gain de paix". Elle a, pour le surplus, réglé à titre de salaire du mois de septembre 2015, une somme brute de 420 fr. Calculés sur la base du salaire annuel moyen brut de l'année 2014 – et du 1<sup>er</sup> janvier au 31 août 2015 (21'078 fr. + 12'854 fr. – 420 fr. correspondant à septembre 2015 = 33'512 fr. ./ 20 mois = 1'675 fr. 60 en moyenne) -, les salaires de septembre à novembre 2015 représentent un montant total de 5'026 fr. 80 (1'675 fr. 60 x 3 mois). L'intimée ayant réglé 1'806 fr., elle sera condamnée à verser à l'appelante le montant brut de 3'220 fr. 80 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2015 (art. 339 al. 1 CO).

5. **5.1.** L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive (ATF 136 III 513 consid. 2.1; 132 III 115 consid. 2.1 et 2.5). Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit et qu'elle ait été de bonne foi, même si sa prétention, en réalité, n'existait pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4).

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_408/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.3). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3; 130 III 699 consid. 4.1).

La jurisprudence admet le principe d'un congé-modification (*Änderungskündigung*), car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable; il peut cependant y avoir abus dans certaines circonstances (cf. ATF 123 III 246 consid. 3a et b et les références citées). Tel est notamment le cas lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur avant l'expiration du délai de licenciement, et qu'il congédie le salarié qui n'a pas accepté. Le licenciement est alors abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce qu'en refusant une modification du contrat avant l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et que c'est ce refus qui est à l'origine du licenciement. Un tel procédé constitue un congé abusif, car l'employeur doit fournir les mêmes prestations jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 123 III 246 consid. 4a; arrêt 4C.317/2006 du 4 janvier 2007 consid. 3.5; DUNAND, Commentaire du droit du travail, 2013, n. 49 ad art. 336 CO; AUBERT, CR-CO I, 2012, n. 11 ad art. 336 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_539/2015 du 28 janvier 2016 consid. 31. et 3.2).

Selon la jurisprudence, un congé donné pour le motif que le travailleur n'accepte pas une modification du contrat doit être considéré comme abusif si la résiliation

est utilisée comme un moyen de pression sans que la modification demandée ne soit sérieusement justifiée, notamment par un changement dans la situation du marché ou dans la gestion de l'entreprise (ATF 123 III 246 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_555/2011 du 23 février 2012 consid. 2.2).

De plus, un congé donné pour le motif que le travailleur n'a pas accepté une modification du contrat (congé-modification au sens large) ne peut être qualifié d'abusif que si l'employeur a tenté d'imposer des modifications appelées à entrer en vigueur immédiatement, soit avant l'expiration du délai de résiliation, s'il utilise la résiliation comme moyen de pression pour imposer au travailleur une modification injustifiée ou encore si le congé est donné parce que l'employé refuse de conclure un nouveau contrat de travail qui viole la loi, une convention collective ou un contrat-type applicable (ATF 125 III 70 consid. 2a; 123 III 246 consid. 3b; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 6.1; 4A\_155/2010 du 2 juillet 2010 consid. 3.2).

**5.2.** *In casu*, la question de savoir si ce congé est abusif peut rester ouverte, l'employée ayant, en appel, renoncé à ses prétentions en indemnité à ce titre.

6. L'appelante sollicite la remise d'un certificat de travail indiquant la fin des rapports de travail au 30 novembre 2015.

Compte tenu du fait qu'il a été retenu ci-avant que la fin des rapports de travail est intervenue le 30 novembre 2015, il sera donné une suite favorable à la conclusion de l'appelante.

7. Par conséquent, le jugement entrepris sera annulé et l'intimée condamnée dans le sens de ce qui précède.
8. L'appel est exempt de frais judiciaires compte tenu de la valeur litigieuse (art. 114 let. c et 116 CPC; art. 19 al. 3 let. c LaCC) et ne donne pas lieu à l'allocation de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 30 juin 2017 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/224/2017 rendu le 30 mai 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1190/2016-5.

**Au fond :**

Annule le jugement entrepris.

**Cela fait et statuant à nouveau :**

Condamne B\_\_\_\_\_SA à payer à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 3'220 fr. 80 avec intérêts moratoires à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2015.

Condamne B\_\_\_\_\_SA à remettre à A\_\_\_\_\_ un certificat de travail indiquant la fin des rapports de travail au 30 novembre 2015.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Dit que la procédure est gratuite.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

**Siégeant :**

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur, Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.*

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

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