



E___ Sàrl, Succursale de Genève
Dom. élu: Me Alain Veuillet
Place du Port 1
1205 Genève

Madame T___

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 26 avril 2010

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Pierre-Jean BOSSON et Marc LAVAL, juges employeurs

MM. Alain BALLY et Philippe VACCARO, juges salariés

Mme Laure DEPPIERRAZ, greffière d'audience

-EN FAIT-

- A. Par acte déposé à l'office postal le 26 juin 2009, E___ Sàrl, succursale de Genève (ci-après E___) appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 28 mai 2009, dans la cause n° C/15509/2008 -3 expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 28 mai 2009, dont le dispositif est le suivant :

Préalablement :

1. rectifie les qualités de la partie défenderesse ;
2. déclare irrecevable la demande formulée le 9 juillet 2008 par T___ contre E___, en tant qu'elle tend à la constatation de l'absence de justes motifs et la nullité du congé ;
3. déclare recevable la demande reconventionnelle formée le 9 septembre 2008 par E___ contre T___ ;

Cela fait :

4. condamne E___ à verser à T___ la somme brute de fr. 11'283.80 (onze mille deux-cent quatre-vingt-trois francs et quatre-vingt centimes), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} mars 2008 ;
5. condamne E___ à verser à T___ la somme nette de fr. 4'500.00 (quatre mille cinquante francs), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} mars 2008 ;
6. déboute les parties de toutes autres conclusions :

En substance, le Tribunal a déclaré injustifié le congé immédiat donné par l'employeur et a condamné celui-ci à payer le salaire en respectant le délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois. Compte tenu de l'incapacité de travail de l'intimée du 1^{er} au 15 mars 2008, le contrat serait arrivé à échéance le 31 mai 2008. Le Tribunal a, en outre, octroyé une indemnité de fr. 4'500.00 fondée sur l'art. 337c al. 3 CO et a fait droit aux prétentions de l'employée en paiement du solde de vacances non prises en nature pour l'année 2007, soit 2.7 jours, ainsi que les jours de vacances du 1^{er} janvier au 31 mai 2008. Par contre, le Tribunal a rejeté la conclusion tendant au paiement d'une indemnité à titre de réparation du préjudice moral, l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO couvre en principe cet aspect du dommage. Le Tribunal a débouté l'employeur de sa prétention reconventionnelle au remboursement de fr. 302.00, celui-ci n'ayant pas apporté la preuve de l'existence de vols et au remboursement de la somme de fr. 4'064.50 net, versée par erreur au titre de salaire à la fin du mois de mars 2008.

Le Tribunal ayant admis que le licenciement immédiat n'était pas justifié, a considéré que le salaire du mois de mars 2008 était dû.

Dans son mémoire du 26 juin 2009, E___ Sàrl conclut à l'annulation du jugement attaqué et à ce que T___ soit condamnée à lui verser la somme de fr. 4'064.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2008, ainsi que la somme de fr. 302.00 avec intérêts à 5% l'an dès le 3 mars 2008, sous imputation de fr. 750.00 correspondant à l'indemnité pour les vacances non prises du 1^{er} janvier au 3 mars 2008.

Dans son mémoire réponse déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 3 août 2008, T___ conclut à ce que la Cour déboute E___ Sàrl de toutes ses conclusions en confirmant le jugement attaqué.

Par ailleurs, elle forme appel incident et conclut à l'annulation du jugement attaqué en ce qu'il condamne E___ à verser à T___ la somme nette de fr. 4'500.00, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2008, puis, cela fait, à ce qu'E___ soit condamné à lui verser la somme nette de fr. 27'000.00, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2008. Enfin, elle conclut à ce que le jugement soit confirmé pour le surplus.

A l'audience du 1^{er} mars 2008, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E___ Sàrl a pour but social la vente de prêt-à-porter pour enfants et l'exploitation d'une boutique de confection é l'enseigne « La ___ d'E___ ». Elle possède une succursale à Genève. Le 1^{er} mars 2007, elle a engagée T___, par contrat oral, en qualité de responsable de ladite succursale. Le salaire mensuel brut s'élevait à fr. 4'500.00.
- b) La travailleuse a été en incapacité de travail du 1^{er} au 15 mars 2008, ce qui a été constaté par certificat médical.
- c) Le 3 mars 2008, l'employeur a convoqué T___ à la boutique de Genève pour lui remettre en mains propres une lettre de résiliation du contrat de travail avec effet immédiat. Cette résiliation était motivée par le fait qu'elle soupçonnait sa travailleuse d'avoir commis deux vols pour une valeur totale de EUR 185.00, soit fr. 302.00.
- d) L'employeur a, par courrier du 12 mars 2008, informé l'employée qu'elle porterait plainte contre elle. Il a renoncé à ce projet afin de ne pas porter préjudice à son avenir (P-V du 8 décembre 2008, p 3).

- e) Par courrier du 13 mai 2008, T___ a fait opposition à son licenciement immédiat, considérant celui-ci comme nul, en indiquant que son employeuse avait tardé à résilier le contrat après avoir eu connaissance des prétendus vols et que le congé lui avait été notifié durant son incapacité de travail. Elle précisait qu'elle se tenait à disposition de son employeuse pour reprendre du service.
- f) E___ a contesté la teneur de ce courrier par lettre du 22 mai 2008. En effet, elle estimait avoir notifié le congé immédiatement après la découverte des faits reprochés. Elle a, en outre, informé l'employée qu'elle ne pouvait bénéficier de la protection contre la résiliation en temps inopportuns, car celle-ci ne s'appliquait pas en cas de résiliation avec effet immédiat pour justes motifs. Par ailleurs, elle a sollicité la restitution du salaire de mars 2008, versé par erreur.
- g) Le 10 juin 2008, T___ a formellement contesté les accusations de vol proférées par son employeuse.
- h) Par demande déposée auprès de la juridiction des Prud'hommes le 9 juillet 2008, T___ a assigné E___ en paiement de fr. 38'483.00, plus intérêts moratoires au taux de 5% dès le 1^{er} mars 2008. La somme se décompose comme suit :
- fr. 9'000.00 brut à titre de salaire pendant le délai de congé;
 - fr. 1'732.00 brut à titre d'indemnité pour 7.7 jours de vacances non prises en 2007 et 2008 ;
 - fr. 751.00 brut à titre de droit aux vacances afférant au délai de résiliation ;
 - fr. 13'500.00 à titre d'indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO ;
 - fr. 13'500.00 à titre d'indemnité pour tort moral.
- j) Le 9 septembre 2008, E___ a déposé un mémoire réponse et une demande reconventionnelle au greffe de la Juridiction des prud'hommes. Elle a conclu au déboutement de T___ de l'entier de ses conclusions. Reconventionnellement, elle a sollicité la restitution du salaire du mois de mars 2008 versé par erreur, à savoir fr. 4'064.50, et le paiement de fr. 302.00 en remboursement des montants que la travailleuse se serait indûment appropriée. Enfin, elle admettait la créance de fr. 750.00 de T___ concernant les vacances non prises en 2008, réglée par compensation, soit en déduction du montant dû à E___.

A l'appui de ses conclusions, E___ a expliqué que, fin février 2008, elle a procédé à un inventaire et a alors constaté qu'il manquait des marchandises. De plus, deux clientes françaises auraient affirmé avoir effectué des achats à Genève, sans que ceux-ci ne figurent dans la comptabilité de la boutique. Ainsi, les prétendus vols commis par la travailleuse auraient été de nature à rompre les rapports de confiance.

- k) Entendue à propos des faits invoqués par l'employeuse à l'audience du 6 octobre 2008, T___ a contesté devoir à E___ les sommes réclamées. Elle a indiqué n'avoir jamais effectué d'inventaire. De plus, elle a expliqué que les ventes étaient simplement inscrites sur un cahier de caisse et l'argent gardé dans un tiroir. La travailleuse a, en outre, déclaré avoir à diverses reprises fait passer des marchandises clandestinement vers la France pour le compte de son employeuse.

Lors de cette audience, E___ a confirmé les faits allégués dans ses écritures et a précisé que c'est suite à l'incohérence entre les feuilles figurant sur les cartons et leurs contenus qu'elle a décidé de contacter les deux clientes françaises qui auraient affirmé avoir effectué des achats lors de leur passage à Genève. C'est ainsi que l'employeur s'est rendu compte que lesdits achats n'avaient pas été enregistrés pas l'employée dans le cahier de caisse.

Par ailleurs, E___ a expliqué ne pas disposer de caisse enregistreuse, faute de moyens. Elle a indiqué que lorsqu'elle a procédé à l'inventaire fin février 2008, cela faisait sept mois qu'aucun inventaire n'avait été effectué. Elle a également indiqué que le contrat de travail de T___ prévoyait qu'elle effectue des paiements pour la boutique en prélevant dans la caisse et en conservant les reçus. Enfin, E___ a affirmé ne pas connaître le droit suisse, ainsi, sur indication de son comptable, elle a payé, par erreur, le salaire de mars 2008 à T___.

- l) A___, entendue en qualité de témoin à l'audience du 26 janvier 2009, a déclaré avoir acheté, le 30 octobre 2007, une paire de chaussures à la boutique de Genève et avoir payé en euros.

Entendu également en qualité de témoin, B___ a affirmé avoir effectué des achats à ladite boutique à la fin du mois de février 2008 pour un montant de EUR 75.00. Il sied de relever que B___ a signé le 29 février 2008 une attestation selon laquelle elle avait effectué les achats le 12 février 2008.

C___, comptable d'E___, a déclaré que de la marchandise allait et venait entre Saint-Tropez et Genève, mais avec factures et notes de crédit. Il a, de plus, affirmé avoir suggéré à E___ de payer à l'intimée le salaire du mois de mars 2008, car selon lui il subsistait un léger flou juridique.

Enfin, D___, ancienne employée de l'appelante, a indiqué que les locaux situés au-dessus de la boutique servaient à l'exploitation d'une salle de sport, dont les clients devaient nécessairement passer par la boutique pour y accéder. Elle a précisé qu'en moyenne quatre personnes par jour transitaient par la boutique pour accéder aux installations sportives.

- m) Concernant les vacances, l'intimée a déclaré qu'en 2007 elle n'a pris que 14 jours de vacances, sur les 16.7 jours auxquels elle avait droit, *pro rata temporis*. Elle affirme, en outre qu'elle n'a pu prendre de vacances du 1^{er} janvier au 3 mars 2008, car elle se trouvait systématiquement seule dans le magasin. L'employeur a déclaré ne pas détenir de document probant concernant l'année 2007. T___ a indiqué lors de son audition du 1^{er} mars 2010 qu'elle tenait un carnet dans lequel elle notait ses jours de vacances, mais que ce carnet est resté à la boutique le jour de son licenciement.
- n) Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé dans le délai et la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E___ est recevable.
2. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, no 449).
3. La Cour de céans examinera les questions suivantes :
 - l'employeuse était-elle en droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat pour justes motifs ?
 - quelles sont les créances de l'intimée ?
 - l'appelante dispose-t-elle de créances à l'encontre de la travailleuse ?
4. Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout en temps pour justes motifs. Doivent notamment être considérées comme telles toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (Steiff/Von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème}, Zürich 1992, art. 337 CO n° 3 et les références citées). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 124 III 25 consid. 3c p. 29). Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 127 III 153 consid. 1a). Par

manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 121 III 467). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs. Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 116 II 145 ; 111 II 245). En principe, la résiliation immédiate doit être précédée d'un avertissement, à moins qu'il ne ressorte de l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile (Rehbinder, Commentaire bernois, ad. art. 337 CO). La résiliation immédiate est une *ultima ratio* qui n'est admissible qu'en dernier ressort, lorsqu'il ne peut plus être exigé du partenaire contractuel qu'il résilie les rapports de travail en respectant le délai ordinaire (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32 ; 127 III 357 consid. 4a p. 354). En raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire. Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue; en effet, l'employeur a un intérêt particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque celui-ci exerce une fonction de responsabilité où il devrait être à même d'agir seul, sans le contrôle de son employeur (Stahlin/Vischer, Commentaire zurichois, ad. art. 321a CO n° 8 et art. 337 n° 22 ; Streiff/Von Kaenel, op. cit., art. 337 CO n° 8, Rehbinder, op. cit ad art. 337 CO n° 8).

5. A teneur de l'article 11 LJP, les dispositions de la loi de procédure civile sont applicables à titre supplétif. C'est ainsi que les règles de la procédure civile relatives à l'appréciation des preuves sont applicables.

Conformément à l'art. 196 LPC, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires. C'est ainsi que le juge ne retiendra un fait comme établi que s'il est convaincu de son existence (SJ 1983 p. 336), tout doute étant écarté ; cette conviction peut être acquise sans qu'il y ait certitude (SJ 1984 p. 29). En présence de preuves contradictoires, le juge doit examiner toutes les circonstances infirmatives ou corroboratives et faire son choix en fonction du résultat de cet examen (SJ 1976 p. 520).

6. Il appartient à l'employeur de prouver (art. 8 CC) l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat. Dans le cas d'espèce, l'employeur a invoqué à l'appui du licenciement immédiat de T___ le fait qu'elle aurait commis deux vols en s'appropriant le produit de deux ventes effectuées le 30 octobre 2007 et le 12 février 2008, lesquelles auraient été payées en espèces.

La Cour de céans ne saurait retenir que l'attitude de l'intimée constitue une faute professionnelle particulièrement grave qui eût justifié un renvoi immédiat. En effet, il n'est pas établi que les vols aient effectivement été commis. L'employeuse a indiqué que les ventes litigieuses n'avaient pas été enregistrées dans le carnet de caisse, mais n'a pas prouvé que son employé se serait approprié les sommes prétendument volées. Bien que deux clientes de la boutique aient affirmées avoir effectuée des achats à des dates plus ou moins précises, sans que ceux-ci ne soient mentionnés dans le livre de caisse, cela n'est pas de nature à prouver que T___ n'aurait pas définitivement versé à la caisse les montants payés. Ce d'autant plus que les enquêtes ont permis d'établir qu'E___ ne disposait d'aucune caisse enregistreuse, que de nombreuses personnes transitaient par la boutique pour se rendre à la salle de sport située à l'étage et que la comptabilité et l'inventaire des stocks étaient tenus de manière lacunaire. De surcroît, aucune plainte pénale n'a été déposée contre l'intimée pour les faits qui lui sont reprochés. Enfin, le comptable d'E___ a indiqué qu'il subsistait un léger flou juridique et que c'est pour cela que le salaire de mars 2008 avait été payé à la travailleuse.

Dès lors, l'employeuse n'a pas démontré que l'intimée se serait bien appropriée de façon illégitime le produit de deux ventes ayant eu lieu les 30 octobre 2007 et 12 février 2008. Dans ces conditions, l'employeuse n'était pas en droit de considérer les liens de confiance comme irrémédiablement rompus ne permettant pas d'envisager la continuation des rapports de travail. E___ aurait dû, dans un premier temps, signaler l'anomalie de caisse à son employée et écouter sa version. Au terme de cet entretien, l'employeur pouvait donner des directives précises et avertir qu'en cas de récurrence, il serait alors mis fin au contrat avec effet immédiat. Un tel licenciement constitue bien une *ultima ratio*.

Ainsi, le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

7. Conformément à l'art. 337 let. c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat pour une durée indéterminée. Le congé a été donné au cours de la deuxième année de service, ainsi le délai de congé était de deux mois pour la fin d'un mois. La lettre de licenciement a été reçue par l'employée le 3 mars 2008. Le délai de congé serait donc arrivé à échéance le 31 mai 2008. Par conséquent, le calcul effectué par les premiers juges à titre de salaire dû pendant le délai de congé est exact de sorte qu'il sera intégralement confirmé.
8. Selon l'art. 337 let c CO, le juge peut condamner l'employeur à une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, celle-ci ne pouvant dépasser le montant correspondant à six mois de salaire.

Selon la jurisprudence, l'indemnité est due pour tout congé immédiat injustifié, sauf cas exceptionnels (ATF 121 II 64 ; ATF 120 III 243 ; ATF 116 II 300). Les exceptions qui peuvent être admises dans des conditions particulières ne se laissent pas définir d'une manière générale ; elles présupposent à tout le moins des circonstances qui excluent un comportement fautif de l'employeur ou qui ne lui sont pas imputable pour d'autres motifs (ATF 116 II 300 consid. 5a). L'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur par un licenciement injustifié étant la base de l'octroi de l'indemnité, celle-ci doit être proportionnée à la mesure de l'atteinte considérée (ATF 121 II 64 consid. 5a). Le juge doit fixer l'indemnité en tenant compte de toutes les circonstances. Il prendra en considération la gravité de la faute de l'employeur, la faute éventuelle du travailleur, l'âge de ce dernier, sa situation sociale et personnelle, la durée du contrat et la manière avec laquelle le licenciement a été signifié (R. Wyler, Droit du travail, p. 385). L'indemnité a une double fonction punitive et réparatrice. Elle s'apparente à une peine conventionnelle, c'est pourquoi le juge doit la fixer en équité.

Dans le cas d'espèce, les premiers juges ont considéré que la durée des rapports de travail est restée relativement courte et que T___ n'avait pas allégué avoir dû supporter un préjudice particulier. Ils ont ainsi alloué à la travailleuse une indemnité correspondant à un mois de salaire, soit fr. 4'500.00, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2008.

Par ailleurs, dans la mesure où l'employée a omis d'inscrire les ventes litigieuses dans le carnet de caisse et a ainsi provoqué les conséquences qui en ont découlé, dont notamment l'accusation de vol, il y a lieu d'admettre qu'elle a commis une faute professionnelle et que l'indemnité allouée doit en tenir compte.

L'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO ayant été fixée en application des principes jurisprudentiels énoncés ci-dessus, le jugement sera confirmé sur ce point.

9. Concernant les vacances non prises en nature en 2007, il appartient à l'employeur d'établir que son employé a pu bénéficier de la totalité de ses jours de vacances. En effet, l'employeur est le débiteur des jours de vacances et c'est à lui d'établir qu'il s'est acquitté de cette obligation (ATF 99 II 338). La Cour estime que cette preuve n'a pas été administrée de façon à forger son intime conviction. Le jugement sera confirmé sur ce point et l'appelante condamnée à payer à l'intimée la somme de fr. 2'283.80 ($\{4'500/21.75 \times 2\} + \{4'500/4.33 \times 1.66\}$).
10. Enfin, l'appelante sollicite de l'intimée qu'elle lui verse la somme de fr. 302.00 à titre de remboursement des montants qu'elle se serait indûment appropriés.

A teneur de l'art. 321^e al. 1 CO, le travailleur doit intégralement réparer le dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Cela étant, la mesure de diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat en vertu de l'art. 321^e al. 2 CO. Il incombe à l'employeur d'apporter la preuve du manquement à la diligence due.

En l'espèce, E___ n'a pas démontré, sans qu'il ne subsiste un doute, que son employée aurait effectivement commis des vols au préjudice de son employeur.

Le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

11. A teneur de l'article 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E___ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes de Genève, du 28 mai 2009, rendu dans la cause n° C/15509/2008-3.

Au fond :

- Confirme ledit jugement.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.
- Dit que la procédure est gratuite.

La greffière de juridiction

Le président