



BOUTIQUE X \_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

T \_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

E \_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

CAISSE DE CHOMAGE \_\_\_\_\_

Rue \_\_\_\_\_

Case postale \_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 13 octobre 2003

M. Guy STANISLAS, président

MM. Dominique BALTHASAR et Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

MM. Bernard CASEYS et Jean-Pierre SEYDOUX, juges salariés

M. Martin SPIRAKOS greffier d'audience

**EN FAIT**

- A.** T\_\_\_\_\_ a été engagée le 9 mars 2001 par E\_\_\_\_\_ en qualité de vendeuse. Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à CHF 3'050.- payable 12 fois l'an. A l'époque, E\_\_\_\_\_ exploitait une boutique de vêtements occupant environ 7 employés, y compris la responsable du magasin A\_\_\_\_\_.
- B.** Au début de l'année 2002, compte tenu des mauvais résultats de l'exploitation, E\_\_\_\_\_ a examiné une possible restructuration de l'entreprise impliquant le licenciement de deux employés. Aucune communication n'a à ce sujet été faite aux employées.
- C.** Dans le courant mai 2002, E\_\_\_\_\_ et la responsable du magasin ont examiné avec leurs employées la possibilité de pouvoir travailler un ou deux dimanches afin de préparer les soldes et effectuer à cet effet un travail d'étiquetage. Devant les réserves émises par les employées, compte tenu d'engagements pris, ce projet fut finalement abandonné.
- D.** Par courrier du 29 mai 2002, E\_\_\_\_\_ résilia le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ en invoquant une restructuration de l'entreprise. Le même jour, une autre vendeuse, B\_\_\_\_\_, fut également licenciée pour les mêmes motifs.
- E.** Par communication du SIT du 12 juin 2002, T\_\_\_\_\_ s'opposa au licenciement en invoquant que celui-ci était abusif car consécutif à son refus de travailler le dimanche.

- F.** E\_\_\_\_\_ a confirmé que le licenciement était motivé par des considérations économiques et par une restructuration du magasin qui avait dû changer son concept. Par courrier du 13 juin 2002, E\_\_\_\_\_ s'est déclarée d'accord de réengager T\_\_\_\_\_ pour quelques heures après la fin de son délai de congé si cette dernière ne retrouvait pas immédiatement un emploi.
- G.** L'échéance du délai du congé devait intervenir le 31 juillet 2002. T\_\_\_\_\_ a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 17 au 25 juin 2002. A son retour de maladie, T\_\_\_\_\_ fut libérée de son obligation de travailler à compter du 3 juillet 2002.
- H.** Par courrier du 4 juillet 2002 adressé à E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ a pris acte de sa libération de travailler à compter du 3 juillet 2002 et a rappelé que, compte tenu de sa maladie, l'échéance de son congé était reportée au 7 août 2002.
- I.** E\_\_\_\_\_ a versé à son employée, en sus du salaire de juillet, une somme de CHF 703.75 correspondant à la période du 1<sup>er</sup> au 7 août liée au report du délai de congé. A la fin des rapports de service, l'employée bénéficiait en outre d'un solde de vacances de 9 jours et 3 heures 30 qui a été admis par l'employeur.
- J.** Par demande déposée le 9 août 2002 auprès du greffe de la Juridiction des prud'hommes, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de CHF 22'990.55 avec intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> août 2002, somme décomposée comme suit :
- CHF 3'050.- à titre de salaire pour le mois d'août 2002,
  - CHF 1'640.55 à titre d'indemnité de vacances,

- CHF 18'300.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

La Caisse de Chômage \_\_\_\_\_ s'est subrogée aux prétentions de la demanderesse à raison d'un montant net de CHF 2'388.10 avec intérêts à 5 % dès le 30 novembre 2002.

**K.** E\_\_\_\_\_ s'est opposée à la demande. Elle a indiqué que les rapports de service s'étaient éteints le 7 août 2002, comme indiqué par son employée, compte tenu du report du délai de congé pour cause de maladie. S'étant acquittée de la somme de CHF 703.75, elle contestait devoir un quelconque autre montant lié au salaire d'août 2002. L'employeur a indiqué que son employée étant libérée de l'obligation de travailler pendant le préavis, elle pouvait prendre le solde de 9 jours de vacances pendant le délai de préavis. E\_\_\_\_\_ a enfin indiqué que le licenciement de son employée était dû à la baisse du chiffre d'affaires et à la restructuration de la boutique dont le concept avait été modifié et qui avait pris une orientation « *self-service* » impliquant un effectif réduit. Deux vendeuses avaient ainsi été licenciées au même moment pour raisons économiques et le choix s'était porté sur T\_\_\_\_\_ qui était la dernière vendeuse engagée.

**L.** Le Tribunal a procédé à l'audition en qualité de témoin de A\_\_\_\_\_, responsable du magasin qui a déclaré que la décision de licencier deux personnes avait été prise en janvier 2002 en vue d'un projet de modification de la boutique et de restructuration de l'entreprise. Elle a confirmé que les employés avaient été interrogés sur le projet de travailler un dimanche et que, compte tenu des réserves émises à ce sujet, l'idée avait été définitivement abandonnée.

- M.** Par jugement du 9 décembre 2002, la juridiction des prud'hommes a condamné E \_\_\_\_\_ à verser à T \_\_\_\_\_ la somme brute de CHF 3'050.-, sous amputation des montants de CHF 703.75 déjà versés et de CHF 2'388. 20 dû à la Caisse de chômage du SIT en vertu de sa subrogation. En substance, le Tribunal a considéré que la fin des rapports de service, compte tenu du report du délai de congé pour cause de maladie, intervenait le 31 août 2002. Le Tribunal a retenu que l'employée ayant été malade une semaine pendant son préavis, le délai de congé avait été suspendu d'autant, soit jusqu'au 7 août 2002 mais que ce délai était prolongé jusqu'à la fin du mois d'août en application de l'art. 336 c al. 3 CO. Le Tribunal a en outre jugé que l'employée pouvait prendre ses 9 jours de vacances pendant son préavis dès lors qu'elle avait été libérée de son obligation de travailler le 3 juillet 2002 pour une fin de rapports de service intervenant le 31 août 2002. Enfin, le Tribunal a retenu que le motif du congé résidait dans la restructuration de l'entreprise et que l'employée n'avait pas rapporté la preuve que le licenciement avait été donné pour une raison inhérente à sa personnalité ou pour des prétentions découlant de rapports de travail.
- N.** A l'encontre de ce jugement, tant E \_\_\_\_\_ que T \_\_\_\_\_ interjettent appel. Par acte du 8 mai 2003, E \_\_\_\_\_ demande l'annulation du jugement en ce qu'il la condamne à verser la somme de CHF 3'050.- sous imputation du montant déjà versé de CHF 703.75. Invoquant la communication de son employée du 4 juillet 2003 indiquant que les rapports de service prendraient fin le 7 août 2002, E \_\_\_\_\_ allègue que le contrat de travail a pris fin par accord mutuel des parties le 7 août 2002 et qu'elle n'est donc tenue à aucune obligation pour ce mois.

Par acte du 15 mai 2003, T\_\_\_\_\_ appelle également du jugement précité en demandant le paiement de ses vacances au motif qu'elle ne pouvait les prendre pendant son préavis (CHF 1'325.10) et en invoquant une indemnité pour licenciement abusif pour un montant de CHF 18'300.-.

- O. A l'audience de ce jour, E\_\_\_\_\_ a confirmé une résiliation conventionnelle des rapports de service pour le 7 août 2002. T\_\_\_\_\_ a indiqué ignorer que l'échéance de son préavis légal intervenait en réalité le 31 août 2002 et non le 7 août 2002 et qu'on ne pouvait dès lors interpréter sa lettre comme un accord de fin de contrat pour la date précitée. Elle a indiqué avoir repris une activité le 1<sup>er</sup> novembre 2002. L'employée a précisé avoir effectué des recherches d'emploi pendant son préavis et s'être trouvée à Genève du 3 juillet au 31 août 2002, durée pendant laquelle elle entreprenait des démarches en vue de retrouver un nouvel emploi.

C\_\_\_\_\_, inspecteur du travail à l'OCIRT, a confirmé avoir été interpellé par le SIT sur un travail le dimanche dans le magasin de l'intimée. Il s'est rendu sur place le 13 juin 2002 afin d'interroger E\_\_\_\_\_ sur les projets de travaux dominicaux qui lui a indiqué que ce projet avait été abandonné.

Entendue à nouveau, A\_\_\_\_\_ a confirmé son témoignage en première instance en indiquant qu'il avait été proposé aux employées de travailler un ou deux dimanches afin de préparer les soldes et d'effectuer des travaux d'étiquetage, projet qui avait été abandonné devant le mécontentement ou l'indisponibilité des employées. Le témoin a confirmé en outre que le concept du magasin avait changé et que l'entreprise occupait dorénavant deux

employés à plein temps au lieu de cinq, ces modifications ayant été motivées par une restructuration économique.

### **EN DROIT**

1. Interjetés dans le délai et la forme prescrits par la loi, les appels de T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ sont recevables (art. 59 LJP).
  
2. a) Les parties peuvent s'entendre en tout temps, selon les règles générales du Code des obligations, pour mettre un terme au contrat de travail sans respecter un délai particulier. Il importe toutefois que cette résiliation conventionnelle procède d'un véritable accord de résiliation et le Tribunal doit se montrer restrictif dans l'appréciation de la preuve de l'accord par actes concluants qui doit être apportée par celui qui s'en prévaut (Wylser, Droit du travail, p. 339). Pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre les parties, le juge doit rechercher tout d'abord leur réelle et commune intention, conformément à l'art. 18 CO. S'il n'y parvient pas ou s'il constate que l'une des parties n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (principe de la confiance). A cet égard, les circonstances ayant précédé et accompagné ces déclarations pourront éclairer son interprétation (ATF 122 III 106 consid. 5a ; 121 III 118 consid. 4b ; 119 II 449 consid. 3a ; Favre, Munoz, Tobler, Le contrat de travail et code annoté n° 1.7 ad. art. 335 c).

b) Il ressort des débats que, lorsque T\_\_\_\_\_ a été libérée de son obligation de travailler le 3 juillet 2002, elle a souhaité obtenir de son employeur la confirmation écrite que son salaire lui serait versé jusqu'à la fin de son préavis qui, compte tenu de sa maladie, était reporté au 7 août 2002. Ce faisant, T\_\_\_\_\_ ignorait que, par le jeu de l'art. 336 c al. 3 CO, son délai de congé venait à échéance pour la fin d'un mois, soit pour le 31 août 2002. La lettre de T\_\_\_\_\_ du 4 juillet 2002 ne peut s'interpréter comme un accord de résiliation anticipée des relations de service mais comme la volonté de recevoir une assurance que son salaire soit versé jusqu'à l'échéance du contrat de travail. On ne peut donc, selon le principe de la confiance, interpréter la lettre de T\_\_\_\_\_ du 4 juillet 2002 comme une offre faite à E\_\_\_\_\_ de mettre fin, de façon anticipée, aux rapports de travail le 7 août 2002. On ne peut ainsi déduire de cette communication la volonté librement consentie de T\_\_\_\_\_ de renoncer à son délai de préavis, ce d'autant plus que l'employée n'a pas retrouvé d'activité professionnelle à l'échéance de la fin des rapports de service.

C'est donc à juste titre que le Tribunal a retenu que l'art. 336 c a. 3 CO trouvait pleine application au cas d'espèce et que la fin des rapports de service intervenait le 31 août 2002. Le jugement sera confirmé sur ce point.

3. a) L'art. 329 d al. 2 CO pose le principe selon lequel les vacances doivent être prises en nature et ne peuvent être remplacées par des prestations en espèces (Brunner / Bühler / Waeber, Le commentaire du droit du travail, 2<sup>ème</sup> édition, n° 2, ad. art. 329 d ; Favre / Munoz / Tobler, loc. cit. n° 2.1, ad. art. 339 d). L'obligation pour l'employeur d'octroyer des vacances en nature trouve également application pendant le délai de congé, le remplacement

des vacances par des prestations d'argent étant en principe exclu. La règle n'est toutefois pas absolue et connaît des exceptions lorsque l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter sa prestation en nature. Ainsi, lorsque l'employeur a mis fin aux rapports de travail, le but du délai de congé – qui est de permettre au travailleur de rechercher un nouvel emploi – peut être incompatible avec le but de vacances qui est de se reposer. L'employeur ne peut alors exiger que le travailleur prenne son solde de vacances pendant le délai de congé que si la recherche d'un nouvel emploi est compatible avec la prise effective de vacances. Il faut examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances telles que la durée du congé, la difficulté de trouver un autre travail et le solde des vacances à prendre, si l'employeur peut exiger que les vacances soient prises pendant le délai de congé ou s'il doit les payer en espèces à la fin des rapports de travail (Brunner / Bühler / Weber, loc. cit. n° 4 ad. art. 329 d ; Favre / Munoz / Tobler, loc. cit. n° 2.12 ad. art. 329 d et les références citées ; SJ 1993 p. 354 ; JAR 1998 p. 160). S'agissant de la casuistique, la jurisprudence a considéré qu'on pouvait exiger d'un travailleur licencié le 28 octobre pour le 30 novembre suivant et dispensé de son obligation de se présenter sur son lieu de travail qu'il prenne 5.5 jours ouvrables qui lui étaient encore dus (RSJ 90 (1994) p. 386).

- b) En l'espèce, T\_\_\_\_\_ a été libérée de son obligation de travailler le 3 juillet 2002 au soir pour une fin des rapports de service intervenant le 31 août 2002, soit une période de quasiment deux mois. A juste titre, le Tribunal des Prud'hommes a considéré que, compte tenu de ces circonstances, on pouvait exiger que l'employée prenne son solde de 9 jours de vacances pendant son délai de préavis et le jugement sera confirmé sur ce point.

4. a) Le droit suisse est basé sur la liberté de congé. Il en résulte que, en principe, un contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié librement moyennant respect du délai de congé contractuel ou légal. Ce droit fondamental de chaque contractant de mettre fin unilatéralement au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 CO énumère, de façon non exhaustive, les cas dans lesquels un congé apparaîtra abusif. Les motifs les plus souvent invoqués sont le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité d'une partie (art. 336 al. 1 let. a CO) ou le congé représailles lorsqu'une partie fait valoir des dispositions découlant de son contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO).

Aux termes de l'art. 335 al. 2 CO, la partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. En introduisant cette obligation de motivation, le législateur a voulu faciliter, à l'égard de la partie à laquelle le congé a été notifié, la preuve du caractère abusif du congé mais il n'a pas voulu pourtant l'en libérer. C'est la raison pour laquelle le Tribunal Fédéral a posé le principe selon lequel le travailleur ne pouvait se contenter d'affirmer que les motifs de résiliation invoqués par l'employeur étaient inexacts sans, de son côté, indiquer le véritable motif abusif de la résiliation (ATF 121 III 60 consid. 3b). Dans la jurisprudence précitée, le Tribunal Fédéral oblige ainsi l'employé à indiquer le véritable motif abusif de la résiliation.

Dans une jurisprudence plus ancienne (SJ 1993 p. 360 consid. 3a), le Tribunal Fédéral s'est montré plus nuancé sur le sujet. S'il a aussi posé que, sur le motif du congé, le fardeau de la preuve incombe à la partie demanderesse, il a reconnu que la preuve, ayant pour objet des éléments subjectifs – à savoir le motif réel de

l'employeur –, peut être difficile à rapporter. Aussi a-t-il précisé que le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet d'en renverser le fardeau qui reste à la partie demanderesse, l'employeur devant de son côté concourir à la preuve à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé. Cette présomption de fait a rencontré l'approbation d'une grande partie de la doctrine (Rehbinder, Commentaire bernois n° 11, ad. art. 336 ; Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne 1997, p. 274 ; Stahelin / Vischer, Commentaire zurichois, n° 36 ad. art. 336).

Cette jurisprudence a pour but de permettre aux travailleurs de faire valoir leurs droits en présence d'un licenciement abusif dont la preuve est difficile à rapporter. Elle n'a pas en revanche pour but d'ouvrir une brèche béante qui permette à chaque travailleur d'invoquer la preuve par indices au motif qu'il existait des tensions avec son employeur. C'est en effet un truisme que d'affirmer un état de tension ou de mécontentement de part et d'autre qui prévalait peu avant le licenciement. Il convient de rappeler que le principe de la liberté de résiliation est un droit fondamental pour les contrats de durée indéterminée, l'exception se traduisant par l'interdiction de mettre abusivement fin au contrat (Wyler, Droit du travail, p. 397 ; ATF 127 III 86 = SJ 2001 I 320).

- b)** En l'espèce, le motif de licenciement résidait dans une restructuration du magasin pour des considérations économiques. La réalité de ce motif a pu être établie et prouvée en procédure par l'intimée. Il a en effet été versé aux débats que, au début de l'année

2002, E \_\_\_\_\_ et la responsable du magasin A \_\_\_\_\_ avaient envisagé, pour des raisons économiques, une restructuration du magasin impliquant une modification de son concept en adoptant une orientation plus « *self-service* ». Cette nouvelle orientation impliquait un allègement des effectifs du magasin qui comportait dorénavant deux employés au lieu de sept. Au regard des preuves recueillies dans la procédure, la Cour d'appel retient que le motif de licenciement consistait dans la restructuration de l'arcade qui a bien eu lieu. Le refus de l'employée de travailler le dimanche ne peut être, aux yeux de la Cour d'appel, retenu comme un motif déguisé de licenciement compte tenu de la réalité qui a présidé aux motifs invoqués par l'employeur.

5. Le jugement du Tribunal sera également confirmé en ce qui concerne la subrogation dans la Caisse de chômage à concurrence du montant versé à titre d'indemnités journalières, en application de l'art. 29 al. 2 LACI.

### **PAR CES MOTIFS**

#### **LA COUR D'APPEL DES PRUD'HOMMES, groupe III**

#### **A la forme :**

- déclare recevables les appels interjetés par E \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ contre le jugement de la juridiction des Prud'hommes rendu le 9 décembre 2002 dans la cause C/18007/2002-3.

**Au fond :**

- confirme ce jugement,
  
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président