



Madame
T _____

E _____
Dom. élu : Me Gérald BENOIT
Rue des Eaux-Vives 49
Case postale 6213
1211 Genève 6

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du mercredi 7 décembre 2005

M. Guy STANISLAS, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Dominique BALTHASAR,
juges employeurs

Mme Patricia ADLER et M. Victor TODESCHI, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

- A.** E _____ est une société en nom collectif inscrite au Registre du commerce de Genève ayant pour but le commerce de vêtements de prêt-à-porter. A l'époque des faits, la société était propriétaire de deux magasins, la boutique A _____ et la boutique à l'enseigne E _____.
- B.** T _____ a été engagée en qualité de vendeuse par E _____ à compter du 1^{er} septembre 2001 pour une durée déterminée d'une année. Les relations de travail se sont poursuivies au-delà de ce terme. La rémunération mensuelle convenue était constituée d'un salaire de base de fr. 3'200.- brut et d'un pourcentage de 3% sur le chiffre d'affaires concernant le magasin A _____. Par la suite, le salaire brut a été porté à fr. 4'290.85.
- C.** T _____ exerçait son activité principalement dans la boutique A _____ et accessoirement dans la boutique E _____. Parallèlement à son activité de vendeuse, T _____ donnait des cours de fitness dans un centre de sport. En avril et octobre 2003, elle s'est vue reprochée des manques de ponctualité liés à son activité parallèle.
- D.** En date du 27 mai 2004, l'employeur a notifié à T _____ la résiliation des rapports de travail pour le 31 juillet 2004. Cette décision était motivée par la vente d'un magasin entraînant une baisse des activités.
- E.** Selon certificat médical du 2 juin 2004, T _____ fut déclarée en incapacité de travail, pour cause de maladie, pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} juin 2004.

- F.** Par courrier du 16 juin 2004, T_____ a demandé à son employeur le report du délai de congé compte tenu de son arrêt de travail. E_____ a alors demandé des explications sur la nature de l'arrêt de travail. Elle précisait que le certificat médical consignait un arrêt de travail pour cause de maladie alors que l'employeur expliquait avoir reçu un appel téléphonique d'un autre praticien faisant état de la survenance d'un accident.
- G.** Selon certificat médical du 2 juillet 2004, T_____ a été déclarée en incapacité totale de travail pour cause de maladie pour la période du 1^{er} juin au 18 juillet 2004. Le certificat indiquait qu'elle allait retrouver une pleine capacité de travail à compter du 19 juillet 2004.
- H.** Par courrier du 15 juillet 2004, T_____ a indiqué au conseil de son employeur qu'elle souhaitait prendre son droit aux vacances dès la fin de son incapacité de travail et ceci jusqu'au 31 juillet 2004 qui correspondait à la fin de la période contractuelle. Elle précisait à ce sujet « *en raison de votre qualité de mandataire, je souhaite régler mon droit aux vacances comme suit : du 19 juillet au 31 juillet 2004 (fin de la période contractuelle). Je vous saurais grée de bien vouloir me confirmer par écrit cette période* ».
- I.** Selon courrier de son conseil du 16 juillet 2004, E_____ a tenu T_____ responsable d'un incident concernant un paiement au moyen d'une carte de crédit B_____. Il était indiqué que l'impayé lié à cet incident serait pris en charge pour moitié par l'employeur et pour moitié par l'employée par la retenue de son dernier salaire.

- J.** Par demande du 24 août 2004, T _____ a assigné la boutique A _____ en paiement de fr. 1'824.-, avec intérêts, à titre de retenue indue de salaire. Après l'audience de conciliation, T _____ a amplifié sa demande et a conclu, en sus de la demande initiale, au paiement d'une somme de fr. 8'580.- au titre de salaire dû pendant le délai de congé. Elle a indiqué que, en raison de son incapacité de travail, le délai de congé avait été reporté au 30 septembre 2004 et réclamait le salaire inhérent à ce délai.
- K.** E _____ a contesté les prétentions de T _____. L'employeur a indiqué avoir réglé la somme de fr. 1'824.- retenue sur le salaire de son employée de telle sorte que cet élément de la contestation était définitivement réglé. S'agissant du salaire réclamé pendant le délai de préavis, l'employeur a contesté la validité des certificats médicaux produits au motif que ces derniers consignaient une incapacité de travail pour cause de maladie alors que le médecin de l'employée avait fait état d'un accident survenu dans le magasin. Faute d'avoir reçu toute explication utile sur la nature de l'incapacité, l'employeur déniait toute force probante aux certificats produits.
- L.** A l'audience de comparution personnelle des parties, T _____ a indiqué avoir été licenciée au motif que la boutique A _____ avait été vendue. Elle a allégué avoir appris son licenciement lors d'un entretien avec son employeur le 29 mai 2004 qui lui avait annoncé le besoin de restructuration liée à la vente du magasin. Elle a indiqué avoir ressenti un grand choc et subi alors une « *terrible déprime* ». Elle a précisé avoir voulu alors immédiatement consulter un médecin qui n'avait toutefois pu la recevoir que deux ou trois jours plus tard et qui avait alors établi le certificat daté du 2 juin 2004. Elle a également précisé avoir eu, ce même 29 mai 2004, un accident dans le magasin en tombant d'un escabeau tout en précisant que seule la déprime consécutive au licenciement avait engendré son incapacité de travail.

A la même audience, E_____ a contesté la force probante des certificats médicaux et reconnu n'avoir pas sollicité d'expertise médicale complémentaire. L'employeur a précisé que les rapports de travail s'étaient éteints le 31 juillet 2004 et que l'employée avait demandé à pouvoir bénéficier de son solde de vacances entre la fin de son incapacité (19 juillet 2004) et la fin de la période contractuelle (31 juillet 2004). L'employeur a précisé qu'il n'avait pas libéré son employée de travailler pendant le délai de préavis et que T_____ n'avait effectué aucune activité au-delà du 31 juillet 2004.

M. Par jugement du 12 mai 2005, le Tribunal des prud'hommes a débouté T_____ de ses conclusions en paiement du salaire pendant le délai de préavis. En substance, le Tribunal a retenu que l'incapacité de travail de l'employée, constatée par deux certificats médicaux, avait certes eu pour effet de prolonger le délai de congé jusqu'au 30 septembre 2004, considérant que l'employeur, qui n'avait pas sollicité d'expertise médicale à ce sujet, ne pouvait valablement mettre en cause la force probante des certificats médicaux. Néanmoins, le Tribunal a retenu qu'il appartenait à l'employée de proposer ses services, voire de travailler, à l'échéance de la période d'incapacité à moins qu'elle n'ait été libérée de son obligation de travailler pendant le préavis de congé. Le Tribunal a jugé qu'il ne ressortait pas du dossier que T_____ aurait proposé ses services à son employeur au-delà du 31 juillet 2004 et qu'elle avait au contraire indiqué vouloir épuiser son droit aux vacances avant la fin de sa période contractuelle fixée au 31 juillet 2004.

N. A l'encontre de ce jugement notifié le 17 mai 2005, T_____ interjette appel par acte déposé au greffe le 17 juin 2005. L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir considéré qu'elle n'avait pas proposé ses services à l'échéance de sa période d'incapacité et indique s'être présentée à son travail le 3 août 2004 en présence de son mari et d'une dame C_____. Elle indique que lors de cette

visite, l'employeur aurait refusé la reprise du travail. T_____ conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 12 mai 2005 et à la condamnation de E_____ au paiement d'une somme de fr. 8'500.-, avec intérêts, correspondant au salaire dû pendant le préavis dont la fin a été reportée au 30 septembre 2004. L'appelante n'a pris aucune conclusion liée à de nouvelles mesures probatoires.

O. Par mémoire de réponse du 22 juillet 2005, E_____ s'est opposée à l'appel et a conclu à la confirmation du jugement entrepris. L'intimée conteste que l'appelante ait proposé ses services le 3 août 2005 et sollicite l'audition de témoins pour s'exprimer sur ce fait contesté.

P. A l'audience de ce jour, T_____ a indiqué que la demande du 16 juin 2004 de report du délai de congé (pièce n° 3, bordereau de pièces du 16 juin 2005) avait été établie par son syndicat, elle-même ne connaissant pas la situation en cas de report de délai de congé pour cause de maladie. Elle a indiqué ne pas avoir été informée du report exact du délai de congé dont elle ignorait qu'il était juridiquement reporté au 30 septembre 2004. T_____ a également précisé que la communication du 15 juillet 2004 (pièce n° 5, chargé de pièces du 16 juin 2005) avait également été établie par son syndicat. Elle a indiqué s'être présentée au magasin le 3 août à 10h30 et avoir proposé ses services à une dame D_____ qui lui avait indiqué ne pas avoir besoin d'elle et que le magasin ferait appel à elle en cas de besoin.

A l'audience de ce jour, l'employeur a contesté avoir reçu la visite de T_____ le 3 août 2004 dans la matinée. Se référant à la communication de l'employée du 15 juillet 2004 (pièce n° 5, chargé de pièces du 16 juin 2005), E_____ a indiqué que les relations de travail s'étaient arrêtées le 31 juillet 2004 et a précisé ne pas avoir reçu de nouvelles de T_____ au-delà du

31 juillet 2004 hormis la demande devant la juridiction des prud'hommes déposée le 16 août 2004.

La Cour d'appel a entendu, en qualité de témoin, D_____ dont l'audition a été sollicitée par la partie intimée. Le témoin a indiqué exercer une activité de vendeuse à mi-temps dans la boutique et avoir travaillé en collaboration avec T_____ jusqu'au départ de cette dernière en juillet 2004. Elle a indiqué avoir le souvenir que T_____ n'avait pas travaillé pendant une certaine période mais ne plus se rappeler l'avoir revue après sa maladie. Le témoin a indiqué ne pas se souvenir avoir vu T_____ le 3 août 2004 en précisant que, n'étant pas son employeur, ce n'est pas à elle que l'employée devait s'adresser pour reprendre son travail. Le témoin a enfin précisé ne pas se souvenir avoir eu de discussion avec T_____ au sujet de la reprise des activités de cette dernière après sa période d'incapacité.

L'appelante a sollicité l'audition du témoin C_____ qui a été refusée par l'intimée au motif qu'elle n'avait pas été sollicitée conformément aux dispositions légales applicables à l'audition des témoins. En vertu de son pouvoir discrétionnaire, la Cour d'appel a décidé de procéder à l'audition du témoin C_____. En substance, cette dernière a déclaré être un jour passée par hasard au magasin et, ayant appris que T_____ était tombée d'une chaise, elle lui avait recommandé de se faire soigner et l'avait amenée chez un médecin aux Acacias au nom à consonance asiatique. Le témoin a indiqué que T_____ n'avait pas évoqué à ce moment ses problèmes avec son employeur mais avait indiqué avoir eu un arrêt de travail qui, selon le témoin, avait été établi en raison de la chute. C_____ a précisé avoir également mené T_____ à des séances de physiothérapie mais ne pas se souvenir si, pendant cette période, elle était toujours souffrante ou avait repris le travail. Le témoin a en outre précisé avoir elle-même souffert d'une grave maladie à partir de mi-juin ayant nécessité une intervention chirurgicale le 18 juillet 2004, précisant avoir reçu à plusieurs reprises durant son hospitalisation la visite de T_____ mais ne sachant pas si

cette dernière était toujours en incapacité de travail. A sa sortie d'hôpital, alors qu'elle était toujours très souffrante, C_____ a indiqué avoir amené T_____ à son travail à une date qu'elle situe pendant le courant du mois d'août, vraisemblablement au début. Elle a indiqué être seule avec T_____ ce jour-là qui n'était pas accompagnée de son époux et avoir vu l'appelante discuter avec une dame dans la vitrine du magasin puis être ressortie. Elle a précisé que T_____ lui avait alors indiqué que sa patronne lui avait permis de rentrer chez elle et qu'elle la rappellerait en cas de besoin.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de T_____ est recevable.
2. Selon l'art. 336 c al. 1 let. b CO, le contrat de travail ne peut être résilié pendant une période d'incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service. L'alinéa 2 de la même disposition stipule que si le congé a été donné avant une période d'incapacité de travail et que le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période. L'art. 336 c al. 3 CO dispose que lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

La prolongation des rapports de travail sur la base de l'art. 336 c al. 2 CO ne modifie pas les droits et les obligations des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation dès qu'il a recouvré sa capacité de travail alors que l'employeur reste

dû de payer le salaire. Si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail sans en être empêché par un motif reconnu, l'employeur peut refuser de payer le salaire (art. 82 CO). De même, les règles sur la demeure de l'employeur sont applicables. S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO). La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait clairement offert ses services. Une telle offre ne résulte pas du fait que l'employeur doit supputer, sur la base des circonstances, que le travailleur est disposé à fournir sa prestation pendant la durée prolongée des rapports de travail (SJ 1993 p. 365 ; ATF 115 V 444 consid. 5 et 6). L'offre de service peut être orale ou écrite ou encore réelle lorsque le travailleur se présente à son poste (Streiff-von Kaenel, Arbeitsvertrag, n° 9 ad. art. 324 CO ; Rehbinder, Commentaire bernois, n° 11ss ad. art. 324 CO, Stahelin, Commentaire zurichois, n° 4ss ad. art. 324 CO). Comme toutes les manifestations de volonté, l'offre du travailleur s'interprète conformément au principe de la confiance (CAPH du 27 février 1997 dans la cause IX/650/96).

Le travailleur doit supporter le préjudice qui découle pour lui de sa carence à fournir sa prestation de travail par la méconnaissance de la suspension du délai de congé et de son obligation de fournir sa prestation de travail dès la fin de l'incapacité. La jurisprudence a toutefois laissé ouverte la question de savoir si, en vertu du principe de la bonne foi ou de son obligation de diligence, l'employeur n'assume pas un devoir d'information lorsqu'il se rend compte ou devrait se rendre compte que le travailleur ignorait son obligation d'offrir ses services et subirait un préjudice irréparable en ne faisant pas valoir les droits découlant de la protection contre les congés (SJ 1993 p. 365 ; ATF 115 V 444 consid. 5 et 6).

3. 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 par analogie). 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 leur déclaration, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc... (SJ 1984 p. 229).

Le principe de la libre appréciation des preuves n'est cependant pas la preuve ouverte à l'arbitraire : bien que le juge puisse fonder sa décision sur sa libre conviction, il devra toujours la motiver (Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p. 368 et 432). En présence de preuves contradictoires, le juge devra examiner toutes les circonstances infirmatives ou corroboratives et faire son choix en fonction du résultat de cet examen (SJ 1971 p. 496 ; SJ 1976, p. 520). Si la preuve d'un fait a été formellement rapportée, le juge ne pourra ignorer le moyen sans juste motif (témoin non crédible, méthode d'expertise peu fiable..) (Bertossa / Gaillard / Guyet / Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, tome II, n° 2 ad. art. 196 LPC).

4. La Cour d'appel doit ainsi examiner si elle peut retenir du dossier une offre de service effectuée par l'employée à l'échéance de sa période d'incapacité de travail.

La Cour d'appel retiendra tout d'abord que l'employée n'avait pas été libérée de son obligation de travailler et qu'elle devait accomplir sa tâche jusqu'à la fin du délai de congé initial, soit le 31 juillet 2004. De plus, les vacances de T _____ ayant eu lieu du 19 au 31 juillet 2004 et l'employée ne travaillant pas le lundi, le mardi 3 août 2004 devenait ainsi le premier jour du délai de congé reporté où elle devait fournir à nouveau sa prestation de travail.

Il ressort du dossier que T _____ a adressé à son employeur, le 15 juillet 2004, soit avant l'échéance de sa période d'incapacité fixée au 19 juillet 2004, une communication lui indiquant qu'elle entendait affecter le solde du mois de juillet

2004 à la prise de ses vacances. Elle a fait référence dans cette communication à la date du 31 juillet 2004 comme fin de la période contractuelle, mentionnée en caractères gras dans la lettre. A teneur de cette communication, T_____ souhaitait ainsi prendre, dès la fin de sa période d'incapacité, son droit aux vacances jusqu'à la fin de la période contractuelle qu'elle a elle-même fixée au 31 juillet 2004. Interprétée selon le principe de la confiance, cette communication signifiait que l'employée considérait que la fin de la période de service s'arrêterait au 31 juillet 2005 et n'entendait pas la poursuivre au-delà. Certes, dans une communication du 16 juin 2004 adressée à son employeur, T_____ avait invoqué son incapacité de travail et avait sollicité le report du délai de congé du chef de cette incapacité. Cette demande de report de délai de congé ne contenait cependant aucune offre de service pour la période de service suivant immédiatement l'incapacité de travail, ce qui était au demeurant logique puisque l'employée se trouvait à l'époque dans l'incertitude sur la date précise d'une reprise de son incapacité. On ne peut déduire de cette communication que l'employeur aurait dû en inférer une offre de prestation de travail alors même que la date de reprise du travail n'était pas encore déterminée.

Entendue ce jour sur le contenu de ces deux courriers, l'appelante a indiqué que ces communications avaient été rédigées par son syndicat qui ne l'aurait pas informée sur le report de son délai de congé de telle sorte qu'elle ignorait que ce délai était juridiquement reporté au 30 septembre 2005 pour autant qu'elle offre sa prestation de travail à l'issue de la période d'incapacité. Cette circonstance ne permet pas à la Cour d'interpréter différemment le contenu du courrier de l'appelante du 15 juillet 2004 qui devait être compris comme la notification de la fin des rapports de service au 31 juillet 2004 impliquant que l'employée ne souhaitait pas exécuter ses tâches au-delà de cette période.

5. Dans le cadre de son appel, T_____ a indiqué qu'elle avait effectivement offert sa prestation de travail le 3 août 2004 mais en avait été dispensée par son

employeur. Pour prouver ses allégations, elle a sollicité à faire comparaître en qualité de témoin C _____ qui a effectué devant la Cour d'appel la déposition résumée ci-dessus (let. P.).

La Cour d'appel relève que le caractère flou, voire contradictoire, de ce témoignage ne lui permet pas de retenir que T _____ aurait effectivement proposé ses services le 3 août 2004 et n'est pas suffisant pour anéantir les autres éléments probants du dossier. Tout d'abord, le témoin a indiqué avoir accompagné seule T _____ chez son employeur le 3 août 2004 alors que l'appelante a relevé avoir été accompagnée également par son mari ce jour-là. Le témoin a également indiqué que, lors de la chute de T _____ intervenue le 29 mai 2004, elle l'avait immédiatement accompagnée chez un médecin alors qu'il ressort des propres explications de l'appelante (et des attestations médicales) que cette dernière ne s'y est rendue que quelques jours plus tard. Le témoin a indiqué en outre que l'incapacité de travail de T _____ était due à cet accident et n'a pas évoqué la grave déprime invoquée par T _____ qui a relevé qu'elle constituait la seule cause de son incapacité de travail. Le témoin a également concédé un certain flou dans les dates rappelées dans son témoignage, expliquant qu'à la même époque, elle était gravement affectée dans sa santé et avait dû subir une importante opération chirurgicale.

Enfin, le témoin n'a pas assisté à l'entretien entre T _____ et le représentant du magasin puisqu'elle était restée à l'extérieur. Elle a indiqué à ce sujet que, à l'issue de son entretien avec un responsable du magasin, T _____ lui avait indiqué que sa patronne lui avait permis de rentrer chez elle. T _____ a identifié D _____ comme son interlocutrice ce jour-là mais entendue en qualité de témoin, cette dernière a nié avoir eu cet entretien avec l'appelante et précisé qu'elle n'était pas la patronne du magasin et n'était pas autorisée à donner des directives à T _____.

Sur la base de ces constatations, la Cour d'appel retiendra que le témoignage de C_____ apparaît trop flou et imprécis pour contredire les autres éléments probants du dossier, notamment la communication de T_____ du 15 juillet 2004 fixant au 31 juillet 2004 la fin des rapports contractuels et ne présentant aucune offre de service au-delà de cette échéance.

6. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera ainsi confirmé.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par T_____ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 12 mai 2005 dans la cause C/719310/2004-3.

Au fond :

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

Le greffière de juridiction

Le président