



Monsieur E _____

Dom. élu:

Me Nicolas PERRET
Avenue Cardinal-Mermillod 36
1227 CAROUGE

Madame T _____

Dom. élu:

Me Eric BEAUMONT
Rue De-Candolle 16
1205 GENEVE

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

Du 21 décembre 2006

M. Blaise GROSJEAN, président

Mme Monique FORNI et M. Jean-Marc GUINCHARD, juges employeurs

Mme Heidi BUHLMANN et M. Jean-David URFER, juges salariés

Mme Aurélie SIMONET, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 10 mai 2006, E_____ appelle d'un jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 5 avril 2006, dans la cause n° C/21038/2005-5, expédié pour notification aux parties par pli recommandé le 7 avril 2006, dont le dispositif est le suivant :

Principalement :

- condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 23'377.00 (vingt-trois mille trois cents septante-sept francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 22 juillet 2005, sous déduction de la somme nette de Euros 4'580.80 (quatre mille cinq cent quatre-vingt euros et quatre-vingt centimes) due à la caisse de chômage Assedic des Alpes ;
- condamne E_____ à payer à T_____ la somme nette de fr. 21'657.50 (vingt et un mille six cent cinquante-sept francs et cinquante centimes), plus intérêts à 5% l'an dès le 22 juillet 2005 ;
- invite E_____ à payer à la caisse de chômage Assedic des Alpes la somme de Euros 4'580.80 (quatre mille cinq cent quatre-vingt euros et quatre-vingt centimes);
- invite E_____ à opérer les déductions sociales et légales usuelles;
- condamne E_____ à établir un certificat de travail à l'attention de T_____ au contenu suivant :

"Je soussigné, certifie par la présente que Mlle T_____, née le 25 avril 1978, a travaillé dans mon officine du 1^{er} mars 2004 au 21 juillet 2005, en qualité de préparatrice en pharmacie.

Dans le cadre de sa fonction, Mlle T_____ a exécuté notamment les tâches suivantes :

- vente;
- conseil aux clients;
- préparation au laboratoire;
- contrôle des ordonnances;
- remplacement du pharmacien.

Durant son activité, à l'exception des circonstances relatives à la fin des rapports de travail, j'ai pu apprécier sa serviabilité, ses qualités d'écoute

auprès de la clientèle, son esprit d'initiative et d'organisation, ainsi que son sens des responsabilités.

Je la remercie pour sa collaboration et je lui forme mes vœux pour la suite de sa carrière. "

- déboute les parties de toute autre conclusion.

En substance, le Tribunal des prud'hommes a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner une expertise afin de déterminer la réalité de l'incapacité de travail de l'employée en septembre 2005. Il a ensuite nié l'existence de justes motifs et dit que la lettre de licenciement a été notifiée tardivement. Il a considéré que l'employée avait droit à son salaire jusqu'à la fin des relations de travail, soit jusqu'au 30 novembre 2005, le délai ayant été suspendu pendant la période de maladie. Du salaire de 23'089.65 fr. doit être imputé le montant de Euros 4'580.80 versé par la caisse de chômage Assedic des Alpes. Le Tribunal a alloué une indemnité correspondant à quatre mois de salaire, fondée sur l'article 337 let. c al. 3 CO. Concernant le paiement de 9 heures 30 supplémentaires, elles ont été allouées en totalité, le Tribunal considérant que la preuve en avait été administrée et que l'employeur n'avait pas contesté le nombre d'heures décomptées. Il a condamné l'employeur à restituer le prélèvement de la participation de l'employée à une place de stationnement pour la période dépassant le 7 juillet 2005, l'employée n'ayant manifestement pas pu utiliser cette place de parc. Il a débouté la demanderesse de toute autre conclusion sauf à admettre que l'employeur devait fournir un nouveau certificat de travail conformément à l'article 330 let. a CO.

L'appelant prend les conclusions suivantes :

Au fond :

Préalablement :

- Ordonner la réouverture des enquêtes.
- Ordonner la production de l'intégralité des dossiers médicaux ouverts par Mademoiselle T_____ auprès du Dr. D_____ et du Dr. Stéphane F_____ ainsi que de l'Hôpital Intercommunal Sud-Léman Valserine.
- Entendre 11 témoins dont la liste figure aux pages 19 et 20 du mémoire d'appel.

Principalement, l'appelant demande l'annulation du jugement attaqué et le rejet de toutes les conclusions de la demande. A titre subsidiaire, et si le licenciement avec effet immédiat n'est pas injustifié, l'appelant demande que le jugement attaqué soit modifié en ce sens qu'il soit condamné à verser à T_____ la somme brute de

fr. 12'289.65 avec intérêt légal dès le 22 juillet 2005 et la somme nette de fr. 5'004.00.

L'appelant estime que le Tribunal des prud'hommes aurait dû entendre l'ancienne apprentie afin de déterminer qui était l'auteur des vols commis au préjudice de l'employeur. Il estime comme juste motif le manque de surveillance des mouvements de caisse. Quant à l'avis tardif de résiliation, l'appelant dit avoir licencié son employée dès que des éléments concrets lui ont été transmis par la police. Enfin, l'appelant considère que si l'intimée a pu venir chercher ses affaires personnelles après le licenciement, c'est qu'elle n'était pas réellement malade et qu'il se justifiait de ne pas tenir compte des certificats médicaux. L'appelant estime trop élevée l'indemnité fondée sur l'article 337 al. 3 CO. Compte tenu des fautes commises, une indemnité correspondant à un seul mois eût suffi. Enfin, l'appelant persiste à refuser de fournir un autre certificat de travail.

Dans son mémoire déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 11 juillet 2006, T_____ conclut préalablement à ce que les enquêtes ne soient pas réouvertes et qu'elle ne soit pas contrainte de produire l'intégralité des dossiers médicaux. Elle demande la confirmation du jugement attaqué.

A l'audience du 28 septembre 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure:

- a) E_____ exploite en raison individuelle la "Pharmacie A_____" au Grand-Lancy. Il est membre de l'Association des pharmaciens du canton de Genève.
- b) Par contrat du 1^{er} mars 2004, T_____ a été engagée en qualité de préparatrice en pharmacie, avec un horaire de 40 heures 30 et pour un salaire mensuel de 4'900.00 fr. jusqu'au 15 juin 2004, puis de 5'400.00 fr. Elle devait effectuer des tâches inhérentes à sa fonction, notamment la vente et le conseil, la mise en place de la marchandise, les préparations et le travail administratif (OFAC, facturations, etc...). Le contrôle des ordonnances et le remplacement du pharmacien responsable étaient réservés à l'obtention, après deux ans de pratique, du diplôme de préparatrice. Le délai de congé était d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la quatrième année de service, de trois mois ultérieurement. Les parties sont convenues de l'application de la convention collective des pharmaciens du canton de Genève.
- c) Dès août 2004, T_____ bénéficiait d'une place de stationnement dont elle assumait la moitié du loyer soit 75.- fr. par mois, montant qui était déduit du salaire.

- d) Il ressort des enquêtes qu'en 2005, l'organisation de la "Pharmacie A _____" était la suivante : E _____, patron, était le pharmacien responsable. T _____ travaillait comme préparatrice et suppléait aux absences de l'appelant, généralement le mercredi ainsi que durant certains moments de la journée. Au début des relations contractuelles, une assistante en pharmacie avait travaillé quelques temps en tant que collègue de l'intimée, mais elle est tombée malade. Au moment de l'arrivée de T _____, B _____ travaillait déjà en qualité d'apprentie formée par l'appelant. L'épouse de ce dernier ne travaillait pas à la pharmacie, mais elle s'y rendait régulièrement en effectuant le cas échéant des remplacements. Dès janvier 2004, la comptabilité était tenue par l'OFAC mais c'est E _____ qui transmettait les données soit les entrées et les pièces justificatives ainsi que les données nécessaires à préparer les salaires. L'appelant s'occupait de la tenue du livre de caisse de même que des achats. Il a été admis que l'employeur a accumulé un retard de plusieurs mois dans le contrôle des recettes et des dépenses. Lui-même disposait d'une clé du coffre ainsi que T _____. Lorsque celle-ci arrivait le matin, elle prenait dans le coffre l'argent de la veille. S'il y avait trop de billets, elle n'en prélevait qu'une partie pour faire le fond de caisse de la journée. En fin de journée, l'argent de la caisse était remis dans le coffre. T _____ n'avait pas été chargée de la tenue du livre de caisse et du comptage de l'argent. Selon le témoin B _____, les époux E _____ prenaient parfois de l'argent dans la caisse. C'est également le cas de leurs enfants. L'accès à la caisse était aisé : il suffisait d'appuyer sur un bouton pour l'ouvrir.
- e) Dans le courant du 1^{er} trimestre 2005, le représentant de l'OFAC, C _____, a constaté qu'il y avait un problème de marge brute et que l'argent s'évaporait. Ce phénomène avait déjà commencé en 2004. Comme déjà indiqué, le comptage de la caisse n'avait pas été mis en place en raison du retard accumulé par E _____.
- f) Le 5 juillet 2005 au soir, l'employeur a soigneusement compté les billets contenus dans le coffre. Le lendemain, il était absent de la pharmacie. Il a alors compté les billets le soir et a constaté un manco de l'070.50 fr. nonobstant les encaissements de la journée. Détenant la preuve d'un vol, il a déposé plainte pénale le 7 juillet 2005. Le jour même, la police de sûreté a longuement entendu T _____, qui était sur le point de prendre ses vacances d'été, ainsi que l'apprentie B _____. Cette dernière a admis être l'auteur de vols dans la caisse de la pharmacie si bien que l'intimée a été libérée de suite. L'employeur a su en fin de semaine que l'apprentie avait avoué mais elle contestait la totalité des prélèvements.
- g) Par courrier du 18 juillet 2005, alors que T _____ était encore en vacances, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat. Il imputait à faute grave de l'employé, le fait qu'elle ait remis l'argent dans le coffre le soir sans procéder à un comptage. Dans son mémoire du 21 novembre 2005, l'employeur expose avoir procédé à la résiliation du contrat suite à l'information qu'il venait de recevoir que les aveux de l'apprentie ne couvraient pas la totalité des montants manquants. Il invoque aussi le fait qu'il venait d'apprendre que des clients s'étaient plaints d'un comportement peu professionnel de son employée.

Dès réception de ce courrier, T_____ a contesté l'existence des justes motifs. Elle conteste avoir été chargée du comptage des billets et indique que le peu d'argent contenu parfois dans le coffre pouvait s'expliquer par des prélèvements personnels de l'employeur.

- h) Selon certificat médical du Dr D_____, T_____ a été mise en arrêt de travail du 22 juillet 2005 au 31 août 2005. Deux autres certificats du même praticien constatent une incapacité de travail totale jusqu'au 30 septembre 2005. Compte tenu des symptômes, le Dr D_____ a préconisé à T_____ d'aller consulter le service des urgences de l'Hôpital d'Annecy. Cette dernière a été hospitalisée du 9 au 13 août 2005. Elle présentait des symptômes de diarrhée anxieuse.
- i) Le 26 juillet 2005, T_____ est venue, accompagnée de son conjoint, récupérer ses affaires personnelles à la pharmacie. L'entretien a été houleux, T_____ étant, aux dires de témoins, agressive envers Madame E_____ et ne présentant pas de signe de maladie ou de faiblesse.
- j) Il est apparu, après le licenciement, que des clients se sont plaints de l'attitude de T_____ : elle arrivait parfois en retard et se comportait de façon agressive et désagréable.
- k) Le 4 août 2005, l'intimée a réclamé la restitution de certaines affaires personnelles qui manquaient dans le carton qu'elle avait récupéré préalablement.

Le 15 septembre 2005, l'employeur a fourni un certificat de travail attestant seulement que T_____ avait travaillé, en tant que préparatrice de pharmacie, du 1^{er} mars 2004 au 18 juillet 2005.

- l) T_____ a reçu de la caisse de chômage française Assedic des Alpes la somme de Euros 4'580.80 correspondant à 80 jours à Euros 57.26 pour la période s'étendant jusqu'au 30 novembre 2005.
- m) Par demande formée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 25 septembre 2005, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 56'289.70 avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 juillet 2005. Ladite somme se décompose comme suit :
- fr. 23'258.65 à titre de salaire de juillet à novembre 2005;
 - fr. 396.05 pour des heures supplémentaires non payées;
 - fr. 177.50 à titre d'impôt à la source perçu en trop;
 - fr. 57.50 à titre de loyer du garage prélevé en trop;
 - fr. 32'400.00 à titre d'indemnité pour licenciement injustifié selon article 337 let. c al. 3 CO.

La demanderesse a également conclu à la délivrance d'un certificat de travail ainsi qu'à la restitution du solde de ses affaires personnelles.

- 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 (G. Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, no 449).
3. La Cour de céans est amenée à se pencher sur les questions suivantes :
 - L'employeur était-il en droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat pour justes motifs, au sens de l'article 337 CO ?
 - Si les justes motifs ne sont pas admis quel est le montant dû à titre du salaire et d'indemnité ?
 - Quel certificat de travail doit être établi ?
 - Préalablement, la Cour se penchera sur les questions des témoins à entendre en appel, sur réquisition de l'appelant.
4. Aux termes de l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle est considérée comme un principe de base de la répartition du fardeau de la preuve en droit privé. Dès lors, celui qui prétend être le titulaire d'un droit doit prouver les faits générateurs dont dépend la naissance du droit et celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application doit prouver les faits destructeurs et dirimants (ATF 128 III 271 = JdT 2003 p. 608). La partie qui prétend qu'une obligation contractuelle a été exécutée ou non doit en faire la preuve (ATF 125 III 78 ; ATF 111 II 263 = JdT 1986 p. 250). Les faits à prouver doivent être juridiquement pertinents et admissibles quant à la forme et à l'objet (ATF 114 II 289 = JdT 1989 p. 85). Lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'une allégation est exacte ou réfutée, la répartition du fardeau de la preuve

n'a plus d'objet (ATF 109 II 251 = JdT 1984 p. 247 ; ATF 105 II 145). L'article 8 CCS n'exclut ni l'appréciation anticipée des preuves ni la preuve par indices. C'est dire que l'article 8 CCS admet une administration limitée des preuves si celles-ci emportent la conviction du juge au point qu'il tient une allégation pour exacte. Si le juge écarte d'emblée une nouvelle preuve, il doit motiver objectivement sa décision (ATF 106 II 171 = JdT 1981 p. 150 ; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile ad. art. 196 note 3 ; ATF 109 II 31 = JdT 1983 p. 264).

La Cour de céans a ordonné la réouverture des enquêtes. Elle a entendu l'ancienne apprentie et la remplaçante de l'intimée. Deux personnes ont été entendues par le Tribunal des prud'hommes. C _____ a donné des indications au sujet de l'organisation de la comptabilité de la pharmacie ainsi que des mancos de caisse qu'il a signalés. L'appelant n'indique pas dans ses écritures, voire à l'audience du 28 septembre 2006, que ce témoin aurait éclairé la Cour sur d'autres éléments probants et pertinents. Sa réaudition est dès lors inutile. Nicole E _____, épouse de l'appelant, a également été entendue. Ses déclarations, à titre de renseignement, ne feront que confirmer ses dires et appuyer le fait qu'elle a appris, après le licenciement, que l'intimée ne se comportait pas de façon agréable avec la clientèle et qu'elle arrivait en retard. Elle confirmera sans doute la visite de l'intimée pour récupérer ses effets personnels et le fait que celle-ci ne présentait pas de signes de faiblesse ou de maladie et qu'elle était agressive. Or, la Cour a entendu à ce propos Christine M _____. Son témoignage sera retenu comme véridique de sorte qu'il est inutile de réentendre l'épouse de l'appelant. Quant aux témoins n° 5 à 11, le mandataire de l'appelant avait indiqué que les questions à leur poser ne porteraient que sur l'attitude de l'intimée à leur endroit et sur ses retards. Il sera indiqué ci après que, même si ces faits étaient exacts, ils ne sauraient fonder de justes motifs de résiliation. Dès lors, la Cour estime inutile d'entendre les témoins n° 5 à 11.

5. Selon l'article 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour justes motifs. Peuvent être notamment considérés comme tels 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. D'après la jurisprudence, 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 précédé par un avertissement (ATF 127 III 152 consid. 1a et réf. citées). Par manquement du travailleur, on entend la violation des obligations découlant du contrat de travail (ATF 121 III 467). Le juge apprécie librement s'il existe des 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 ressort 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 même plus être exigé du partenaire contractuel qu'il résilie les rapports de travail en respectant le délai ordinaire (ATF 121 III 467 ; ATF 117 II 560 ; ATF 116 II 145).

En cas de résiliation avec effet immédiat, la jurisprudence n'admet qu'à des conditions restrictives l'invocation de motifs qui existaient lors de la résiliation, mais qui étaient inconnus (ATF 121 III 467). Il doit exister un rapport de connexité entre un motif déjà invoqué et le motif découvert après la notification du congé, comme si le second ne pouvait servir qu'à renforcer le premier (ATF 121 III 467, arrêt critiqué par G. Aubert dans Le droit du travail en pratique, vol. 17 p. 111).

Dans le cas d'espèce, il est clairement établi que l'intimée n'avait pas la charge de la tenue de la comptabilité. Elle n'avait pas non plus reçu instruction de tenir le livre de caisse et de procéder au comptage du fond de caisse en début et en fin de journée. L'appelant a d'ailleurs laissé s'écouler des mois avant d'effectuer lui-même ces opérations dont il avait la seule responsabilité. Le témoin B _____ a déclaré que le demandeur, son épouse, voire leurs enfants parfois, prenaient de l'argent dans la caisse. L'appelant a déclaré à l'audience du 7 décembre 2005 : "En mon absence, T _____ devait me remplacer et notamment contrôler les prescriptions. En fin de journée, elle ne devait pas faire la caisse, mais elle devait mettre l'argent au coffre". Il est évident que si le demandeur avait tenu régulièrement le livre de caisse, comme il se devait, il aurait constaté très rapidement que l'apprentie B _____ effectuait des prélèvements illicites réguliers et importants. Dès lors, on ne saurait considérer comme une faute l'absence de contrôle par l'intimée du contenu de la caisse. Il est également évident que les vols de caisse ont bien été commis par B _____. Celle-ci a fait un témoignage complet et convainquant à ce propos : elle a volé pendant une longue période même lorsque l'employeur était présent. C'est à tort que l'appelant a fait peser sur les épaules de sa collaboratrice le lourd fardeau du soupçon de vol et l'a licenciée avec effet immédiat.

En ce qui concerne les reproches selon lesquels l'intimée ne se comportait pas de façon adéquate vis-à-vis de la clientèle, il sera relevé tout d'abord qu'il appartient à l'employeur de contrôler le travail de ses subordonnés. A supposer que les plaintes soient à cet égard fondées, et qu'il y ait eu des arrivées tardives, cela ne constituerait certainement pas un manquement si grave des devoirs de l'employée qu'un licenciement doive intervenir sans avertissement préalable.

Le jugement sera donc confirmé sur ce point.

6. Avant d'examiner la question des montants dus par l'employeur en application de l'article 337c CO, il convient de se pencher sur la question de l'incapacité de travail de l'intimée.

Le congé a été donné par courrier du 18 juillet 2005. Il n'est pas contesté que l'intimée a été en arrêt de travail pour maladie du 22 juillet 2005 au 30 septembre 2005. Au cours de la procédure devant les premiers juges, le Dr D _____ a certifié que l'état de santé de l'intimée nécessitait une interruption de son activité professionnelle (pièces 17 et 18). Le Dr D _____ a également certifié le 6 août 2005 (pièce 9) que l'arrêt de travail était dû à un état anxieux important suite à une lettre de licenciement. Il a même fallu une hospitalisation du 9 au 13 août 2005 à l'Hôpital Intercommunal Sud-Léman Valserine (pièce 11). Le diagnostic de diarrhée anxieuse a été formulé par le Centre hospitalier de la région annecienne (pièce 10). En appel, l'intimée a fourni une nouvelle attestation du Dr D _____ qui confirme l'arrêt de travail et explique que le médecin des urgences n'a pas cru devoir constater un arrêt de travail puisque lui-même l'avait déjà prescrit.

Il y a incapacité de travail au sens des articles 324 al. 1 et 336c al. 1 let. b CO lorsque le travailleur n'est pas en état d'exercer son activité pour des raisons physiques ou psychiques ou lorsque l'activité professionnelle serait de nature à contrarier le traitement médical. Le certificat médical contient notamment la mention de l'incapacité de travailler avec sa durée et son degré, la cause générique de l'incapacité (maladie ou accident). L'article 328 let. b CO et le respect du principe de la proportionnalité interdisent que l'employeur prenne connaissance du diagnostic. Le droit à l'information de ce dernier ne s'étend qu'à la durée et à la classification de l'affection comme maladie ou accident (O. Guillod, Secret médical et rapports de travail, in Le droit du travail en pratique, vol. 17 p. 85). Lorsqu'il a des doutes, l'employeur est en droit de vérifier, à ses frais, l'existence et le degré de l'empêchement de travailler par un médecin-conseil. Il doit requérir cet examen sans délai. Un refus du travailleur de se soumettre à un tel examen pourrait être considéré comme l'aveu du caractère peu sérieux du certificat médical produit (JAR 1997 p. 132). L'employeur n'est pas en droit d'obliger son employé à libérer le médecin du secret médical afin qu'il puisse le renseigner sur la nature de l'affection (JAR 1982 p. 129).

L'appelant indique qu'il a mis en doute l'incapacité de travail de son employée lorsque celle-ci est venue chercher ses effets personnels. Il aurait pu, à ce moment, agir sans délai et exiger un contrôle médical. Or, il n'a rien fait. Il est dès lors impossible, plus d'une année après la fin d'une incapacité de travail, de faire procéder à un examen quelconque. Quant aux dossiers médicaux, ils relèvent du secret médical de sorte qu'il est exclu d'en ordonner l'apport dans le cadre de la présente procédure, sauf si le bénéficiaire du secret médical donne expressément son consentement. A la lecture des écritures de l'intimée de juillet 2006, on constate que tel n'est pas le cas. La Cour considère qu'il n'y a pas de motif sérieux de mettre en doute les différents certificats médicaux, d'autant plus que le choc

d'un licenciement immédiat entouré des lourds soupçons suite à un vol commis par l'apprentie, était de nature à perturber grandement l'état psychique de l'intimée.

Il ne sera pas fait droit aux réquisitions préalables de l'appelant.

7. Conformément à l'article 337c 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 conclu pour une durée déterminée. Le congé a été donné au cours de la deuxième année de service. Le délai de congé était de deux mois pour la fin d'un mois. La lettre de licenciement, datée du 18 juillet 2005, a été reçue par l'employée le 21 juillet 2005. L'échéance du délai de congé était normalement au 30 septembre 2005. Compte tenu de l'incapacité de travail de l'intimée du 22 juillet au 30 septembre 2005, le délai était suspendu pendant la période de l'incapacité de travail, selon l'article 336c ch. 2 CO et venait donc à échéance le 30 novembre 2005. 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 avec la précision qu'il convient de déduire de ce montant l'indemnité versée par la caisse de chômage soit Euros 4'580.80.
8. Selon l'article 337c al. 3 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 une jurisprudence aujourd'hui constante, l'indemnité est due pour tout congé immédiat injustifié, sauf cas exceptionnels (ATF 121 III 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 toutefois à tout le moins des circonstances qui excluent un comportement fautif de l'employeur ou qui ne lui sont pas imputables 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 à la base de l'octroi de l'indemnité, celle-ci doit être proportionnée à la mesure de l'atteinte considérée (ATF 121 III 64 consid. 3c). Elle peut être réduite, par exemple, lorsque la faute de l'employeur est légère et que l'employé avait déjà donné son congé (4C.182/2000). 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 de travail, 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, le congé a été donné en faisant des reproches assez graves à l'intimée qui se voyait faussement soupçonnée d'être soit le co-auteur de vols, soit

responsable pour défaut de surveillance. Les rapports de travail avaient duré plus une année et demie sans que l'employeur ne fasse le moindre reproche. L'intimée s'est retrouvée sans emploi et les circonstances du licenciement l'ont atteinte sa santé au point que des crises d'anxiété ont nécessité une brève hospitalisation. Une indemnité de quatre mois de salaire est équitable, même en tenant compte du fait que l'intimée a pu être désagréable avec des clients et soit arrivée parfois en retard. Encore une fois, un tel comportement eût justifié tout au plus une remarque, voire un avertissement.

Le jugement sera confirmé sur ce point

9. Enfin, l'appelant s'en prend au texte du certificat de travail. Le certificat de travail porte sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité du travail et la conduite de l'intéressé. Le certificat correspondra à la vérité et ne pourra contenir des termes codés discréditant le travailleur. Le certificat de travail doit permettre au travailleur d'améliorer sa situation et de retrouver un emploi : il s'agit donc de promouvoir l'avenir de l'intéressé. (Duc/Subilia ; Commentaire du contrat individuel de travail, p. 309). Dans le cas d'espèce, le texte du certificat de travail contenu dans le dispositif du jugement querellé indique :

- la durée des rapports de travail,
- les fonctions exercées, soit celles réellement exercées et qui sont énumérées dans le contrat de travail,
- une appréciation de l'employeur quant à la façon dont le travail a été exécuté. Il est constant que l'employeur n'a pas formulé la moindre remarque ou remontrance pendant toute la durée du contrat. Il est donc patent que les remarques positives contenues dans le certificat correspondent aux attentes de l'employeur. Si ce dernier avait reçu des plaintes pendant le contrat, il n'aurait pas manqué d'en faire la remarque à son employée en lui donnant l'opportunité de se corriger. C'est aussi le cas des arrivées tardives encore que le certificat ne contienne pas d'allusion sur la ponctualité. Il serait injuste de sanctionner l'intimée pour des comportements qui lui sont reprochés à posteriori et qu'elle ne peut nullement corriger ou améliorer. L'employeur a fait entière confiance à l'intimée pendant plus d'une année et demie. S'il y a eu des plaintes de clients, c'est bien après le licenciement. La procédure a démontré les lacunes de l'employeur dans la tenue de sa propre comptabilité et l'organisation de sa pharmacie. Le licenciement abrupt et injustifié de l'intimée ne doit pas prêter ses chances de trouver un emploi.

Le jugement sera également confirmé sur ce point, quand bien même il a pu y avoir arrivées tardives et comportement parfois peu amène vis-à-vis de certains clients.

10. La procédure est gratuite pour les parties, sauf à mettre l'émolument de mise au rôle de 440.00 fr. à charge de l'appelant qui succombe (article 78 LJP) et de dire que celui-ci restera acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

- reçoit l'appel formé par E_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 5 avril 2006, rendu dans la cause no C/21038/2005.

Au fond :

- confirme ledit jugement.
- condamne E_____ à payer l'émolument d'appel de 440.00 fr. lequel restera acquis à l'Etat.
- déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

le président