RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/23974/2004 - 2

* COUR D'APPEL *

CAPH/93/2006

E_____SA
Dom. élu : Me Jérôme PICOT
Rue du Rhône 11
Case postale 5222
1211 Genève 11

Partie appelante

T_____
R_____
1258 Perly

Partie intimée

CAISSE CHOMAGE

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du jeudi 18 mai 2006

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Marc LABHART et Jean-Daniel BONNELANCE, juges salariés

Mme Laurence AELLEN, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 28 septembre 2005, E_____SA appelle du jugement rendu le 25 août 2005 et notifié aux parties par plis recommandés du même jour, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, groupe 2, l'a condamnée à payer à T_____ la somme brute de fr. 10'838.65, avec intérêts à 5% l'an dès le 6 septembre 2004, à titre d'indemnité correspondant aux salaire et indemnités journalières de septembre 2004 à février 2005, aux vacances non prises en nature et au treizième salaire, sous déduction de la somme nette de fr. 271.85 et de la somme nette correspondant, après déduction des charges sociales, à la somme brute de fr. 6'679.10, qui reviennent à la CAISSE DE CHOMAGE.

E_____SA conclut à l'annulation de ce jugement et au déboutement de T_____ et de la CAISSE DE CHOMAGE de toutes leurs conclusions, avec suite de dépens.

T_____ et la CAISSE DE CHOMAGE concluent pour leur part à la confirmation du jugement entrepris.

Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

A. En date du 1er mars 2004, E_____SA, société anonyme dont le siège est à Genève, a engagé T_____ en qualité de serveuse, pour une activité à 50%.

Son salaire mensuel brut s'élevait à fr. 1'675.-.

Au mois de juillet 2004, T_____ a eu un entretien avec A_____, gérante de l'établissement. A cette occasion, celle-ci lui a indiqué ne pas être satisfaite de ses services et a évoqué la possibilité d'un licenciement en l'absence d'amélioration de ses prestations de travail, lui demandant d'y réfléchir durant ses vacances. Selon l'employeur il s'agissait là d'une discussion ferme, visant à avertir formellement T_____ que son

attitude pourrait entraîner son licenciement. Pour celle-ci, au contraire, cette perspective n'avait pas été clairement formulée, A_____ se contentant de lui laisser entendre que, sans efforts de sa part, elle ne pourrait continuer à l'employer.

Au mois d'août 2004, à son retour de vacances, T_____, qui était alors enceinte, a informé son employeur de sa grossesse. Elle a également indiqué à B_____, un de ses collègues, que ladite grossesse n'était pas facile pour elle et qu'elle était très fatiguée.

En date du mardi 31 août 2004, T_____ a eu une altercation avec B_____. Celui-ci, entendu comme témoin, a déclaré qu'elle avait quitté le café avant la fin de sa journée après qu'il lui eut fait remarquer qu'elle était avachie sur le comptoir et demandé de se reprendre.

Le lendemain matin, T_____ a eu une discussion avec A_____ au sujet de l'altercation de la veille. C_____, qui y a assisté, a déclaré devant la Cour de céans qu'il n'avait pas entendu précisément la conversation mais avait néanmoins compris, sans doute possible, qu'elle avait porté sur des questions en rapport avec le travail. Ainsi, selon lui, A_____ avait exposé à T_____ les choses qui n'allaient pas et devaient être corrigées. La conversation s'était terminée par le départ de T_____.

Cette dernière a indiqué que, ce matin-là, elle avait ressenti des contractions. Inquiète, elle avait donc quitté le café et s'était rendue à un centre de consultation afin d'y passer une échographie. Le lendemain, sur conseil des médecins dudit centre, T_____ avait téléphoné à sa gynécologue et lui avait décrit son état de santé. Celle-ci lui avait alors recommandé de prendre du repos et expédié, par poste, un certificat médical constatant son incapacité de travail.

A teneur de ce certificat, la capacité de travail de T_____ était nulle du 2 au 12 septembre 2004 et de 50% dès le 13 septembre 2004. Il ressort d'un autre certificat médical, établi le 26 octobre 2004 par la même gynécologue,

que T_____ a recouvré sa pleine capacité de travail dès le 27 septembre 2004.

Dans l'après-midi du mercredi 1er septembre 2004, T_____ est retournée au café pour en restituer les clés. Selon elle, il lui avait été demandé de les rendre pour pouvoir procéder, en son absence, à l'ouverture matinale de l'établissement, qu'elle assurait jusqu'alors. Aux dires de l'employeur, il y avait suffisamment de clés pour que T_____ n'ait pas eu besoin de restituer celles qui étaient en sa possession.

Selon C_____, T_____, qui était fâchée, a alors dit son fait à A_____, sur le ton de la colère, bien qu'elle soit plutôt une personne douce et affable. A la suite de cette nouvelle altercation, qui n'a duré que quelques minutes, T_____ est repartie avec l'attitude de quelqu'un qui a donné son congé, semblant toujours fâchée.

Dans les jours qui ont suivi, tout comme d'autres personnes liées au café, A_____ a vu T_____. Elle a cependant déclaré ne pas lui avoir reparlé, ni cherché à l'atteindre après leur dernière altercation.

B. Par lettre signature du lundi 6 septembre 2004, E_____SA a licencié T_____ en raison de l'abandon par cette dernière de son poste de travail. La société faisait valoir que son employée avait quitté son poste le 1er septembre 2004 à 9h00, sans raison, sans explication et n'avait pas fait parvenir, dans un délai de trois jours, de certificat médical justifiant son absence. Elle relevait en outre que T_____ avait bénéficié de vingt-trois jours de vacances alors qu'elle n'avait droit qu'à dix sept jours. Elle devait en conséquence à la société six jours de vacances, qui lui étaient offerts pour solde de tout compte.

Par pli du 7 septembre 2004, T_____ a transmis à E_____SA le certificat médical du 2 septembre, qui lui était parvenu la veille. Elle rappelait qu'elle était enceinte, donc en droit de quitter son poste de travail en tout temps en cas de problèmes, pour se

rendre chez son médecin, et que son employeur ne pouvait la licencier durant sa grossesse.

Par lettres du Syndicat des 17 et 30 septembre 2004, T_____ a rappelé à son employeur qu'elle était enceinte et qu'il ne pouvait donc pas la licencier. Elle se tenait par conséquent à sa disposition pour reprendre son poste, dans la mesure de sa capacité de travail. En réponse, E_____SA a opposé une fin de non-recevoir à toute prétention que T_____ pourrait élever.

C. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 octobre 2004, T_____ a assigné E_____SA en paiement de fr. 27'760.05, plus intérêts moratoires à 5% dès le 6 septembre 2004. Elle a par la suite réduit ses prétentions à fr. 11'041.- brut, somme qui se décompose comme suit:

- fr.	10'050.-	à titre d'indemnité correspondant au salaire du 1er septembre 2004 au 28 février 2005 (6 x fr. 1'675.-) ;
- fr.	488.50	à titre d'indemnité correspondant au 13ème salaire pro rata temporis du 1er septembre 2004 au 31 décembre 2004 (quatre mois à 50%) ;
- fr.	502.50	à titre d'indemnité correspondant aux vacances non prises en nature du 1er mars 2004 au 28 février 2005 (neuf jours) ;

Elle a également réservé ses droits quant à la période postérieure au 28 février 2005.

A l'appui de ses prétentions, T_____ a indiqué qu'en raison de sa grossesse, son licenciement était "nul et non avenu".

Par ailleurs, devant le Tribunal, elle a précisé qu'en quittant le café le 1er septembre 2004, elle avait dit à son employeur qu'elle se rendait chez le

médecin. A l'issue de la consultation, elle avait informé A_____ qu'elle lui ferait parvenir un certificat médical le lendemain, après être allée chez son médecin. Puis, en date du 7 septembre 2004, elle avait téléphoné à son employeur pour l'informer de son retour le 13 septembre 2004. Il avait alors été convenu qu'elle travaillerait à 50%, a priori le jeudi soir. Lorsqu'elle avait rappelé le jeudi pour avoir des nouvelles, son employeur avait alors persisté dans les termes de sa lettre du 6 septembre 2004.

D. E_____SA a intégralement contesté les prétentions de T_____ et conclu à son déboutement.

Elle a notamment exposé que le départ de T_____ après l'altercation du 1er septembre 2004 constituait une faute grave, laquelle, faisant suite à de nombreuses violations de son obligation de diligence par l'employée, justifiait son licenciement immédiat. De plus, celle-ci avait abandonné son poste. Enfin, l'absence de réaction de son employeur suite au départ de T_____ pouvait constituer une résiliation immédiate du contrat de travail par accord des parties.

Devant le Tribunal, elle a confirmé les termes de ses écritures et précisé qu'elle n'avait pas eu connaissance du fait que T_____ avait rendez-vous chez le médecin le 1er septembre 2004. Elle a en outre indiqué avoir demandé à son employée des explications quant à l'altercation de la veille. T_____ s'était alors plainte de ses conditions de travail et, le ton montant, avait annoncé à A_____ qu'elle allait la mettre dans l'embarras, avant de quitter les lieux.

E. Par lettres reçues au greffe de la Juridiction des prud'hommes les 15 novembre et 21 décembre 2004, et 15 février 2005, la CAISSE DE CHOMAGE a déclaré intervenir dans la procédure, en vertu de sa subrogation dans les droits de T_____ à concurrence d'un montant net de fr. 10'915.60, lequel se décompose comme suit:

- fr.	2'725.10	plus intérêts à 5% l'an dès le 10 novembre 2004, à titre d'indemnités versées pour le mois de septembre 2004 ;
- fr.	2'596.75	plus intérêts à 5% l'an dès le 10 novembre 2004, à titre d'indemnités versées pour le mois d'octobre 2004 ;
- fr.	2'468.40	plus intérêts à 5% l'an dès le 4 décembre 2004, à titre d'indemnités versées pour le mois de novembre 2004 ;
- fr.	2'853.50.-	plus intérêts à 5% l'an dès le 21 décembre 2004, à titre d'indemnités versées pour le mois de décembre 2004 ;
- fr.	271.85	plus intérêts à 5% l'an dès le 2 février 2005, à titre d'indemnités versées pour le mois de janvier 2005.

F. Par jugement du 25 août 2005, expédié le jour-même pour notification, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E_____SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 10'838.65, avec intérêts à 5% l'an dès le 6 septembre 2004, à titre d'indemnité correspondant au salaire de septembre 2004 à février 2005, aux vacances non prises en nature et au treizième salaire, sous déduction de la somme nette de fr. 271.85 et de la somme nette correspondant, après déduction des charges sociales, à la somme brute de fr. 6'679.10, qui revenaient à la CAISSE DE CHOMAGE.

En substance, le Tribunal a retenu que T_____ n'avait pas abandonné son emploi et que son licenciement immédiat était par conséquent injustifié. Elle avait donc droit au paiement de ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Pour le surplus, ses conclusions tendant à la réserve de ses droits pour la période postérieure au 28 février 2005 étaient irrecevables.

G. Par acte adressé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le

28 septembre 2005, E_____SA a interjeté appel de ce jugement, concluant à son annulation et au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir fait une application erronée de l'article 337*d* CO en considérant que l'intimée n'avait pas exprimé sa volonté consciente et définitive de mettre fin avec effet immédiat au contrat, de sorte qu'il appartenait à l'employeur d'adresser à T_____ une mise en demeure de reprendre le travail, préalablement au congé.

H. En réponse, T_____ et la CAISSE DE CHOMAGE ont conclu au déboutement de E_____SA de l'intégralité de ses conclusions et à la confirmation du jugement déféré.

I. En date du 7 février 2006, la Cour de céans a tenu une audience lors de laquelle E_____SA a précisé que c'est la juriste de l'organisation des cafetiers qui lui avait suggéré d'adresser la lettre du 6 septembre 2004 à T_____, car, dans ce genre de cas, il était fréquent que l'employé tombe malade et qu'alors se posait le problème du certificat médical.

Au terme de cette audience, la cause a été gardée à juger.

J. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), dès lors que le jugement a été notifié à l'appelante le 29 août 2005 et l'acte d'appel adressé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 septembre 2005, l'appel est recevable.

1.2 Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants du Code des Obligations (ci-après CO). La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de l'appelante que le lieu habituel de travail de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

1.3 Le jugement ayant été rendu en premier ressort, la Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. Ainsi que l'a constaté le Tribunal dans son jugement du 25 août 2005 (cf. consid. 3, p.6), les parties sont liées par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (ci-après CCT), ce qu'elles ne contestent pas.

3. L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal d'avoir fait une application erronée de l'article 337*d* CO.

Aux termes de l'article 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1er). Sont notamment considérés comme de justes motifs 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 (al. 2).

3.1 L'abandon d'emploi ou la non entrée en service est un cas de résiliation avec effet immédiat de la part du travailleur (STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 2 ad art. 337d CO).

Il y a abandon d'emploi selon l'article 337*d* CO lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L'application de cette disposition présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié (arrêt du Tribunal fédéral 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a; ATF 112 II 41, consid. 2).

La décision du travailleur d'abandonner son emploi doit apparaître nettement. Comme il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a entendu quitter sans délai son emploi, le premier, dans les situations peu claires, doit adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail (arrêt du Tribunal fédéral 4C.169/2001 du 22 août 2001, consid. 3b et les références). Si l'employeur a clairement mis en demeure, sans effet, le travailleur de réintégrer son poste, il appartiendra à ce dernier de prouver qu'il n'avait pas la volonté de mettre fin au contrat par son absence, cette dernière se justifiant par une maladie, une libération de la part de l'employeur ou le fait que le contrat avait déjà été résilié (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 390 ; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 1 ad art. 337d CO).

Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut examiner s'il découle du comportement adopté par l'intéressé, c'est-à-dire d'actes concluants. Dans cette hypothèse, on se demandera si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi.

Selon la jurisprudence, lorsque l'absence injustifiée du travailleur est de courte durée, l'employeur ne peut déduire des circonstances que le travailleur a abandonné son emploi; il peut seulement lui reprocher un manquement de nature à justifier une résiliation immédiate des rapports de

travail, au besoin après avertissement, soit en le mettant en demeure de reprendre le travail ou, le cas échéant, de présenter un certificat médical. A l'inverse, une absence de plusieurs mois doit être considérée comme un refus de poursuivre les rapports de travail, même si, après coup, le travailleur offre inopinément de reprendre son poste. Dans ce cas, la durée de l'absence suffit en soi pour admettre que le salarié a démontré sa volonté d'abandonner son emploi. Dans les situations intermédiaires, il faut trancher selon le principe de la confiance, à la lumière des circonstances du cas particulier (arrêt du Tribunal fédéral 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a).

Toutefois, lorsqu'un travailleur quitte l'entreprise en proie à une forte émotion suite à un incident, sa volonté de mettre fin avec effet immédiat au contrat ne doit pas être tenue pour définitive, même si ce qu'il dit ou fait peut être compris dans ce sens. Dans de telles circonstances, l'employeur doit adresser une mise en demeure au travailleur. Si celui-ci se ravise et veut reprendre le travail, l'employeur doit accepter. Un refus de sa part l'expose à se trouver en demeure. De même, en cas d'absence du travailleur pour raison de santé sans certificat médical, l'employeur ne peut conclure à un abandon de poste sans avoir sommé le travailleur de reprendre son emploi ou de fournir un certificat médical (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., pp. 291 et 292).

L'absence d'un travailleur durant un à trois jours suite à un mouvement d'humeur ou une altercation avec son employeur ne constitue pas un abandon d'emploi dès lors que l'employé a offert ses services par la suite (JAR 1991, p. 263 ; CAPH du 7 juillet 1994 en la cause III/1005/93 ; cf. Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 337d CO, pp. 1791 s).

Le Tribunal fédéral a considéré qu'on ne saurait raisonnablement admettre que l'employeur puisse considérer que le travailleur a manifesté son intention irrévocable de quitter son emploi, lorsque ce dernier a quitté abruptement son poste dans un mouvement de colère et qu'il a donné suite, sans même laisser passer une semaine entière depuis son départ, à la requête

de revenir travailler (arrêt du Tribunal fédéral 4C.169/2001 du 22 août 2001, consid. 3b).

3.2 En l'espèce, lorsque l'intimée a quitté le café, dans la matinée du 1er septembre 2004, elle était sous le coup de la colère, suite à la discussion animée qu'elle avait eue avec A_____. De même, lorsqu'elle est revenue dans l'après-midi pour remettre ses clés, elle était toujours fâchée. Aussi, même si elle a pu repartir en ayant l'attitude de quelqu'un qui a donné son congé, quand bien même, durant quelques heures, elle n'aurait plus voulu se rendre chez son employeur, son départ soudain et la restitution des clés ne peuvent être interprétés comme une manifestation de sa volonté de refuser définitivement de poursuivre l'exécution du travail.

D'autant plus que l'intimée s'est absentée le 1er septembre, pour se rendre au centre de consultation et que, dès le 2 septembre, elle était totalement incapable de travailler, ainsi que l'a attesté sa gynécologue.

Il convient en outre de relever que l'appelante, constatant l'absence de l'intimée, ne lui a adressé aucune mise en demeure, la sommant de reprendre son travail ou de présenter un certificat médical, mais lui a signifié son licenciement avec effet immédiat, moins d'une semaine après son départ.

Enfin, l'intimée a transmis à l'appelante, dès le mardi 7 septembre 2004, le certificat médical attestant son incapacité de travail et lui a offert ses services par la suite.

Au vu de ce qui précède, l'appelante n'a pas prouvé qu'en quittant le café le 1er septembre 2004, l'intimée entendait abandonner définitivement son emploi.

3.3 Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351, consid. 4 ; WYLER, Droit du travail, 2002, pp. 363 s. ; AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 3 ad art. 337 CO, p. 1781 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du

contrat de travail, 3ème éd., n. 1 ad art. 337c CO ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 3 ad art. 337 CO et les références citées). Selon 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. 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 en dépit d'un ou de plusieurs avertissements (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 153, consid. 1 ; ATF 124 III 25, consid. 3).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un tel avertissement n'est rien d'autre qu'une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'article 107 CO, soit une démarche nécessaire, sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur que cette sommation serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO ; ATF du 3 janvier 1995 en la cause 4C.327/1994).

La doctrine s'exprime de façon nuancée sur le nombre, le contenu et la portée des avertissements qui doivent nécessairement précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier un tel licenciement sans avertissement. L'examen des diverses opinions exprimées révèle qu'il n'existe pas de critère absolu dans le domaine considéré, eu égard à la diversité des situations envisageables. Lorsqu'il statue sur l'existence de justes motifs, le juge se prononce à la lumière de toutes les circonstances. La jurisprudence ne saurait donc poser de règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives, dans chaque cas particulier, entre autres circonstances, la nature, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur. Les juridictions cantonales disposent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

L'avertissement préalable doit être déclaré en termes clairs. La personne menacée du licenciement immédiat doit clairement comprendre, à travers l'avertissement, quels risques elle encourt. Il est nécessaire d'indiquer distinctement la sanction à laquelle le destinataire s'expose en cas de persistance du comportement critiqué (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 364 ; SCHNEIDER, La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs, in Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, pp. 56 et 57 ; CAPH du 4 juillet 1995 en la cause VI/402/94).

Pour constituer un juste motif de renvoi avec effet immédiat, le refus de travailler ou les absences injustifiées de courte durée doivent être persistants ou répétés et précédés de vains avertissements comportant la menace claire d'un renvoi immédiat (ATF du 21 octobre 1996, publié in SJ 1997, p. 150 ; ATF 108 II 301, consid. 3b ; CAPH du 12 mai 1993 en la cause II/354/92 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 7 ad art. 337 CO ; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 6 ad art. 337 CO). En revanche, une absence prolongée non justifiée peut à elle seule constituer un juste motif de résiliation (DECURTINS, Die fristlose Entlassung, 1981, p. 19). En tout état, un refus de travailler ou une absence injustifiée ne peuvent fonder une résiliation immédiate que si le travailleur a clairement été mis en demeure de reprendre le travail (ATF 108 II 301 ; CAPH du 26 mars 1996 en la cause VI/370/95).

La répétition d'actes de même nature ou la commission de manquements différents qui, pris isolément, ne suffiraient pas à justifier la rupture du contrat, peuvent constituer de justes motifs de résiliation immédiate lorsqu'elles manifestent un comportement inconciliable avec la continuation des rapports de service (CAPH du 17 octobre 1996 en la cause VI/840/95 ; AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n. 191).

Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC).

Le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs (art. 337 al. 3 CO). 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 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351 ; ATF 116 II 145, consid. 6 ; WYLER, Droit du travail, 2002, pp. 363 s. ; AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 337 CO, p. 1781).

3.4 En l'espèce, au mois de juillet 2004, les parties ont eu une discussion au sujet de la nécessaire amélioration des prestations de travail de l'intimée, lors de laquelle la possibilité d'un licenciement a été évoquée.

Bien qu'il ait été manifeste pour l'intimée que son travail devait donner satisfaction à son employeur faute de quoi il serait mis un terme à leur collaboration, il n'a pas été établi que la menace d'un renvoi immédiat faute d'amélioration ait été formulée clairement à cette occasion.

Aussi, en l'absence d'une telle menace, il incombait à l'appelante de mettre en demeure l'intimée de reprendre son travail, ce qu'elle n'a pas fait.

Par ailleurs, dans la mesure où l'absence de l'intimée était d'une part justifiée, puisque son incapacité de travail a été attestée par sa gynécologue, et d'autre part de courte durée puisqu'il ne s'est écoulé que quelques jours avant qu'elle fasse connaître son état de santé à son employeur, elle ne saurait constituer un manquement d'une gravité telle qu'il soit inconciliable avec la continuation des rapports de service justifiant la rupture immédiate du contrat de travail.

Par conséquent, le licenciement avec effet immédiat de l'intimée est injustifié.

4. **4.1** Aux termes de l'article 336*c* al. 1 et 2 CO, l'employeur ne peut pas mettre fin au contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaine qui suivent l'accouchement (lit. c), sous peine de nullité de la résiliation. Cependant, le licenciement avec effet immédiat, même injustifié, met fin en

fait et en droit au contrat et cela également durant une période de protection au sens de l'article 336c CO. Contrairement à ce que prévoit l'article 336c al. 2 CO, un tel congé n'est pas nul mais sa sanction est assurée par le biais de l'article 337c CO. Le travailleur a droit à une indemnité qui se calcule en fonction du moment auquel le contrat aurait normalement pu être dissous après la période de protection. Si le licenciement est injustifié, on inclut donc dans l'indemnité due selon l'article 337c al. 1er CO non seulement le salaire que le travailleur aurait gagné durant le délai de congé, mais aussi celui que l'employeur aurait versé pendant la période de protection de l'article 336c CO (CAPH du 8 mars 1996 en la cause II/877/93 ; HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, pp. 129 ss et p. 156 ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 2 ad art. 336c CO et n. 4 ad art. 337 CO ; WEBER, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, thèse, Lausanne 1992, pp. 57 et 59 ; note d'AUBERT in SJ 1989, p. 682). Le contrat prenant fin en fait et en droit au moment de la résiliation avec effet immédiat, le travailleur est dispensé d'offrir ses services à la fin de la période de protection ultérieure (ATF du 22 février 1996 en la cause 4C.271/1995).

Selon l'article 6 CCNT 98, après le temps d'essai, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois de la première à la cinquième année de travail, de deux mois à partir de la sixième année de travail.

Aux termes de l'article 22 al. 1er CCNT 98, si le collaborateur est empêché de travailler sans qu'il y ait faute de sa part, suite à une maladie, un accident, une grossesse et maternité ou un service militaire, il y a lieu d'appliquer les dispositions des art. 23 ss CCNT 98.

Selon l'article 24 al. 1er CCNT 98, si l'employée est déclarée médicalement inapte au travail pendant sa grossesse, les prestations sont fournies en vertu de l'art. 23 CCNT 98, selon lequel l'employeur est tenu de souscrire une assurance indemnité journalière au bénéfice du collaborateur pour la couverture du 80% du salaire brut pendant 720 jours dans un intervalle de

900 jours consécutifs (180 jours pour les retraités AVS). Pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année de travail, l'employeur doit verser 88% du salaire brut. Ces prestations sont à fournir, même si les rapports de travail sont résiliés avant la fin de la maladie (al. 1). L'employeur qui conclut une assurance indemnité journalière insuffisante doit fournir lui-même les prestations prescrites dans le présent article (al. 4).

4.2 En l'espèce, l'intimée a été licenciée alors qu'elle était enceinte, soit pendant une période de protection. Elle a donc droit à une indemnité correspondant à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Le délai de protection courait jusqu'au 31 août 2005, soit seize semaines après le 8 avril 2005, date prévue pour l'accouchement, plus un mois pour la fin d'un mois, correspondant au délai de congé.

Toutefois, l'intimée n'ayant réclamé son salaire que jusqu'au 28 février 2005, les indemnités auxquelles elle a droit pour la période postérieure ne seront pas examinées.

La capacité de travail de l'intimée était nulle durant onze jours, du 2 au 12 septembre 2004 et à 50% durant quatorze jours, du 13 au 26 septembre 2004. Ses indemnités journalières pour maladie s'élevaient ainsi à fr. 884.40 (1'675 x 88 % / 30 x 11 + 1'675 x 88 % x 50 % / 30 x 14). Du 13 au 26 septembre, son droit au salaire était de fr. 390.80 (1'675 x 50 % / 30 x 14). Du 27 septembre 2004 au 28 février 2005, ayant retrouvé sa pleine capacité de travail, son droit au salaire s'élevait à fr. 8'598.35 (1'675 / 30 x 4 + 1'675 x 5), soit un total brut de fr. 9'873.55.

5. **5.1** En vertu de l'article 12 al. 1er CCNT 98, le collaborateur a droit à un treizième salaire de 50 % du salaire mensuel brut dès le septième mois de travail et de 75 % dès la deuxième année de travail. Le droit au treizième salaire n'est acquis qu'après le sixième mois de travail. Dès le septième mois ou pour une année de travail incomplète, le collaborateur a droit au treizième salaire pro rata temporis (al. 2).

Un droit au treizième salaire existe aussi en cas de maladie, accident, grossesse/maternité et service militaire. Il est couvert par les assurances indemnités journalières. L'employeur doit faire valoir le droit auprès de l'assurance indemnité journalière (Commentaire de la CCNT 98, état 1er janvier 2002, ad art. 12).

5.2 En l'espèce, la demanderesse était dans son septième mois de travail lors de son licenciement. Elle a donc droit à un treizième salaire de 50% de son salaire mensuel brut, pro rata temporis, durant la période pour laquelle elle fait valoir ses prétentions.

Le treizième salaire dû pour la période de septembre 2004 à février 2005 s'élève donc à fr. 411.40 brut (9'873.55 / 12 x 50%).

6. **6.1** Aux termes de l'art. 17 CCNT 98, le collaborateur a droit à cinq semaines de vacances par année (35 jours civils par année, 2,92 jours civils par mois). II peut être convenu par écrit de 4 semaines de vacances par année (28 jours civils par année, 2,33 jours civils par mois). Un tel accord n'est valable que si la durée moyenne de la semaine de travail, en vertu de l'art. 15, ch. 1 à 3, a aussi été fixée par écrit à 41 respectivement 44 heures hebdomadaires au maximum (al. 1). Lorsque l'année de travail est incomplète, les vacances sont calculées au prorata de la durée du travail (al. 2).

Selon l'article 17 al. 5 CCNT 98, à la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de 1/30 du salaire mensuel brut.

6.2 En l'espèce, l'appelante avait droit à 5 semaines de vacances par année. Pour la période allant du 1er mars 2004 au 28 février 2005, soit douze mois, elle avait droit à trente-cinq jours de vacances. Les parties admettent que, durant cette période, l'appelante a bénéficié de vingt-trois jours de vacances. Elle a donc droit à l'indemnisation de douze jours de vacances non prises en

nature soit fr. 670.- brut (fr. 1'675 / 30 x 12).

L'intimée a ainsi droit à une indemnité de fr. 10'954.95 brut (9'873.55 + 411.40 + 670).

Toutefois, dans la mesure où le Tribunal n'a condamné l'appelante qu'au paiement de fr. 10'838.65 et que l'intimée n'a pas formé appel du jugement déféré, en vertu du principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, ledit jugement sera intégralement confirmé.

7. Aux termes de l'article 60 al. 1er LJP, un émolument de mise au rôle n'est dû que si le montant litigieux devant la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes dépasse fr. 30'000.–.

A l'exception du cas du plaideur téméraire, la procédure prud'homale ne prévoit pas le versement de dépens comprenant une participation aux frais d'avocat d'une des parties. Ce postulat découle du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, la représentation par avocat demeurant exceptionnelle (art. 12 et 13 LJP ; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Les droits des parties sont en effet réputés suffisamment sauvegardés par la maxime d'office (art. 29 LJP et 343 al. 4 CO). Une partie souhaitant l'assistance d'un avocat est donc censée, à teneur du droit actuel, prendre les frais en découlant à sa charge (note d'AUBERT *in* SJ 1987, p. 574).

Compte tenu de la valeur litigieuse en l'espèce, la procédure reste gratuite. En outre, les parties n'ayant pas plaidé de manière téméraire, elles ne seront pas condamnées au versement de dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2,

A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par E_____SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 août 2005 rendu en la cause C/23794/2004-2 ;

Au fond :

- confirme ledit jugement ;

- déboute les parties de toute autre conclusion ;

La greffière de juridiction Le président