



E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Daniel PERREN  
Rue des Cordiers 14  
1207 Genève

Madame T \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
12 \_\_\_\_\_

**Partie appelante**

**Partie intimée**

Caisse de chômage \_\_\_\_\_  
Boulevard James-Fazy 18  
Case postale 1299  
1211 Genève 1

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 14 juillet 2006

M. Daniel DEVAUD, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et Victor TODESCHI, juges salariés

M. Maximilien LUCKER, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 17 juin 2005, E\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 12 mai 2005 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 17 mai 2005.

Le dispositif de ce jugement est le suivant :

- condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 34'510.70 (trente-quatre mille cinq cent dix francs et septante centimes), plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 20 décembre 2004, sous déduction de fr. 13'435.35 (treize mille quatre cent trente-cinq francs et trente-cinq centimes) net plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 novembre 2004 ;
- condamne E\_\_\_\_\_ à payer à la CAISSE DE CHÔMAGE Z\_\_\_\_\_ la somme nette de fr. 13'435.35 (treize mille quatre cent trente-cinq francs et trente-cinq centimes) net plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 novembre 2004 ;
- ordonne à E\_\_\_\_\_ d'établir un certificat de travail détaillé portant sur la nature et la durée des rapports de travail de T\_\_\_\_\_ au sein de l'entreprise ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite, et de lui faire parvenir ledit certificat dans les dix jours suivant la réception du présent jugement;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

E\_\_\_\_\_ conclut à l'annulation du jugement et au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) E\_\_\_\_\_ est une société anonyme dont le siège est à

Genève et dont le but social est l'exploitation en Suisse de boutiques d'articles de mode à l'enseigne « E\_\_\_\_\_ ».

Par contrat écrit du 18 septembre 2002, T\_\_\_\_\_ a été engagée à compter du 7 septembre 2002 par E\_\_\_\_\_ en qualité de caissière à la boutique E\_\_\_\_\_ sise 60, rue \_\_\_\_\_.

Son dernier salaire s'est élevé à fr. 5'040.- brut par mois, versé treize fois l'an.

b) Dans le courant de l'année 2003, T\_\_\_\_\_ est tombée enceinte. Son gynécologue a attesté une incapacité de travail à 100% du 8 décembre 2003 au 10 avril 2004.

Le 21 janvier 2004, T\_\_\_\_\_ a consulté la Doctoresse A\_\_\_\_\_, psychiatre, pour un état dépressif majeur. Il ne ressort pas de l'attestation de ce psychiatre que, dès cette date, cet état dépressif aurait justifié une incapacité de travail.

T\_\_\_\_\_ a accouché le 15 avril 2004.

c) Par lettre du 19 avril 2004, la B\_\_\_\_\_ASSURANCES a indiqué à E\_\_\_\_\_SA ce qui suit :

**« Police 9.105.094 - Assurance maladie collective**

**Dossier 60.03.51212-3 du 29.09.03 – T\_\_\_\_\_**

...

*En date du 15 octobre 2003, nous accusions réception de votre déclaration de maladie pour votre collaboratrice et vous en remercions.*

*Par la présente, nous vous informons que sur la base des documents médicaux et des informations du Docteur C\_\_\_\_\_, le droit aux prestations d'assurance n'est pas accordé.*

*Pour de plus amples informations, sur notre position de refus, nous vous*

*invitons à vous adresser à votre employée.*

... ».

d) Suite à son accouchement, le 17 avril 2004, T\_\_\_\_\_ a subi une intervention chirurgicale en urgence à la suite d'un déchirement de la ligne blanche et d'une nécrose intestinale. Cette opération lui a occasionné d'importantes douleurs pendant une quinzaine de jours et l'a empêchée de porter sa fille pendant deux mois.

Quelques jours après son rétablissement, le 27 juin 2004, T\_\_\_\_\_ a été victime d'une crise de prolapsus hémorroïdal, consécutif à une longue période de constipation ce qui a justifié une nouvelle intervention chirurgicale exécutée par le Docteur D\_\_\_\_\_ et une hospitalisation d'une dizaine de jours.

Selon ce praticien, cette nouvelle intervention n'était pas en relation directe avec la grossesse. Pour cette nouvelle affection, le Docteur D\_\_\_\_\_ a considéré que T\_\_\_\_\_ était en incapacité de travailler du 27 juin au 12 septembre 2004.

e) Le 15 juillet 2004, T\_\_\_\_\_ s'est rendue à la boutique E\_\_\_\_\_. Elle s'y est entretenue avec F\_\_\_\_\_, sa directrice. La teneur des propos échangés fait l'objet de divergences entre les parties.

Du 24 juillet au 13 août 2004, T\_\_\_\_\_ a séjourné chez ses parents en France aux fins de convalescence.

Elle ne s'est pas présentée sur son lieu de travail le 6 août 2004, date de la fin de son congé de maternité.

Le 12 août 2004, elle a téléphoné à la boutique E\_\_\_\_\_. Les motifs et termes de son appel, qui a duré quelque onze minutes, font également l'objet de divergences entre les parties.

f) Par pli recommandé du 6 août 2004, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ de ce que, son congé-maternité étant arrivé à échéance, elle

devait se rendre immédiatement sur son lieu de travail, à défaut de quoi son licenciement immédiat pour justes motifs lui serait signifié.

Par pli recommandé du 10 août 2004, E\_\_\_\_\_ a donné acte à T\_\_\_\_\_ de la résiliation de son contrat de travail avec effet immédiat, au motif qu'elle ne s'était pas présentée à son poste les 7 et 9 août 2004. Son salaire lui a été payé jusqu'au 5 août 2004, dont fr. 1'189.25 brut pour la période du 1<sup>er</sup> au 5 août 2004.

g) En date du 24 août 2004, la Doctoresse A\_\_\_\_\_, psychiatre, a établi un certificat médical certifiant que T\_\_\_\_\_ était totalement incapable de reprendre le travail le 6 août 2004.

Par la suite, ce médecin a établi plusieurs certificats médicaux successifs desquels il ressort que T\_\_\_\_\_ était incapable de travailler à 100% du 1<sup>er</sup> septembre au 15 octobre et à 50% du 16 octobre au 30 novembre 2004.

h) Par courrier du 20 septembre 2004, T\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire du syndicat \_\_\_\_\_, a exposé à E\_\_\_\_\_ qu'elle avait cru de bonne foi que son congé-maternité arrivait à échéance le 15 août 2004, date qu'elle avait mentionnée à plusieurs reprises à sa supérieure sans que celle-ci ne la détrompe.

Elle a également expliqué n'avoir pris connaissance des courriers des 6 et 10 août 2004 qu'à son retour en Suisse, le 13 août 2004.

Elle a demandé le versement de son salaire dès le 6 août 2004, ainsi que pour toute la durée du délai de congé usuel selon la législation en vigueur, de même que le solde des vacances et le treizième salaire *pro rata temporis* du début de l'année 2004 jusqu'à la fin des rapports de travail.

i) Par réponse du 11 octobre 2004, E\_\_\_\_\_ a réaffirmé le bien-fondé du congé avec effet immédiat, niant notamment le fait que T\_\_\_\_\_ ait informé qui de droit en temps voulu de son incapacité de reprendre son travail pour raisons de santé.

j) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 20 décembre 2004, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de fr. 34'510.70 brut, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès la date du dépôt de la demande, à titre de salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé, ainsi que de fr. 10'080.- net, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès la date du dépôt de la demande, à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

Elle a également conclu à l'établissement et à la délivrance d'un certificat de travail.

Elle a fait valoir que, lors de son passage à la boutique le 15 juillet 2004, puis à l'occasion de l'appel téléphonique du 12 août 2004, elle avait averti F\_\_\_\_\_ de son incapacité de reprendre le travail le 15 août suivant, date qu'elle considérait faussement comme l'échéance de son congé-maternité ; qu'elle avait calculé en mois et non en semaines, cette erreur ne lui ayant jamais été signalée par sa supérieure ; qu'étant en convalescence chez ses parents en France jusqu'au 12 août 2004, elle n'avait pris connaissance que tardivement des courriers de son employeur des 6 et 10 août 2004 ; qu'elle n'avait pas transmis les certificats attestant de son incapacité de travail à son employeur, du fait que cette incapacité coïncidait avec son congé-maternité.

Elle a nié avoir commis un abandon de poste en ne reprenant pas son travail le 6 août 2004, dans la mesure où E\_\_\_\_\_ connaissait la méprise dans laquelle elle se trouvait quant à sa date de reprise.

Elle a exposé que le licenciement immédiat qui lui avait été signifié ne se fondait pas sur de justes motifs, raison pour laquelle elle sollicitait le paiement de son salaire jusqu'à la fin du délai de congé légal, ainsi qu'une indemnité.

k) En réponse, E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de T\_\_\_\_\_ de l'ensemble de ses conclusions.

Elle a affirmé que T\_\_\_\_\_ ne s'était pas présentée sur son lieu de travail le 6 août 2004, date à laquelle son congé-maternité arrivait à échéance, et

ce sans en informer son employeur ; que T\_\_\_\_\_ n'avait donné aucune suite au courrier de mise en demeure du 6 août 2004, raison pour laquelle son licenciement avec effet immédiat lui avait été signifié par pli du 10 août 2004 ; que T\_\_\_\_\_ ne lui ayant jamais adressé de certificat médical ni fait part des complications consécutives à son accouchement pas davantage que de l'évolution de son état de santé, elle n'avait pas été à même de deviner que l'employée était en incapacité de travail pour maladie à la date à laquelle elle aurait dû réintégrer son poste.

Elle a déclaré ignorer la personne avec laquelle T\_\_\_\_\_ s'était entretenue lors de son appel téléphonique à la boutique du 12 août 2004, mais qu'il ne s'agissait pas de F\_\_\_\_\_, laquelle n'avait plus eu aucun contact avec T\_\_\_\_\_ depuis le bref entretien du 15 juillet 2004 à la boutique.

Elle a enfin soutenu que T\_\_\_\_\_ n'avait jamais tenté de joindre son employeur pour tenter de s'expliquer sur son absence injustifiée.

1) Par lettres des 20 décembre 2004, 10 janvier et 23 février 2005, la CAISSE DE CHÔMAGE Z\_\_\_\_\_ a déclaré intervenir aux côtés de T\_\_\_\_\_ à l'encontre de E\_\_\_\_\_ pour un montant de fr. 13'435.35 net, qu'elle avait versé à T\_\_\_\_\_ au titre des indemnités de chômage du 24 août 2004 au 31 janvier 2005.

Lors des enquêtes, T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir touché 100% de son salaire d'octobre 2003 au 15 avril 2004, date de son accouchement.

Elle a fait valoir que le 15 août 2004, elle se trouvait encore en arrêt de travail, certificat médical à l'appui ; que lors de son entretien téléphonique du 12 août 2004, elle avait eu F\_\_\_\_\_ pour interlocutrice, laquelle ne lui avait pas signalé qu'elle était renvoyée ou sur le point de l'être ; que s'étant sentie trahie par celle-ci, elle n'avait pas cherché à la contacter après avoir reçu sa lettre de licenciement, et qu'elle avait préféré s'adresser directement au syndicat \_\_\_\_\_.

E\_\_\_\_\_, pour sa part a affirmé que la décision de licencier T\_\_\_\_\_ avait été prise de longue date, du fait de ses fréquentes

absences avant même son congé-maternité et d'un mensonge découvert dans son *curriculum vitae*; que le fait que T\_\_\_\_\_ ne se soit pas présentée à son poste de travail avait été l'occasion de mettre cette décision en œuvre ; qu'ayant reçu tardivement les certificats médicaux demandés, soit après l'audience de conciliation, elle les avait transmis à l'assurance, qui l'avait informée en février 2005 de ce que T\_\_\_\_\_ avait commis une fraude à l'assurance, ce qui constituait un motif de licenciement avec effet immédiat ; qu'elle avait payé à T\_\_\_\_\_ des salaires que l'assurance refusait de rembourser; qu'elle n'avait pas signifié à T\_\_\_\_\_ sa date de reprise, partant du principe que celle-ci la connaissait.

T\_\_\_\_\_ a expliqué qu'elle avait fait établir de faux certificats médicaux au mois d'octobre 2003, durant quelque trois semaines et demie, et qu'elle avait commencé à rembourser sa dette à l'assurance, soit fr. 8'000.- ; que c'était toujours son employeur qui lui avait versé son salaire ; qu'elle avait communiqué son changement d'adresse, intervenu le 1<sup>er</sup> juin 2004, à son employeur ; qu'elle s'était rendue à la boutique E\_\_\_\_\_ le 15 juillet 2004, après sa troisième intervention chirurgicale, afin de parler de son état de santé avec F\_\_\_\_\_, et qu'à l'époque tous les employés de la boutique, soit une douzaine de personnes, étaient au fait de ses problèmes de santé.

Six témoins ont été entendus par les premiers juges :

- G\_\_\_\_\_, vendeuse à la boutique E\_\_\_\_\_, a affirmé que tout le personnel de celle-ci savait que T\_\_\_\_\_ était malade ; elle a aussi indiqué qu'elle n'avait pas parlé avec T\_\_\_\_\_ de sa date de reprise du travail.
- H\_\_\_\_\_, vendeuse à la boutique E\_\_\_\_\_, a déclaré savoir que T\_\_\_\_\_ avait eu des problèmes de santé consécutifs à son accouchement et s'être rendue avec elle à la boutique le 15 juillet 2004 ; elle a ajouté que T\_\_\_\_\_ lui avait alors indiqué qu'elle y allait pour informer la direction du retard dans sa reprise du travail, du fait de l'imminence d'une nouvelle opération ; selon H\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ avait eu un bref entretien avec F\_\_\_\_\_ dans le

bureau de celle-ci, et qu'elles avaient parlé de la reprise du travail de T\_\_\_\_\_, sans toutefois qu'elle ait entendu mentionner une date ; H\_\_\_\_\_ n'a pas discuté avec T\_\_\_\_\_ une date de reprise, mais qu'il lui était apparu évident, au vu de l'état de santé de celle-ci et de la nécessité de subir une nouvelle opération, qu'elle ne reprendrait pas son travail au mois d'août ; selon H\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ avait montré sa cicatrice sur le ventre à sa directrice.

- F\_\_\_\_\_ a déclaré qu'avant sa grossesse, T\_\_\_\_\_ avait été absente septante-cinq jours en 2003, dont quinze sans certificat médical, ainsi que cent cinquante jours en 2004 ; qu'ayant eu de nombreux entretiens avec T\_\_\_\_\_ à ce sujet, celle-ci avait systématiquement recours à des prétextes ; selon elle, T\_\_\_\_\_ l'avait appelée à la fin de l'année 2003, puis qu'elle n'avait plus donné de nouvelles jusqu'à l'été 2004, où elle s'était rendue à la boutique E\_\_\_\_\_ pour acheter un sac ; F\_\_\_\_\_ ne se souvenait pas si T\_\_\_\_\_ avaient évoqué avec elle la date de reprise du travail; toujours selon elle, T\_\_\_\_\_ lui avait parlé au téléphone, en été 2004, à une date dont l'assistante informatique lui avait rappelé que c'était le 12 août ; que T\_\_\_\_\_ ne s'était pas inquiétée de son travail lors de son absence et n'avait pas pris de nouvelle quant à sa date de reprise ; qu'elle ne lui avait pas communiqué son changement d'adresse ; que, ne l'ayant pas vue revenir le 6 août 2004, elle en avait informé la direction de E\_\_\_\_\_ ; qu'elle savait que T\_\_\_\_\_ avait été licenciée par courrier ; que si celle-ci lui avait indiqué qu'elle devait repousser sa date de reprise du travail pour raisons de santé, elle en aurait référé à la direction ; que, de même, si T\_\_\_\_\_ l'avait informée de ce qu'elle croyait sa reprise prévue pour le 15 août 2004, elle en aurait conclu qu'il y avait un malentendu. Enfin, elle a affirmé que la direction de E\_\_\_\_\_ savait que T\_\_\_\_\_ avait accouché le 15 avril 2004, et que la décision de la licencier avait été prise le jour où elle ne s'était pas présentée à son poste de travail ; qu'à défaut, elle aurait conservé son emploi.
- I\_\_\_\_\_, comptable et assistante aux ressources humaines chez Y\_\_\_\_\_, a déclaré avoir traité du cas de T\_\_\_\_\_ dans le cadre de

son travail ; qu'il ne rentrait toutefois ni dans ses attributions, ni dans celles de sa supérieure, de signaler aux membres du personnel la fin d'éventuels congés-maladie ou maternité ; qu'il lui semblait avoir établi un décompte définitif de salaire pour T\_\_\_\_\_ jusqu'au 5 août 2004, le treizième salaire devant logiquement y être inclus *pro rata temporis*.

- J\_\_\_\_\_, expert ès fraudes à la B\_\_\_\_\_ASSURANCES, a déclaré avoir découvert que deux certificats médicaux fournis par T\_\_\_\_\_ étaient des faux, respectivement pour les périodes du 14 octobre 2003 au 4 novembre 2003 et de cette dernière date au 6 décembre 2003; que l'article 40 de la Loi sur le contrat d'assurance autorise l'assureur, dans un tel cas, à se départir du contrat et à refuser de verser toute indemnité; qu'en temps normal, la B\_\_\_\_\_ASSURANCES aurait dû écrire à l'employeur pour lui signifier un refus d'intervenir, mais que, sur insistance de T\_\_\_\_\_, un accord avait été trouvé avec celle-ci, aux termes duquel elle reconnaissait ses agissements et sa dette à l'égard de l'assureur, à concurrence de fr. 8'000.- ; qu'il avait écrit à E\_\_\_\_\_ le 19 avril 2004 pour signifier le refus de prise en charge de T\_\_\_\_\_ sans en mentionner les motifs exacts, celle-ci ayant instamment prié l'assureur de ne pas informer son employeur quant à la fraude commise.
- K\_\_\_\_\_, assistante administrative chez E\_\_\_\_\_, a déclaré que le personnel de la boutique E\_\_\_\_\_ savait que T\_\_\_\_\_ avait eu des problèmes de santé suite à son accouchement ; qu'elle avait parlé à T\_\_\_\_\_ au téléphone au mois d'août 2004, laquelle lui avait dit sortir de chez le médecin et ne pas pouvoir reprendre son travail à temps ; qu'elle lui avait passé F\_\_\_\_\_, mais n'avait pas entendu la conversation.

Enfin, E\_\_\_\_\_ a admis devoir le treizième salaire *prorata temporis* à T\_\_\_\_\_.

- C. L'appelante conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 12 mai 2005 et au déboulement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions. L'appelante soutient d'abord que l'intimée devait savoir que son congé maternité prenait fin le 5 août 2004 et, par voie de conséquence, devait reprendre son travail le 6 août. Selon elle, il ne lui appartenait pas de lui rappeler la date de reprise de son travail. L'appelante considère que dans la mesure où l'intimée ne se présentait pas le 6 août 2004 à son travail et où elle avait déjà dans le passé démontré les libertés qu'elle prenait à l'égard de ses obligations, il était légitime qu'elle lui enjoigne, le même jour, de reprendre immédiatement son poste.

L'appelante reproche aussi à l'intimée de ne pas l'avoir informée de ce qu'elle ne pourrait pas reprendre son travail le 6 août 2004. Selon l'appelante, une telle négligence créait l'apparence d'un refus de reprendre son poste de travail ce qui justifiait qu'elle prononce le congé avec effet immédiat en absence de réaction de l'intimée à son courrier recommandé du 6 août 2004. Toujours selon l'appelante, elle aurait réagi différemment si T\_\_\_\_\_ lui avait donné des informations pertinentes en temps utile.

L'appelante reproche encore à l'intimée un comportement frauduleux aux mois d'octobre et novembre 2003, ce qui constituerait selon elle un motif supplémentaire de licenciement immédiat pour justes motifs.

Sur un autre plan, l'appelante soutient que les premiers juges se sont trompés dans la computation du délai de protection de l'art. 336c CO. Selon l'appelante, il n'y a pas eu un nouveau délai de protection qui a commencé à courir le 6 août 2004 dans la mesure où les difficultés médicales de l'intimée apparaissent liées à sa grossesse et doivent, par là, être considérées comme le seul et unique cas de maladie.

En dernier lieu, l'appelante soutient qu'elle est en droit de compenser les montants dus au titre de salaire jusqu'au 31 janvier 2005 avec les salaires versés pour la période du 14 octobre 2003 au 15 avril 2004 au motif que la B\_\_\_\_\_ASSURANCES ne lui aurait pas remboursé les salaires pendant cette période.

- D. L'intimé a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement du 10 juin 2005.
- E. Par ordonnance préparatoire du 1<sup>er</sup> novembre 2005, la Cour a ordonné une expertise médicale visant à répondre aux quatre questions suivantes :
- a) décrire précisément l'état de santé de T\_\_\_\_\_ au cours de la période du 8 décembre 2003 au 30 novembre 2004 ;
  - b) dire si les différentes atteintes ayant entraîné son incapacité de travail appartiennent à la même affection ou s'il s'agit d'affections successives sans rapport direct les unes avec les autres.
  - c) indiquer précisément la nature et l'étendue des éventuels liens entre ces différentes atteintes.
  - d) faire toutes autres constatations utiles.

Dans son rapport du 21 février 2006, le Docteur L\_\_\_\_\_, psychiatre, a expliqué que les différentes atteintes somatiques dont a souffert T\_\_\_\_\_ relèvent d'affections différentes : problèmes médicaux liés à la grossesse difficile, rupture de la ligne blanche et nécrose intestinale dans les suites de l'accouchement et prolapsus hémorroïdaire.

Il explique aussi que T\_\_\_\_\_ a en outre connu des difficultés psychiques. En octobre d'abord lorsqu'elle a découvert que son compagnon avait une liaison, ce qui l'a conduit à consulter la Doctoresse A\_\_\_\_\_ en janvier 2004.

Pour l'expert, l'intervention de chirurgie abdominale du mois d'avril 2004 et ses suites douloureuses ont aggravé l'état psychique précaire de T\_\_\_\_\_. Selon l'expert, les autres difficultés survenues en juin 2004 imposant une intervention chirurgicale urgente et le licenciement en août 2004 ont contribué à différer la résolution de la dépression

- F. La Cour a encore procédé à une comparution personnelle des parties et à des enquêtes.

- G. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel est recevable.
2. L'appelante soutient d'abord que l'intimée a abandonné son emploi en ne se présentant pas à sa place de travail le 6 août 2004 ce qui justifiait le congé immédiat notifié le 10 août 2004.

**2.1** Il y a abandon d'emploi, en vertu de l'art. 337 d CO, lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans juste motif. 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 (Praxis 201, 655 consid. 2 b / aa ; ATF 112 II 41 consid. 2). Il faut qu'il apparaisse clairement que la décision du travailleur est définitive; si l'employeur peut raisonnablement avoir un doute sur cette intention définitive, il doit adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail (Rehbinder, Commentaire bernois, n° 1 ad. art. 337 d ; Vischer / Staehelin, Commentaire zurichois, n° 5 ad. art. 337 b).

Il appartient à l'employeur de prouver la volonté du travailleur d'abandonner définitivement son emploi, par exemple par une lettre de mise en demeure restée sans réponse (Rehbinder, loc. cit., n° 1 ad. art. 337 d). Il a été jugé que l'absence d'un travailleur durant un à trois jours suite à un mouvement d'humeur ou une altercation avec son employeur ne constituait pas un abandon d'emploi dès lors que l'employé avait offert ses services par la suite (JAR 1991 p. 262 ; CAPH du 7 juillet 1994 rendu dans la cause 3/1500/1993).

Les circonstances invoquées à l'appui d'une résiliation immédiate du contrat de travail doivent être objectivement de nature à ruiner le rapport de confiance qui est une base essentielle du contrat de travail, à un point tel qu'on ne saurait exiger de la partie qui résilie la continuation du rapport de travail jusqu'à l'échéance

ordinaire d'un contrat de durée déterminée ou jusqu'au plus prochain terme de congé ordinaire pour un contrat de durée indéterminée (ATF 116 II 145 = JdT 1990 I 581 ; 112 II 50).

**2.3** En l'occurrence, il est établi que l'appelante a adressé à l'intimée une lettre de mise en demeure le 6 août 2004. Puis, en absence de réponse de cette dernière à cette mise en demeure, l'appelante lui a signifié un congé immédiat le 10 août 2004.

L'intimée explique qu'elle croyait que son congé maternité prenait fin le 15 août 2004, soit quatre mois après la date de son accouchement. Pour cette raison, elle a séjourné chez ses parents en France jusqu'au 13 août 2004, date à laquelle elle a pris connaissance et de la lettre de mise en demeure et de la lettre de licenciement immédiat. S'agissant de son erreur sur la date de fin du congé maternité, l'intimée a expliqué qu'elle avait non seulement rencontré sa supérieure hiérarchique à la boutique le 15 juillet 2004 mais encore eu une longue conversation téléphonique avec elle le 12 août 2004 sans que celle-ci n'évoque la date de la fin du congé maternité ni, lors de l'entretien téléphonique du 12 août 2004, la mise en demeure et le licenciement.

Pour les premiers juges, l'intimée se trouvait en incapacité de travail le 6 août 2004, date à laquelle elle aurait dû reprendre son poste suite à l'échéance de congé maternité.

Les premiers juges ont considéré avec raison qu'il était peu vraisemblable que l'état de santé et la date de reprise du travail n'aient pas été abordés à l'occasion des deux entretiens que l'appelante a eu avec F\_\_\_\_\_ les 15 juillet et 12 août 2004, étant par ailleurs rappelé que, dans un premier temps, l'appelante avait contesté l'existence d'une conversation téléphonique entre F\_\_\_\_\_ et l'intimée le 12 août 2004.

Dans ces circonstances, et comme l'ont également correctement appréciés les premiers juges, l'intimée ne saurait prétendre qu'elle ignorait que l'état de santé de l'intimée ne lui permettait pas de réintégrer son poste le 6 août 2004. A ce sujet, une des collègues de travail de l'intimée a indiqué qu'il lui était apparu

évident le 15 juillet 2004, lors de la visite de cette dernière au magasin, qu'elle ne serait pas en état de reprendre son travail au mois d'août 2004.

S'agissant au surplus de la date de la reprise du travail après l'accouchement, la Cour retiendra au surplus, avec le Tribunal, que l'intimée était dans l'erreur. Pour la Cour enfin, il ne saurait être déduit de cette erreur une volonté d'abandonner son poste de travail qui justifie un licenciement immédiat au sens 337d CO.

Il en découle que c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que l'intimée n'avait pas unilatéralement abandonné son poste sans motif justificatif.

La décision du Tribunal de prud'hommes sera confirmée sur ce point.

3. L'appelante soutient encore qu'indépendamment de l'abandon de poste, elle a un motif de licenciement immédiat dès lors que l'intimée a produit de faux certificat médical pour justifier ses absences du 14 octobre au 6 décembre 2003.

**3.1** Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). 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).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806 ; ATF 116 II 142 c. 5c ; ATF 112 II 41 c. 3a ; ATF 108 II 444 c. 2).

Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail

(ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a) ; (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « ultima ratio » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92).

Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149 ; ATF 117 II 72 c. 3). Le comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF 111 II 245 c. 3 ; ATF 104 II 28 c. 1).

**3.2** Lorsque le manquement est moins grave, il peut néanmoins donner lieu à une résiliation immédiate du contrat de travail lorsque le comportement est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur, constituant une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'art. 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 non publié du 3.1.95 N. c/ S. cause n° 4C.327/94). 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 (Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs, Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 56-57; CAPH du 4.7.95 en la cause no VI/402/94).

Ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que le comportement

imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 127 III 153, consid. 1 c).

**3.3** La partie qui entend se prévaloir de justes motifs doit le faire en principe sans délai, par quoi il faut entendre une manifestation de volonté intervenant après un bref temps de réflexion ; une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen (ATF n.p. du 12.12.96, cause 4C.419/1995 ; SJ 1987 p. 559 et réf. citées). La durée dépend des circonstances, mais un délai de un à trois jours est généralement considéré comme admissible, week-ends et jours fériés non compris (ATF n.p. du 13.1.97, cause n° 4C.323/1996; ATF du 2.8.93 publié in SJ 1995 p. 806; CAPH du 10.8.93, cause n° VI/39/92; ATF 93 II 19). Le fardeau de la preuve que la résiliation est intervenue à temps incombe à la partie qui résilie (article 8 CC; ATF n.p. du 12.12.96, cause n° 4C.419/1995).

**3.4** Un motif, se fondant sur un fait préexistant au congé, ne peut être invoqué postérieurement au licenciement que s'il reste en étroite corrélation avec le motif déjà invoqué ou s'il formait un tout avec ce dernier (ATF du 15.7.92 publié in SJ 1993 p. 368; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105 qui laisse toutefois la question indécise).

La jurisprudence exige, pour justifier un licenciement immédiat, que les faits allégués aient effectivement entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Toutefois, sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut avancer, à l'appui d'un licenciement immédiat, une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. En effet, l'obligation de motiver la résiliation immédiate n'impose pas qu'il soit fait abstraction d'un tel motif. Dès l'instant où l'art. 337 CO prescrit au juge de tenir compte des règles de la bonne foi, ce serait méconnaître cette disposition que d'ignorer l'existence d'un semblable motif. Toutefois, c'est uniquement à titre exceptionnel que des circonstances antérieures à la résiliation immédiate, alors ignorées de la partie qui a donné le congé, pourront amener un tribunal à considérer, sur la base des motifs déjà allégués, que celle-ci, en s'en prévalant ultérieurement, a rapporté la preuve de la

destruction du rapport de confiance entre les parties au contrat. BGE 124 III 25 p. 30

**3.5** En l'occurrence, l'appelante a invoqué la fraude à l'assurance dont se serait rendu coupable l'intimée pour la première fois lors de l'audience de comparution personnelle devant le Tribunal de prud'hommes le 23 mars 2005. Elle explique cette situation par le fait qu'elle n'aurait eu connaissance de cette fraude qu'en février 2005.

Le représentant de la B\_\_\_\_\_ASSURANCES a expliqué aux premiers juges que l'intimée avait fourni deux faux certificats médicaux pour la période s'étalant du 14 octobre 2003 au 6 décembre 2003. Le représentant de cette assurance a également expliqué que la loi aurait autorisé l'assurance dans un cas de ce genre à se départir du contrat et refuser toute indemnité. Toutefois, à la demande de l'intimée, l'assurance avait accepté, de renoncer à dénoncer les agissements de celle-ci à l'appelante, à la condition qu'elle s'engage à rembourser un montant de 8'000 fr., correspondant au montant versé à l'appelante, et qu'elle reconnaisse ses agissements.

Sur un autre plan, il ressort déjà explicitement d'un courrier du 19 avril 2004 adressé à l'appelante que la B\_\_\_\_\_ASSURANCES refusait le droit aux prestations d'assurance en référence à la déclaration de maladie d'octobre 2003. Dans ce courrier, la B\_\_\_\_\_ASSURANCES suggérait à l'appelante, pour de plus amples informations sur les motifs de refus, de s'adresser directement à l'intimée. Selon le représentant de l'assurance, la B\_\_\_\_\_ASSURANCES voulait éviter par là à l'intimée des inconvénients supplémentaires.

Il découle de ce qui précède que dès le 19 avril 2004, l'appelante pouvait connaître les circonstances exactes ayant entouré le refus de son assurance collective de couvrir l'incapacité de travail du 14 octobre au 6 décembre 2003. Il lui suffisait d'interpeller l'intimée, ce qu'elle a négligé de faire.

En ayant attendu près d'un an pour clarifier la situation inhabituelle provoquée par le courrier de la B\_\_\_\_\_ASSURANCES du 19 avril 2004, l'appelante

ne peut plus faire valoir qu'elle ne pouvait pas connaître la cause de licenciement qui existait au moment de sa déclaration de licenciement immédiat du 10 août 2004.

Elle est d'autant moins fondée de soutenir qu'elle ne pouvait pas connaître cette cause de licenciement qu'elle indique elle-même, dans son mémoire réponse au Tribunal du 9 février 2005, qu'à la date de la mise en demeure du 6 août 2004, elle avait déjà pris la décision de se séparer, après la période de protection, de cette collaboratrice peu fiable. Elle lui reprochait déjà ses nombreuses absences pendant sa grossesse sur la base d'une incapacité de travail fictive.

Sur ce point aussi, la décision des premiers juges doit être approuvée.

4. L'appelante soutient encore que les premiers juges se sont trompés dans la computation du délai de protection de l'art. 336c CO. Selon l'appelante, il n'y a pas eu un nouveau délai de protection qui a commencé à courir le 6 août 2004 dans la mesure où les difficultés médicales de l'intimée apparaissent liées à sa grossesse et doivent, par là, être considérées comme le seul et unique cas de maladie.

**4.1** A teneur de l'art. 336c al. 1 lit. c CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail après le temps d'essai pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Selon l'al. 2 du même article, si le congé est donné avant cette période, le préavis non expiré est suspendu et ne continue à courir qu'à la fin de celle-ci.

Aux termes de l'art. 336c al. 1 lit. b CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie non imputable à la faute du travailleur, au cours de la première année de service pendant les 30 premiers jours d'incapacité, de la deuxième à la cinquième année de service durant 90 jours et au delà de cinq ans pour une période de 180 jours. Selon l'alinéa 2 de cet article, le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul.

**4.2** S'agissant des relations entre ces différentes périodes de protection, le Tribunal fédéral admet aussi bien le *cumul interlittéral*, soit lorsque le travailleur présente plusieurs incapacités de travail protégées par des périodes de protection indépendante que le *cumul intralittéral*, soit lorsque le travailleur présente une incapacité de travail en raison d'une nouvelle maladie ou d'un nouvel accident n'ayant aucun lien entre eux ( Remy Wyler, Droit du travail, p. 425 ).

S'agissant du *cumul interlittéral*, chacune des éventualités prévues aux lettres a à d de l'art. 336c CO font courir une période de protection indépendante l'une de l'autre de sorte que celles-ci peuvent être cumulées ; lorsque deux périodes de protection se chevauchent, elles courent parallèlement, sans que la deuxième ne débute qu'à la fin de la première ( Remy Wyler, op.cit. ).

S'agissant du *cumul intralittéral*, le travailleur bénéficie d'une nouvelle période de protection à chaque nouvelle maladie ou nouvel accident n'ayant aucun lien entre eux. En revanche, en cas de rechute d'une maladie ou d'un accident entraînant à nouveau une incapacité de travail pendant le délai de congé, le travailleur a droit à une nouvelle suspension du délai de congé, mais seulement jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé ( Remy Wyler, op. cit., p. 426 ).

**4.3** En l'occurrence, l'intimée est en incapacité de travail en raison de sa grossesse depuis le 6 décembre 2003 jusqu'au 6 août 2004.

Pendant, cette période de congé elle a subi deux interventions chirurgicales en avril et juin 2004, la première intervention étant, semble-t-il en relation directe avec l'accouchement ce qui n'a pas le cas de la seconde. Selon le Docteur D\_\_\_\_\_, cette deuxième intervention n'était pas en relation directe avec l'accouchement. Pour cette dernière intervention, l'intimée a été en incapacité de travail jusqu'au 12 septembre 2004.

S'il est établi que l'intimée a consulté la Doctoresse A\_\_\_\_\_ le 21 janvier 2004 pour un état dépressif majeur, il ne ressort pas de la procédure que cet état aurait justifié en tant que tel une incapacité de travail. En revanche, ce psychiatre a attesté l'incapacité totale de travail de l'intimé en raison de cet état

dépressif du 6 août au 15 octobre 2004 et à 50% du 16 octobre au 30 novembre 2004.

Il ressort également du rapport d'expertise que l'état dépressif de l'intimée s'est fortement aggravé entre octobre 2003, période où elle décide de rompre avec son compagnon après avoir découvert qu'il avait une liaison alors qu'elle est à son deuxième mois de grossesse, avril 2004 où les problèmes abdominaux sévères survenus directement après l'accouchement, puis les nouveaux problèmes intestinaux en juin 2004 et son licenciement ressenti comme injustifié en août 2004. C'est en août 2004 que l'intimée consulte à nouveau la Doctoresse A\_\_\_\_\_ qui lui prescrira alors des antidépresseurs et constatera son incapacité de travail à 100%.

Il découle de ce qui précède que l'intimée a bénéficié d'une première période de protection du 8 décembre 2003 au 6 août 2004. L'intervention chirurgicale du 17 avril 2004 n'a pas donné lieu à une nouvelle période de protection, cette affection étant directement liée à l'accouchement.

En revanche, l'intervention chirurgicale du 27 juin 2004 a fait courir une nouvelle période de protection de 90 jours, cette affection n'ayant aucun lien avec la grossesse ou l'accouchement.

S'agissant des affections psychiques, il ne ressort pas de la procédure que l'état dépressif qui a conduit l'intimée à consulter la Doctoresse A\_\_\_\_\_ le 21 janvier 2004 ait justifié une incapacité de travail. En revanche, il est établi par le rapport d'expertise que l'état psychique de l'intimée s'est progressivement aggravé, notamment en raison des deux interventions chirurgicales d'avril et juin 2004 et à cause du licenciement de début août 2004. Il ressort également du dossier que la Doctoresse A\_\_\_\_\_ n'a attesté d'une incapacité de travail de l'intimé qu'à partir du 6 août 2004. Dès lors, une troisième période de protection a commencé à courir le 6 août 2004 pour s'achever 90 jours plus tard (le 4 novembre 2004), l'affection psychique en question ne pouvant être considérée comme une rechute des incapacités précédentes.

Du fait du chevauchement des périodes de protection, il n'y a pas lieu de prendre en considération la seconde période de protection.

Depuis le 7 septembre 2003, l'intimée se trouvait dans sa deuxième année de service de sorte que son délai de congé était de deux mois pour la fin d'un mois, délai qui a commencé à courir dès le 4 novembre 2004.

Il résulte de ce qui précède que, comme l'ont retenu les premiers juges, le salaire était dû à l'intimée d'août 2004 à janvier 2005, soit six mois. La décision du Tribunal sera donc également confirmée sur ce point.

5. En dernier lieu, l'appelante soutient qu'elle est en droit de compenser les montants dus au titre de salaire jusqu'au 31 janvier 2005 avec les salaires versés pour la période du 14 octobre 2003 au 15 avril 2004 au motif que la B\_\_\_\_\_ASSURANCES ne lui aurait pas remboursé les salaires pendant cette période.

**5.1** Lorsqu'un débiteur et un créancier sont en même temps créancier et débiteur l'un de l'autre, l'art. 120 CO les autorise à compenser leurs dettes avec leurs créances.

La loi pose quatre conditions à la compensation :

- identité juridique et réciprocité des sujets des obligations;
- débiteur et créancier de la dette compensée doivent être créancier et débiteur de la dette compensante (art. 120 al.1<sup>er</sup> CO);
- les prestations dues doivent être de même nature, soit principalement des dettes d'argent (art. 120 al. 1<sup>er</sup> CO). En revanche, la loi n'exige pas que les dettes soient du même montant (art. 124 al. 2 CO a contrario), qu'elles soient incontestées (art. 120 al. 2 CO) ni qu'elles ne se trouvent dans une relation de connexité (ATF 63 II 133 = JDT 1937 I 566);
- la compensation n'intervient pas de plein droit, le débiteur doit l'invoquer par une manifestation de volonté (art. 124 al. 1<sup>er</sup> CO).

**5.2** Toutefois, l'exercice de la compensation est subordonné à la déclaration par la partie débitrice d'exercer son droit. L'art. 312 LPC, dont l'application est rendue possible par le biais du renvoi de l'art. 11 LJP, précise que la Cour d'appel ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse, notamment, de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance.

**5.3** S'agissant de la période du 14 octobre au 7 décembre 2003, l'appelante, qui a le fardeau de la preuve de ses allégations, n'a pas établi que la B\_\_\_\_\_ASSURANCES lui avait réclamé le remboursement des salaires versés sur la base des faux certificats de maladie. Cette assurance n'avait aucune raison de réclamer ce remboursement dès lors que l'intimée s'était engagée à rembourser la somme de fr. 8'000.- et qu'elle a effectivement remboursé le montant réclamé par l'assurance.

Bien que l'appelante allègue que le contrat d'assurance collective avec la B\_\_\_\_\_ASSURANCES prévoyait un temps de carence et un remboursement limité à 80% des salaires dus, elle n'a produit aucun contrat ou document probant fondant cette allégation. De même, L'appelante n'a pas davantage établi que la B\_\_\_\_\_ASSURANCES n'avait pas payé les montants dus depuis le 8 décembre 2003.

En outre, l'appelante n'a pas excipé de compensation devant le Tribunal des Prud'hommes alors que la cause de la compensation existait déjà et que rien ne l'empêchait de l'invoquer.

La Cour de céans n'est donc pas en mesure de statuer sur ce chef de demande.

- 6.** Vu la valeur litigieuse, la procédure n'est pas gratuite (art. 343 al. 3 CO; art. 79 LJP). La partie appelante succombant, elle ne se verra pas restituer l'émolument d'appel (art. 78 al. 1 LJP). Elle supportera également les frais de l'expertise ordonnée par la Cour.

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme**

Reçoit l'appel déposés par E\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite la délibération du 12 mai 2005 et notifié aux parties le 17 mai 2005 en la cause n° C/28216/2004 - 3.

**Au fond**

Confirme le jugement

Dit que l'émolument versé par E\_\_\_\_\_ restera acquis à l'État de Genève.

Met les frais d'expertise selon facture des \_\_\_\_\_, à la charge de E\_\_\_\_\_, sous imputation de l'avance de frais de fr. 2'000.- payée en exécution de l'ordonnance préparatoire du 1<sup>er</sup> novembre 2005

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président