RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/4117/2005 - 5

* COUR D'APPEL *

CAPH/138/2006

Madame T_____
Dom. élu : Me Anne-Laure HUBER
Rue de la Terrassière 9
1207 Genève

Partie appelante

E_____ Sàrl
Dom. élu : Me Olivier CARRARD
Cours des Bastions 14
Case postale 401
1211 Genève 12

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 juillet 2006

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

M. Claude MARTEAU, Mme Denise BOËX, juges employeurs

M. Nicolas MONTICELLI, Mme Heidi BUHLMANN, juges salariés

M. Patrick BECKER, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par pli recommandé du 19 octobre 2005, T_____ a appelé du jugement rendu le 16 septembre 2005 et notifié aux parties par plis recommandés du 19 septembre 2005, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, l'a déboutée des conclusions tendant au paiement de :

- 84'500 fr. brut à titre de salaire du 1er novembre au 31 octobre 2004, sous déduction des montants de salaire déjà versés,
- 42'250 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

L'appelante conclut à l'annulation de ce jugement et à ce que E_____ Sàrl soit condamnée à lui verser la somme de 116'358 fr. 35 se décomposant comme suit :

- 74'108 fr. 35 brut à titre de salaire du 10.12.04 au 31.10.2005
- 42'250 net à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

E_____ Sàrl conclut pour sa part au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement querellé.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. T_____ (ci-après l'appelante) a été engagée le 1er novembre 2004 par E_____ Sàrl (ci-après E_____ ou l'intimée) en qualité de « Sales Compensation Analyst » dans la Business Unit GO+IT à plein temps. Le contrat était conclu pour une durée d'une année.

Au point 8 de ce dernier, il est stipulé qu'un «Employee Policy Manual » (ci-après l'EPM) y est intégré. L'EPM de E_____ est applicable à tous les collaborateurs de l'entreprise travaillant au moins à un taux de 50% (point 1), sans qu'il ne soit fait de distinction sur la base du type de contrat de travail.

Selon le point 2 de l'EPM, « *une période d'essai de trois mois est convenue lors de l'embauche* ».

Le contrat de travail de l'appelante prévoit encore que dans l'éventualité où il devait y être mis fin avant le terme prévu, le préavis est d'un mois pour la fin d'un mois (point 6). Cette disposition déroge à l'EPM, qui fixe un délai de résiliation de trois mois pour les collaborateurs non commerciaux (ie. ceux dont la rémunération ne repose pas sur un « Sales Incentive Scheme ») (point 11).

b. Le lundi 29 novembre 2004, l'appelante a contacté sa supérieure directe, A_____, pour lui dire qu'elle serait en arrêt maladie pendant une semaine, mais qu'elle espérait reprendre son travail le jeudi 2 décembre 2004.

c. Le mercredi 1er décembre, l'appelante a informé A_____ qu'elle ne serait en mesure de se présenter à son travail ni le jeudi 2 décembre ni le vendredi 3 décembre 2004. Elle a précisé que cette interruption de travail était liée à une grossesse.

d. Le jeudi 2 décembre 2004, A_____ a téléphoné à l'appelante pour lui annoncer son licenciement au 9 décembre 2004. Dans un pli du même jour, l'intimée précisait que le salaire serait versé jusqu'au 9 décembre 2004, y compris un solde de vacances de deux jours.

e. Dans un courrier électronique du 2 décembre 2004 envoyé à A_____, l'appelante, reprenant les termes de la conversation téléphonique, a mentionné les motifs de licenciement invoqués par l'intimée, soit de ne pas avoir pris note de certaines tâches et de ne pas avoir assumé rapidement son cahier des charges. Elle se demandait pourquoi elle n'avait pas eu droit à un premier avertissement et s'étonnait de ce que le congé soit intervenu le lendemain de l'annonce de sa grossesse. Elle s'interrogeait encore sur le délai de résiliation, sachant que le premier mois d'essai était écoulé.

f. Dans un courrier électronique envoyé le 7 décembre 2004 à B_____, l'appelante a exposé qu'elle avait du mal à accepter les motifs au nom desquels son contrat avait été résilié car ils n'avaient jamais été relevés auparavant. Il lui apparaissait évident qu'elle avait été licenciée du fait qu'elle était enceinte.

g. Dans un courrier du SIT du 9 décembre 2004, l'appelante a invoqué la protection légale relative au congé pendant la grossesse, en rappelant que le contrat signé entre les parties était de durée déterminée et qu'il ne pouvait par conséquent comporter de temps d'essai. Subsidiairement, le congé devait être considéré comme abusif.

h. L'intimée a répondu par pli du 14 décembre 2004 que le contrat de travail comportait bien une période d'essai. A_____ avait par ailleurs informé le département des ressources humaines le mercredi 1er décembre au matin de sa décision de mettre un terme au contrat de travail de l'appelante. Or, cette dernière lui ayant annoncé sa grossesse au téléphone l'après-midi même, A_____ n'avait pas souhaité lui faire part de son congé au même moment. Elle ne le fit donc que le lendemain, jeudi 2 décembre 2004. Il est encore précisé que A_____ avait à plusieurs reprises fait des remarques à l'appelante sur l'exécution de son travail. Le licenciement était donc

entièrement dû au fait que les aptitudes professionnelles de l'appelante n'étaient pas en adéquation avec les qualifications requises pour le poste qu'elle occupait.

i. L'appelante rétorqua, dans un courrier du SIT du 17 décembre 2004, que l'annonce de son licenciement étant intervenue un jour après qu'elle ait informé A_____ de sa grossesse, il était évident que la décision avait été prise parce qu'elle était enceinte.

j. L'intimée répondit à l'appelante par pli du 22 décembre 2004. Relevant que la succession des événements pouvait effectivement laisser croire à l'existence d'un lien entre le licenciement et la grossesse de l'appelante, elle confirmait toutefois que la décision avait été prise en raison du manque d'adéquation entre les compétences professionnelles de l'appelante et les qualifications requises pour le poste. Elle faisait aussi valoir que A_____ s'était déplacée exprès à Genève le 29 novembre 2004 pour annoncer son licenciement à l'appelante.

k. Des enquêtes auxquelles le Tribunal a procédé lors de l'audience de comparution personnelle du 23 mai 2005, il ressort notamment que les reproches à l'égard des aptitudes de l'appelante étaient partagés par plusieurs collaborateurs.

A_____ a exposé les manques qui sont apparus dans le travail de l'appelante durant les premières semaines. Ainsi, lorsque A_____ demandait que des courriers électroniques soient envoyés à une liste de destinataires, l'appelante oubliait fréquemment un certain nombre de ces derniers ; ces omissions n'étaient pas dénuées de conséquences. L'appelante ne respectait pas non plus les procédés de stockage des fichiers. Au cours de cette période, A_____ ne lui a fait que des remarques orales, qui n'avaient pas le sens d'avertissements. Elle estimait en effet qu'il n'y avait pas lieu de donner des avertissements mais d'évaluer le travail fourni. Le 25 ou le 26 novembre 2004, A_____ avait décidé de mettre fin au contrat de travail de l'appelante. Elle vint à Genève le mercredi 1er décembre afin de s'en entretenir avec l'équipe. Les protagonistes constatèrent que l'appelante comprenait leurs exigences mais n'était pas assez consciencieuse pour les réaliser, et tombèrent d'accord sur le prononcé d'un licenciement.

C_____ est responsable de l'élaboration des plans de commissions pour les vendeurs chez E_____. Elle a travaillé avec l'appelante et a participé à sa formation. Lors des explications qu'elle lui dispensait, l'appelante ne prenait presque aucune note manuscrite. L'appelante n'intégrait pas la terminologie E_____ ainsi que plusieurs notions ; il arrivait en outre fréquemment qu'elle ne se rappelle pas de la façon dont devait être exécutée une tâche, même si elle y avait consacré un certain temps peu auparavant.

En ce sens, les aptitudes de l'appelante se situaient en deçà des autres personnes que C_____ avait instruites. A_____ demanda à C_____ au cours de la quatrième semaine de travail de l'appelante ce qu'elle pensait du travail de cette dernière, ce à quoi elle répondit qu'il n'était pas satisfaisant.

D_____ a également introduit l'appelante à certains aspects de son travail, notamment le sens des acronymes utilisés chez E_____. L'appelante ne prenait pas non plus de notes à ces occasions. D_____ a par ailleurs constaté des erreurs dans les données enregistrées par l'appelante après le départ de celle-ci.

I. Le Tribunal des Prud'hommes a en substance retenu que le contrat de travail liant les parties prévoyait une période d'essai de trois mois, durant laquelle la défenderesse avait la possibilité de résilier les rapports de travail dans un délai de sept jours. E_____ Sàrl avait de plus prouvé à satisfaction de droit que la cause du licenciement de T_____ ne résidait pas dans l'annonce de sa grossesse mais dans le constat antérieur que ses qualifications ne correspondaient pas aux aptitudes requises pour le poste qu'elle occupait.

C. En date du 2 mai 2006, la Cour de céans a tenu une audience lors de laquelle les parties ont maintenu leurs conclusions. T_____ a précisé que l'intimée n'avait produit aucun document écrit attestant des ses erreurs.

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

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 20 septembre 2005 et l'acte d'appel adressé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 19 octobre 2005, l'appel est recevable.

1.2 Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la compétence à raison du lieu de la Cour de céans résulte de l'article 2 al. 1er de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), qui prévoit que sous réserve

d'autres dispositions de ladite convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.

A cet égard, l'article 115 al. 1er de la Loi fédérale sur le droit international privé précise que les tribunaux suisses du domicile du défendeur sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail.

2. L'appelante conclut à ce qu'il lui soit versé la somme de 74'108 fr. 35 brut à titre de salaire du 10.12.04 au 31.10.2005.

Il convient donc d'examiner si la résiliation du contrat de travail dans le délai de sept jours, tel que cela est prévu pendant le temps d'essai, était licite.

2.1 Le contrat de durée déterminée est celui dont la fin a été conventionnellement fixée par les parties et qui s'éteint sans que l'une d'entre elles ne doive (ou ne puisse) le résilier (art. 334 al. 1er CO). Les parties peuvent fixer un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable, pourvu qu'elles soient en mesure de connaître de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail (ATF du 28 novembre 2000 en la cause 4P.222/2000 ; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2ème éd., n. 2797 ; ENGEL, Contrats de droit suisse, pp. 355 ss).

La fin du contrat de travail étant prévue pour le 31 octobre 2005, celui-ci était de durée déterminée.

2.2 Le contrat ne contient pas toujours l'ensemble des conditions de travail. Il arrive fréquemment qu'il renvoie au règlement du personnel de l'entreprise, qui régit des clauses essentielles ou secondaires et fait partie intégrante du contrat. Si le règlement a pour but de faire déroger ce dernier à des normes dispositives de la loi, il est opposable au travailleur, pour autant qu'il ait été porté à la connaissance de ce dernier (CARUZZO/SANDOZ/ JACCARD/MONTICELLI, Le contrat de travail, Genève 2003, I B 2.3 ; JAR 1991, p. 117)

En l'espèce, le point 8 du contrat de travail stipule que l'EPM fait partie intégrante de celui-ci. Au-dessus de l'emplacement pour signer, il est également précisé que l'employé se « *déclare en accord avec le contenu de ce contrat et confirme en même temps avoir pris connaissance des documents annexés mentionnés au point no 8 ci-dessus.* ».

2.3 L'art. 335b CO, qui concerne le temps d'essai, est placé sous le chiffre II, consacré au contrat de durée indéterminée. Il n'est ainsi prévu de temps d'essai légal (al. 1) que pour ce dernier. En matière de contrat de durée

déterminée, les parties demeurent toutefois libres d'en convenir un par convention (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail code annoté, n.1.2 *ad* art. 335 b CO, et jurisprudences cantonales citées ; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1998 ; Message du CF, FF 1984 II 620). Il suffit à la partie qui l'invoque d'établir un accord à ce sujet ; il n'y a pas besoin, en sus, d'en prouver l'utilité. Par ailleurs, le temps d'essai prévu ne saurait excéder trois mois en vertu de la limitation figurant à l'art. 335b al. 2 CO.

Selon le point 2 de l'EPM, qui fait partie intégrante du contrat de travail, « *une période d'essai de trois mois est convenue lors de l'embauche. Pendant cette période, les deux parties peuvent résilier les rapports de travail par écrit moyennant un préavis de sept jours.* ». L'appelante et l'intimée ont par conséquent convenu de fixer la durée de la période d'essai au maximum légal.

Force est donc de conclure que le contrat qui liait les parties était un contrat de durée déterminée qui prévoyait une période d'essai de trois mois. La période probatoire y apparaît en effet de manière claire ; d'autre part, l'appelante, vu notamment la référence faite au temps d'essai dans le courrier électronique du 2 décembre 2004, en était tout à fait consciente.

2.4 Selon l'art. 335b al. 1 CO, le congé doit en outre être donné de telle sorte que le délai de résiliation expire, au plus tard, le dernier jour de la durée contractuelle du temps d'essai (Message du CF, FF 1984 II 620).

Le contrat ayant débuté le 1er novembre 2004, l'appelante se trouvait dans sa période d'essai lors de l'annonce du licenciement le 2 décembre 2004. En le faisant avec effet au 9 décembre suivant, l'intimée a respecté la prescription susmentionnée.

2.5 L'art. 336c CO, qui dispose que l'employeur ne peut résilier le contrat pendant la grossesse ou au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement, ne s'applique, selon le texte clair de cette disposition, qu'après l'expiration du temps d'essai.

La résiliation étant intervenue pendant la période d'essai, c'est en vain que l'appelante conclut à l'application de l'art. 336c CO.

3. L'appelante conclut par ailleurs à ce qu'il lui soit versé la somme 42'250 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

3.1 En vertu de l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de durée déterminée prend fin à l'échéance de la durée convenue sans qu'il soit nécessaire de donner congé. Dès lors, pendant la durée du contrat, il ne peut y être mis fin par le

biais de la résiliation ordinaire. Seule la survenance d'un motif de résiliation immédiate permet de mettre un terme aux rapports de travail (CARUZZO/SANDOZ/JACCARD/MONTICELLI, op. cit., X A 2 ; REHBINDER, BEKO n. 8 *ad* art. 334 CO).

Cependant, lorsque les parties ont convenu d'un temps d'essai dans le cadre d'un contrat de durée déterminée, celui-ci peut être l'objet d'une résiliation ordinaire, moyennant observation du délai de préavis convenu (CARUZZO/SANDOZ/JACCARD/MONTICELLI, op. cit., X A 3).

3.2 La doctrine majoritaire et la jurisprudence admettent que l'art. 336 CO protège les parties contre la résiliation abusive pendant toute la durée du contrat, sans distinction de période d'essai (JAR 1990, p. 240 ; BARBEY, Les congés abusifs selon l'art. 336 al. 1 CO, in Journée de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1993, p. 78). En particulier, on ne saurait admettre que le droit de résiliation pendant le temps d'essai est plus limité ou soumis à certains motifs déterminés (TF, 2.10.1984, SJ 1986 p. 295), étant précisé que ceux-ci doivent être appréciés avec une certaine mansuétude (BARBEY, op. cit., p. 78).

3.3 Aux termes de l'art. 335 al. 1er CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En principe, la licéité d'une résiliation ne présuppose pas que soient avancés des motifs particuliers, dès lors que le droit du travail repose sur le principe de la liberté de donner congé (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N. 3 *ad* art. 336 CO ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, *in* Schweizerisches Privatrecht, p. 159). Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif. Est abusif le congé donné pour un des motifs énumérés à l'art. 336 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit, et y assortit les conséquences juridiques adaptées au contrat de travail (ATF 125 III 70 ; 123 III 246 consid. 3b).

En particulier, l'art. 336 al. 1er let. a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'appartenance religieuse, l'âge, l'homosexualité, le statut familial, les antécédents judiciaires, ou encore la maladie ou la séropositivité (ATF 127 III 86 consid. 2a ; ATF du 11 novembre 1993, publié *in* SJ 1995, p. 798 et les références citées ; SJ 1993, p. 357 ; Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, *in* FF 1984 II, pp. 622 et 623 ; ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996 ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 5 *ad* art. 336

CO). Le désir d'avoir des enfants entre également dans le cadre de cette disposition (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n.1.20 *ad* art. 336 CO, et jurisprudence cantonale citée).

3.4 La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC ; ATF 123 III 246). Cependant, la preuve ayant souvent pour objet des éléments subjectifs, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme fictif le motif avancé par l'employeur, et le motif abusif plus plausible. Cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve. La partie demanderesse doit alléguer et offrir un commencement de preuve d'un motif abusif de congé. De son côté, l'employeur ne saurait alors demeurer inactif ; il doit apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF du 7 juillet 1994 en la cause 4P.334/1994 ; SJ 1993, p. 360 ; ATF 115 II 484 consid. 2b ; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 16 *ad* art. 336 CO ; SJ 1993, p. 360).

La jurisprudence a aussi admis un allègement du fardeau de la preuve, la simple vraisemblance étant suffisante, lorsque existe entre le licenciement et l'état de fait allégué une coïncidence particulièrement troublante, à l'exemple du travailleur qui se fait congédier de but en blanc le lendemain d'une manifestation (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n.1.11 *ad* art. 336 CO, et jurisprudences cantonales citées).

3.5 C'est un fait non contesté que l'annonce du licenciement par l'intimée a suivi celle de la grossesse de l'appelante. Les pièces produites et les enquêtes ont également établi que l'appelante n'avait jamais été avertie formellement. L'appelante a en outre soutenu que les raisons ayant motivé son licenciement n'avaient jamais été relevées auparavant par l'intimée.

Il revient par conséquent à l'intimée de prouver que les motifs qu'elle allègue sont ceux qui ont véritablement présidé à sa décision de donner le congé.

Lors des enquêtes, A_____ a dit avoir fait des remarques orales à l'appelante à plusieurs occasions sur l'exécution de son travail. Elle a ainsi relevé avec précision les erreurs que l'appelante commettait. C_____, qui a été particulièrement impliquée dans sa formation, a souvent dû répéter des explications, du fait que l'appelante ne prenait pas de notes. Malgré l'absence d'avertissements formels, l'on peut inférer de ces témoignages que l'appelante a été rendue attentive aux imprécisions qu'elle commettait. Celles-ci ayant un caractère relativement manifeste et portant sur des choses simples (vérifier que la liste des destinataires d'un message soit complète, suivre le procédé de stockage des fichiers), l'appelante pouvait d'ailleurs s'en rendre compte seule.

L'intimée a par ailleurs apporté plusieurs preuves quant au fait que la décision de mettre fin au contrat de travail avait été prise avant l'annonce de sa grossesse par l'appelante. C_____ a en effet exprimé son insatisfaction vis-à-vis du travail fourni par celle-ci au cours de la quatrième semaine de novembre. Le 26 novembre 2004, A_____ a réservé un billet d'avion pour Genève, afin de s'entretenir de la décision de licenciement avec ses collègues et pouvoir annoncer celui-ci oralement à l'appelante.

Au vu de tous ces éléments, la Cour retient que le congé notifié à l'appelante a été motivé par l'insuffisance des prestations fournies pendant le premier des trois mois d'essai. Il n'apparaît pas que l'annonce de sa grossesse ait d'une quelconque manière été à l'origine de son licenciement. Partant, celui-ci ne peut être qualifié d'abusif. L'appel est donc également infondé sur ce point.

4. Aux termes de l'art. 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).

En l'espèce, la valeur litigieuse devant la Cour d'appel se monte à 116'358 fr. 35. Dans la mesure où l'appelante succombe, l'émolument de mise au rôle de 2'200 fr. reste acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 16 septembre 2005 rendu en la cause n° C/4117/2005-5 ;

Au fond :

- confirme ledit jugement ;

- déboute les parties de toutes autres conclusions ;

- dit que l'émolument versé par T_____ restera acquis à l'État de Genève.

La greffière de juridiction La présidente