

GE_GERICHTE C/10450/2016 vom 17. November 2017

GE Cour de justice, 2017-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_10450_2016

FR: GE_GERICHTE C/10450/2016 du 17 novembre 2017

IT: GE_GERICHTE C/10450/2016 del 17 novembre 2017

Erwägungen

E. 18

mai 2016, B_____ a assigné A_____ en paiement de ses salaires depuis le mois de novembre 2015.![endif]>![if> b. A l'issue de l'audience du 22 juin 2016, la cause a été déclarée non conciliée.![endif]>![if> c. Par acte déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 22 septembre 2016, B_____ a assigné A_____ en paiement de la somme brute de 5'297 fr. par mois à compter du 3 novembre 2015 et ce jusqu'à ce qu'un licenciement lui soit valablement notifié, plus intérêts à 5% l'an à compter de chaque mois concerné, à ce qu'il soit constaté qu'elle était toujours employée de A_____, à la délivrance d'un certificat de travail et à la condamnation de A_____ en tous les frais et dépens de la procédure.![endif]>![if> d. Par mémoire de réponse du 12 janvier 2017, A_____ a conclu à la constatation de la validité du licenciement notifié à B_____ le 27 octobre 2015 et, partant, à l'absence de toute prétention de cette dernière sur la base du contrat.![endif]>![if> e. Le 16 mars 2017, l'intimée a produit un bordereau complémentaire de pièces, dans lequel figurait une attestation écrite d'une cliente du magasin C_____, J_____, venue acheter un _____ le 19 octobre 2015.![endif]>![if> A teneur de cette pièce, ladite cliente a trouvé B_____ " compétente, patiente et de bonne composition ". f. Le 12 juin 2017, le Tribunal a tenu une audience, à l'occasion de laquelle B_____ a amplifié ses conclusions, réclamant le paiement de la somme brute de 51'800 fr. à titre de salaire pour les mois de novembre 2015 à décembre 2016, de la somme brute de 22'358 fr. à titre de commissions pour les mois de novembre 2015 à décembre 2016, soit 1'597 fr. par mois, ainsi qu'un montant net de 22'200 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, le tout plus intérêts à 5% l'an à compter du 3 novembre 2015.![endif]>![if> A_____ s'est opposée à cette amplification, arguant qu'elle ne remplissait pas les conditions de l'art. 230 CPC. Lors de cette audience, D_____, représentant de A_____, a indiqué qu'il n'avait pas participé à l'engagement de l'employée en juillet, son père, H_____, s'en étant chargé. Ce dernier s'occupait également de la rémunération, à bien plaisir, des stagiaires, sans que lui-même n'ait connaissance des montants versés. H_____ était également le seul à savoir si des contrats de stage écrits existaient entre A_____ et ses "stagiaires", et si ces derniers étaient couverts par la police d'assurance-accident de l'entreprise. H_____ avait signé le contrat d'engagement de l'intimée, en octobre 2015, sans son consentement et à son insu. En effet, il y était opposé car le travail de B_____ n'avait pas donné satisfaction. C'était d'ailleurs en raison de son incompétence qu'elle avait été licenciée, et non à cause de sa grossesse. Il disposait de " traces écrites " et de témoins concernant ces erreurs. g. Le Tribunal a procédé à des enquêtes. ![endif]>![if> g.a. Le témoin K_____, vendeuse au sein de A_____, a indiqué avoir été engagée par H_____ en juillet 2015 en qualité de stagiaire. Ce dernier était souvent présent dans les différents magasins de A_____ pour contrôler les stocks et passer les commandes. Elle avait dû apprendre le métier " sur le terrain en suivant des vendeurs plus expérimentés ". Elle-même et l'intimée réalisaient toutes sortes de tâches,

dont la vente et la manutention du magasin. B_____ lui avait fait part de sa grossesse à la fin du mois de septembre 2015, mais lui avait demandé de garder le secret, ce qu'elle avait fait. Elle considérait que B_____ avait fait " un certain nombre d'erreurs qui avaient eu des répercussions sur son travail ". g.b. Le témoin L_____, assistante de direction au sein de A_____, a affirmé que B_____ avait été engagée en juillet 2015 et qu'elle bénéficiait, comme tous les autres stagiaires, d'une rémunération. Selon elle, le travail effectué par les stagiaires méritait d'être rémunéré. Personne ne s'était plaint auprès d'elle du travail de B_____, mis à part D_____. Le témoin M_____, magasinier pour A_____, a indiqué que B_____ exerçait en tant que vendeuse à compter de juillet 2015. L'employée avait commis des erreurs sur les plannings de livraison. g.c. H_____ a été entendu en qualité de témoin par le Tribunal. Il était consultant en faveur de A_____ et disposait d'une procuration. Il a confirmé être en charge de l'engagement et de la rémunération des stagiaires engagés par A_____, à qui il versait entre 100 et 150 fr. par jour, en espèces. Les stagiaires effectuaient les mêmes horaires que les employés, soit de 8h45-9h00 à 12h00 et de 13h30 à 18h45. Il n'avait pas eu connaissance de réclamations de la part de clients à l'encontre de l'employée, mais son fils, D_____, lui avait fait part d'erreurs qu'elle aurait commises. Au moment de son licenciement, il ignorait qu'elle était enceinte. Il était possible que l'entreprise l'eût gardée si celle-ci leur avait annoncé sa grossesse et qu'elle avait mieux travaillé. h. Le 27 septembre 2017, le Tribunal a entendu G_____, en qualité de partie. Elle a précisé n'avoir jamais assisté à des avertissements oraux qui auraient été donnés à B_____. ![/endif]>![if> i. Par courrier du 29 septembre 2017, A_____ a produit une pièce nouvelle, à savoir un courrier recommandé adressé le même jour à B_____. A teneur de celui-ci, A_____ l'informait qu'elle invalidait le contrat pour dol, compte tenu du fait que l'audition des témoins avait démontré qu'elle avait menti sur sa situation personnelle – cachant sa grossesse – en vue de faciliter son engagement.![endif]>![if> j. Lors de l'audience du 4 octobre 2017, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions. Le Tribunal a gardé la cause à juger.![endif]>![if> E. Dans le jugement querellé, le Tribunal a retenu que les parties étaient liées par un contrat de travail oral à compter du 6 juillet 2015. Le temps d'essai légal d'un mois s'appliquant à leurs relations, il était arrivé à échéance le 6 août 2015. En raison de la grossesse de l'employée à compter de juillet 2015, le congé que lui avait signifié l'employeuse le 27 octobre était nul. A_____ n'ayant pas donné suite à l'offre de services de l'employée du 8 décembre 2015, elle était en demeure de la rémunérer du 3 novembre 2015 au _____ avril 2016, soit un total de 20'848 fr. 40. ![/endif]>![if> De plus, n'ayant pas respecté ses obligations légales d'annonce aux assurances-sociales, l'employeuse devait également verser à l'employée le montant correspondant à 80% de son salaire brut garanti pendant son congé maternité, soit 12'078 fr. 10. Par actes concluants, A_____ avait résilié les rapports de travail la liant à B_____ après la fin de la période de protection de l'intimée et pour l'échéance du délai de congé légal de deux mois. Son salaire lui était donc dû également du _____ juillet au _____ septembre, soit la somme de 8'739 fr. 20. S'agissant des commissions, celles-ci étaient comprises dans le salaire annuel garanti, de sorte qu'il en avait été tenu compte dans le calcul du droit au salaire de l'employée. Enfin, le Tribunal a considéré que B_____ avait rendu vraisemblable que son congé avait été motivé par sa grossesse, ce qui lui donnait droit à une indemnité pour licenciement abusif équivalant à un mois de salaire, soit 4'100 fr., compte tenu de la brève durée des relations de travail entre les parties. EN DROIT 1. 1.1 Interjeté dans les délai et forme utiles (art. 130, 131, 142 al. 1 et 311 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'une décision finale (art. 308

al. 1 let. a CPC), dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance était supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), l'appel est recevable. 1.2 Formé dans la réponse à l'appel (art. 313 al. 1 CPC), dans le respect des formes énoncées ci-dessus, l'appel joint est également recevable. Par souci de simplification et pour respecter le rôle initial des parties en appel, l'employeuse sera ci-après désignée en qualité d'appelante et l'employée en qualité d'intimée. 1.3 La compétence *ratione loci* et *materiae* des autorités judiciaires prud'homales genevoises ne sont, à juste titre, pas contestées en appel. 1.4 Le juge d'appel dispose d'un pouvoir d'examen complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3). 1.5 Etant donné que le litige concerne, de manière prépondérante, le licenciement de l'intimée en raison de sa grossesse, il relève de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (loi sur l'égalité, LEg - RS 151.1). La procédure simplifiée est applicable, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. a CPC). Le tribunal établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

2. L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal de ne pas avoir considéré la conclusion de l'intimée en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif comme irrecevable, car ajoutée tardivement au litige déjà pendant.

2.1 Selon l'article 227 al. 1 let. a CPC, la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle relève de la même procédure et qu'elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention. Selon l'art. 230 al. 1 CPC, la demande ne peut être modifiée aux débats principaux que si les conditions fixées à l'article 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b), au sens de l'art. 229 CPC. Une augmentation des conclusions fondée sur le résultat de preuves administrées au cours des débats principaux, ou sur la base d'allégation ou d'offres de preuves librement introduits selon l'art. 229 al. 3 CPC, sont admises (Tappy, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 7 et 8 ad art. 230 CPC). Par ailleurs, en cas de maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC), la loi n'impose pas que la modification de la demande ait lieu immédiatement après que la partie qui y procède ait eu connaissance de faits et moyens de preuve nouveaux, celle-ci pouvant intervenir jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC). Dans tous les cas, la partie adverse doit avoir la possibilité de prendre position sur les conclusions amplifiées de la demande, afin que son droit d'être entendu soit respecté (arrêt du Tribunal fédéral 5A_16/2016 du 26 mai 2016, consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 142 III 48 consid. 4.1).

2.2 En l'espèce, l'intimée a modifié sa demande au début des débats principaux, amplifiant ses conclusions initiales en paiement de son salaire et des commissions y afférentes, et ajoutant une conclusion en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. Cette nouvelle prétention est soumise à la même procédure (procédure simplifiée) en raison de l'art. 243 al. 2 let. a CPC. Elle présente, de plus, un lien de connexité évident avec le reste des prétentions, dès lors que le complexe de faits ayant mené à son licenciement est le même que celui ayant entraîné le non-paiement de ses salaires. Par ailleurs, bien que les faits relatifs au licenciement de l'intimée aient déjà été allégués dans la demande de l'intimée, l'instruction, soit notamment l'audition de plusieurs témoins, a permis de convaincre le Tribunal de ce que son licenciement lui avait été signifié en raison de sa grossesse, soit de manière abusive. Enfin, l'appelante a eu la possibilité de se déterminer sur les prétentions modifiées de l'intimée, que ce soit lors de l'instruction (qui a duré plus de 6 mois) ou à l'occasion des plaidoiries finales. Ainsi, la modification de la demande de

l'intimée est recevable puisqu'elle y a procédé avant les délibérations, soit avant la clôture des débats principaux. 3. Sur le fond, l'appelante conclut à l'annulation du jugement entrepris, à l'exception de son chiffre 5. En substance, elle fait grief au Tribunal d'avoir considéré que le congé signifié à l'intimée était nul et que, partant, elle devait être condamnée à lui payer la somme de 41'665 fr. 70 à titre d'arriérés de salaire. En particulier, elle reproche au Tribunal d'avoir retenu qu'elle avait engagé l'intimée dès le 6 juillet 2015 et qu'elle n'était plus libre de la licencier le 27 octobre suivant, dès lors que l'intimée n'était plus en période d'essai. Il convient, par conséquent, de clarifier en premier lieu la date à laquelle les relations de travail entre les parties ont commencé.

3.1.1 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Le contrat de travail se compose ainsi de quatre éléments, soit une prestation personnelle de travail, la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (Wyler, *Droit du travail*, 2008, p. 57 ; Aubert, in *Commentaire romand*, 2003, n. 1ss ad art. 319 CO ; Engel, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} éd., p. 229). Le terme « travail » recouvre toute activité, physique ou intellectuelle, propre à satisfaire un besoin (ATF 124 III 249 consid. 3 ; ATF 64 II 9). Une prestation de travail consiste en une activité humaine comprenant une prestation positive (active ou passive) et déterminée, fournie par le travailleur en faveur de l'employeur, sans obligation de résultat (Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3^{ème} ed. 2014, p. 20). Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. Il est réputé conclu lorsque l'employeur accepte, pour un temps donné, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 1 et 2 CO ; arrêt du Tribunal fédéral 4P.194/2004 du 24 novembre 2004).

3.1.2 Le contrat de stage, n'est pas défini par la loi et la doctrine n'est pas unanime quant à sa qualification. Selon certains auteurs, une activité non rémunérée pourrait constituer un stage, dès lors que le caractère onéreux du contrat de travail fait défaut (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, n. 8, ad art. 319 CO). A les suivre, la rémunération du stagiaire serait ainsi le critère principal permettant de distinguer le contrat de stage du contrat de travail. Un stage ne serait donc envisageable que s'il est effectué dans l'intérêt exclusif du stagiaire. Si le maître de stage a un intérêt objectif à la prestation de ce dernier, les parties sont réputées liées par un contrat de travail, donnant droit au travailleur à une rémunération (art. 320 al. 2 CO). Un autre auteur qualifie de stage une activité non rémunérée de quelques jours (Caruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Schulthess, Zurich 2009, n. 5 ad art. 319 CO). Une activité d'une durée plus longue devrait donc être qualifiée de contrat de travail, quelle que soit la rémunération convenue. Pour d'autres auteurs encore, le contrat de stage a pour particularité d'avoir pour objectif la formation du stagiaire. Contrairement au contrat d'apprentissage, le stage ne viserait pas une formation professionnelle systématique et complète, mais le fait que le stagiaire puisse réunir des compétences et une expérience professionnelles (Portmann, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5^{ème} éd. 2011, n. 17 ad art. 344 CO ; Staehlin, in *Zürcher Kommentar*, 1996, n. 8 ad art. 344 CO ; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, *Arbeitsvertrag*, 7^{ème} éd. 2012, n. 6 ad art. 344a CO). Il conviendrait dès lors d'appliquer les articles 344ss CO et 319ss CO aux contrats qui poursuivent un but de formation, de sorte que le contrat de stage, pour autant qu'il revête une composante de formation, entre dans la qualification du contrat de travail (Portmann/Stöckli, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 2^{ème} ed. 2007, Zurich,

n. 582). Enfin, compilant les avis susmentionnés, une auteure est parvenue à la conclusion que le contrat de stage doit être qualifié de contrat de travail lorsqu'il porte sur une activité régulière, rémunérée et qui vise la formation de jeunes professionnels (Seiler, *Réflexions libres sur le contrat de stage*, in *Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum pour Gabriel Aubert, Wyler/Meier/Marchand* [eds], Collection genevoise, Schulthess 2015, pp. 299-310, p. 304).

3.1.3 Selon l'art. 55 CC, la volonté de la personne morale s'exprime par ses organes (al. 1). Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits (al. 2). Est un organe celui qui participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale, durablement et dans un vaste domaine dépassant les affaires courantes (ATF 128 III 29 consid. 3a, 122 III 225 consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_50/2009 du 26 mars 2009 consid. 2.3). Est aussi un organe celui qui, sans en porter le titre, exerce effectivement la fonction de l'organe (ATF 117 II 570 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2008 du 10 février 2009 consid. 2.3). Jurisprudence et doctrine ont ainsi admis que la personne qui exerce de facto des fonctions dirigeantes et qui, de par la situation qu'elle occupe dans l'affaire et les pouvoirs qui lui sont conférés, participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale est un organe de fait (ou organe matériel ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2008 du 28 avril 2008 non publié, consid. 3.2.1 et 3.2.2; ATF 128 III 29 , in JdT 2003 I 18 consid. 3a ; ATF 121 III 453 , in JdT 1997 199 consid. 4b ; ATF 101 1b 422 consid. 5a). Pour qu'une personne se voie reconnaître la qualité d'organe de fait, il faut qu'elle apparaisse durablement compétente pour prendre sous sa propre responsabilité certaines décisions qui vont au-delà de la simple expédition des affaires courantes et déploient des effets perceptibles sur le résultat des affaires (arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2008 du 28 avril 2008 non publié, consid. 3.2.1 et 3.2.2; ATF 128 III 29 , in JdT 2003 I 18 consid. 3a). Il ne suffit pas qu'un collaborateur exécute de manière indépendante l'activité qui lui a été confiée dans un champ d'activité fortement restreint.

3.2 En l'espèce, H_____ était chargé de la gestion du personnel de A_____, de manière entièrement autonome. Tous les actes qu'il a effectués à ce titre concernant l'intimée, soit en particulier son engagement, son licenciement et sa rémunération ont été considérés comme contraignants par D_____, administrateur de la société et seul à disposer de la signature individuelle au registre du commerce. Ce dernier a même précisé que son père avait procédé à l'engagement de l'intimée, en octobre 2015, à son insu et contre son gré, sans qu'il considère pour autant que A_____ n'était pas liée par cet acte. Il en découle que H_____ agissait en qualité d'organe de fait de A_____ et qu'il était apte à engager cette dernière, même sans que son statut ne figure du registre du commerce. H_____ a donc valablement engagé l'intimée, le 6 juillet 2015. Reste à déterminer si les parties étaient, dès lors, liées par un contrat de stage ou par un contrat de travail stricto sensu . De l'aveu de D_____ et H_____, de G_____, et de l'avis de M_____, témoin, l'intimée a réalisé toutes sortes de tâches en faveur de A_____. Ainsi, elle était affectée à la vente dans deux des magasins de l'enseigne C_____ en juillet puis en septembre, ainsi qu'au déballage et à la mise en rayon des marchandises dans le magasin de la _____ entre août 2015 et le 18 septembre 2015, date de l'ouverture du magasin. Par ailleurs, elle travaillait à plein temps, aux mêmes horaires que ses collègues, et recevait une rémunération de l'ordre de 2'500 fr. à 3'000 fr. par mois. Aucune formation spécifique ne lui était dispensée par ses supérieurs et elle n'avait pas de responsable de stage. Elle se contentait de suivre les consignes d'un collaborateur plus expérimenté. Elle avait en outre déjà acquis des expériences professionnelles dans la vente antérieurement. Partant, elle a fourni une prestation personnelle entre juillet et septembre 2015, recevant ses instructions

de A_____ et mettant à disposition son temps à 100% contre un salaire. Il apparaît que les quatre composantes du contrat de travail sont ici réalisées. Au demeurant, on ne saurait suivre l'appelante lorsqu'elle argue qu'elle aurait engagé B_____ en qualité de stagiaire puisque cette dernière a réalisé, durant trois mois, des tâches régulières ayant trait, notamment, à la vente, soit un domaine dans lequel elle bénéficiait déjà de compétences, contre une rémunération qui dépasse largement le simple défraiement, et ce, dans l'intérêt exclusif de A_____. Quels que soient les critères proposés par la doctrine quant à la qualification du contrat de stage, aucun d'eux n'est réalisé en l'espèce. Ainsi, comme l'a justement retenu le Tribunal, les parties étaient liées par un contrat de travail à compter du 6 juillet 2015. 4. Se pose dès lors la question de savoir si le licenciement signifié à l'intimée le 27 octobre 2015 était valable, ce que l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu. 4.1 Le droit en vigueur repose sur le principe de la liberté du congé. Chaque partie a le droit de résilier, sans indication de motif, un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée (art. 335 al. 1 CO). L'employeur qui résilie le contrat doit cependant respecter les règles énoncées aux art. 336ss CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 ; ATF 132 III 115 consid. 2.1; ATF 131 III 535 consid. 4.1). Ainsi, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement (art. 336c al. 1 let. c CO). La période de protection contre le licenciement en temps inopportun pendant la maternité prend effet avec le début de la grossesse et se termine seize semaines après l'accouchement, le jour de l'accouchement n'étant pas pris en compte dans le calcul de la période de protection, de sorte que le décompte des seize semaines ne débute que le lendemain de celui-ci (Perrenoud, La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen, in IDAT n. 39, p. 832). Le congé donné pendant la période précitée est nul (art. 336c al. 2 CO). Le fait que l'employeur n'ait pas eu connaissance de l'état de son employée n'influe pas sur le caractère nul du congé (ATF 113 II 259), sauf en cas de circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'employeur pourrait invoquer l'abus de droit manifeste de son employée (ATF 135 III 349 consid. 3). Il ne peut pas être dérogé à l'art. 336c CO par accord, contrat type de travail ou convention collective, au détriment de la travailleuse (art. 362 al. 1 CO). Le temps d'essai est réputé durer un mois, sauf accord écrit contraire, et pour une durée maximale de trois mois (art. 335b al. 2 CO). Au-delà du temps d'essai, si les parties n'ont pas fixé de délai, la loi détermine pour quelle date le congé ordinaire peut être donné (art. 335b et c CO, art. 266a à 266f CO). 4.2 En l'espèce, l'intimée a été engagée le 6 juillet 2015 et son médecin a estimé qu'elle était enceinte depuis le _____ juillet 2015. Dans la journée du 27 octobre 2015, elle a annoncé sa grossesse à son employeur, en la personne de G_____, associée sans signature de A_____. Le même jour aux alentours de 18h00, l'intimée s'est vue notifier son licenciement par H_____. Le temps d'essai légal d'un mois étant arrivé à échéance le 6 août 2015, puisque les parties n'en sont pas convenues autrement, A_____ a licencié B_____ durant la période de protection de l'art. 336c al. 1 let.c CO. Partant, le congé est nul. L'attitude de l'intimée ne saurait constituer un cas d'abus de droit. En effet, même s'il est ressorti des enquêtes menées par le Tribunal que l'intimée n'a averti, à la fin septembre 2015, que l'une de ses collègues de sa grossesse, lui demandant de garder le secret, l'on ne saurait retenir que, ce faisant, elle entendait utiliser la protection de l'art. 336c CO contrairement à son but au point de commettre un abus de droit. Tout au plus cherchait-elle à stabiliser sa situation par la signature d'un contrat écrit, ignorant qu'elle était déjà liée par un contrat de travail à compter du 6 juillet 2015, son temps d'essai étant, pour le surplus, arrivé à échéance début août 2015 sans que l'on sache si l'employée avait

même connaissance de sa grossesse à ce moment-là. Il en découle que l'intimée bénéficiait de la protection contre les congés en temps inopportun. 5. La nullité du congé confirmée, se pose la question du droit au salaire de l'intimée. L'appelante conteste lui devoir un quelconque montant à ce titre, dès lors qu'elle considère que le contrat a été valablement résilié pour le 2 novembre 2015. Pour sa part, dans son appel joint, l'intimée reproche au Tribunal d'avoir considéré que les rapports de travail avaient été résiliés par A_____, par actes concluants, à l'issue de la période de protection augmentée du délai de congé, soit le 30 septembre 2016. En effet, A_____ ne lui ayant pas proposé de réintégrer son poste malgré la nullité du congé, ni signifié un nouveau congé, le contrat est, selon elle, demeuré effectif jusqu'à ce qu'elle reprenne une formation en janvier 2017. Son droit au salaire s'étendrait donc jusqu'au 31 décembre 2016. De plus, les commissions auxquelles elle pouvait prétendre en vertu du contrat auraient dû être ajoutées à ce montant et calculées sur la base d'une moyenne basée sur les commissions qu'elle a réalisées en octobre et novembre 2015.

5.1 En cas nullité du congé, l'employeur qui veut mettre un terme au contrat doit renouveler sa manifestation de volonté une fois la période de protection achevée (art. 336c al. 2 CO ; ATF 128 III 212 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.276/1996 du 15 septembre 1997, consid. 5a). Une simple confirmation de la résiliation initiale (et nulle), après l'échéance du délai de protection, est insuffisante (Wylter/Heinzer, op. cit p. 692) La résiliation est une manifestation unilatérale de volonté, sujette à réception, par laquelle son auteur communique à son cocontractant sa volonté de mettre fin aux rapports de travail (arrêts du Tribunal fédéral 4C.189/2005 consid. 2.3 et 4C.151/2003 du 26 août 2003, consid. 4.1). Sauf disposition contractuelle contraire, elle peut être notifiée oralement, par écrit ou par actes concluants (Aubert, in Commentaire romand, Code des obligations I, Thevenoz/Werro [eds], 2 e éd. 2012, n. 3 ad art. 335 CO). La prolongation des rapports de travail sur la base de l'article 336c al. 2 CO ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation de travail alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire (art. 319 et 324 CO ; ATF 135 III 349 consid. 4.2). S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure (art. 102 ss CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO). De même, l'employeur est en demeure s'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou ne l'accepte pas pour d'autres motifs. Dans ce cas, il doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_289/2010 du 27 juillet 2010 consid. 4.1). La demeure de l'employeur suppose que le travailleur ait offert ses services (art. 324 CO ; ATF 135 III 349 consid. 4.2; ATF 115 V 437 consid. 5a). L'employeur est tenu de verser au travailleur son salaire lors d'une incapacité de travail non fautive inhérente à sa personne (art. 324a et 324b CO). Les accouchées ont, à certaines conditions, droit à l'allocation maternité durant 112 jours (art. 5 et 10 al. 3 de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 - LAMat - J 5 07). L'employeur est tenu de les renseigner afin de leur permettre de préserver leurs droits envers les assureurs (art. 331 al. 4 CO). Lorsque les rapports de travail ont pris fin, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles (art. 339 al. 1 CO). Les intérêts moratoires sont donc dus dès ce moment-là.

5.2.1 En l'espèce, afin de déterminer l'étendue du droit au salaire de l'intimée compte tenu de la nullité du congé, il sied de clarifier tout d'abord la question de la fin des rapports de travail entre les parties. Il ressort de l'article 1 du contrat de travail signé en octobre 2015, que l'engagement et la résiliation de l'employée doivent revêtir la forme écrite. Or, à l'issue de la période de protection de l'intimée, soit le _____ juillet 2016, A_____ n'a pas réitéré son

congé par écrit. Elle a même affirmé, dans ses écritures, qu'elle n'avait eu " aucune raison de signifier son licenciement une nouvelle fois à Mme B_____, la résiliation du contrat étant intervenue dans les formes et conformément à la loi ", ce qui n'est pas conforme à la réalité juridique (cf. ci-dessus) et constitue un aveu de l'appelante quant à l'absence de réitération écrite et conforme au contrat du congé. Ainsi, l'on ne peut suivre le Tribunal lorsqu'il retient que, par actes concluants, A_____ a valablement signifié à l'intimée qu'elle ne souhaitait pas voir leurs relations de travail se poursuivre et que le contrat avait donc pris fin à l'échéance du délai de congé faisant suite à la période de protection, soit pour le _____ septembre 2016. Tel n'aurait pu être le cas que si le contrat entre les parties n'avait pas prévu expressément la forme écrite pour ce faire. Pour sa part, dans son courrier du 8 décembre 2015, l'intimée a offert ses services à l'appelante. Cette dernière n'y a pas donné suite, se contentant d'indiquer, dans son courrier du 6 janvier 2016, que le congé était valable, car notifié durant le temps d'essai. A_____ s'est ainsi placée en demeure d'accepter l'offre de services de l'intimée. Etant donné qu'aucune des parties n'a notifié à l'autre une résiliation du contrat par écrit, suite à l'échéance de la période de protection dont bénéficiait l'intimée, l'on doit retenir qu'elles étaient encore liées par ledit contrat, à tout le moins jusqu'au 31 décembre 2016, date qui ressort des conclusions de l'employée et à partir de laquelle il ne peut plus être retenu qu'elle offrait ses services. L'appelante est donc tenue de verser son salaire à l'intimée jusqu'à cette date.

5.2.2 Reste à déterminer le montant dû par A_____ à B_____ pour la période concernée. Le contrat conclu entre les parties prévoit un salaire de 3'700 fr. brut par mois, plus une commission sur le chiffre d'affaire mensuel personnel de 1%. Ledit contrat spécifie que si l'employée n'atteint pas le salaire annuel brut de 49'200 fr. " commission de 1% sur le chiffre d'affaire mensuel personnel inclus ", l'appelante s'engage à lui verser la différence. L'on comprend de cette phrase que le salaire garanti selon le contrat est de 49'200 fr. annuellement, mais qu'il peut être supérieur si l'employée réalise un chiffre d'affaire personnel important. Bien que l'employée doive être placée dans la situation qui aurait été la sienne si le congé n'avait pas été signifié, il n'existe aucun moyen de calculer, a posteriori, le chiffre d'affaire qu'elle aurait pu réaliser si elle avait effectivement continué à exercer son activité. En revanche, il est certain qu'elle aurait eu droit au salaire annuel garanti contractuellement et incluant les commissions, raison pour laquelle l'on doit se référer au montant contractuel de 49'200 fr. pour calculer le droit au salaire de l'intimée. Bien que suivant le même raisonnement, le Tribunal fonde ses calculs sur un postulat erroné. En effet, le montant journalier utile à déterminer le salaire de l'intimée pour les mois de travail incomplets ne saurait être déterminé en divisant 49'200 fr. par 365 jours. Il sied, au contraire, de diviser ce montant par le nombre de jours durant lesquels B_____ aurait effectivement travaillé, soit les 5 jours ouvrés hebdomadaires, moins les congés officiels (ces jours couvrant les 42 heures contractuelles que l'intimée était tenue de réaliser contractuellement, bien que selon le contrat ces heures soient réparties sur six jours). Trois périodes doivent ainsi être distinguées pour déterminer le droit au salaire de l'intimée : - la période précédant son accouchement, soit du 3 novembre 2015 au _____ avril 2016 inclus ; - la période de protection débutant par son accouchement, soit du _____ avril au _____ juillet 2016 inclus, les 16 semaines commençant à courir dès le lendemain de l'accouchement ; et - la période faisant suite à son congé maternité, soit du _____ juillet au 31 décembre 2016.

Pour la première période (du 3 novembre 2015 au _____ avril 2016), l'intimée a donc droit à _____ fr. 20, soit les mois de décembre 2015 à mars 2016 en plein (4x4'100 fr. = 16'400 fr.), 20 jours en novembre 2015 (4'100 fr./4.33/5 jrs x 20 jrs =

3'788 fr.) et _____ jours en avril 2016 ($4'100 \text{ fr.} / 4.66/5 \text{ jrs} \times \text{_____ jrs} = \text{_____ fr. } 20$). S'agissant de la seconde période (du _____ avril au _____ juillet 2016), c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que A_____ n'avait pas respecté ses obligations légales de déclarer le salaire de son ancienne employée et qu'elle devait être condamnée à verser à l'intimée 80% de son salaire brut mensuel. B_____ a donc droit à 12'317 fr. 75, soit les mois de mai et juin 2016 en plein ($2 \times 4'100 \text{ fr.} = 8'200 \text{ fr.}$), _____ jours en avril 2016 ($4'100 \text{ fr.} / 4.33/5 \text{ jrs} \times \text{_____ jrs} = \text{_____ fr. } 20$) et _____ jours en juillet 2016 ($4'100 \text{ fr.} / 4.33/5 \text{ jrs} \times \text{_____ jrs} = \text{_____ fr.}$) moins 80% ($15'397 \text{ fr. } 20 - 80\% = 12'317 \text{ fr. } 75$). Enfin, pour la troisième période (du _____ juillet au 31 décembre 2016), l'intimée a droit à _____ fr. 40, soit les mois d'août à décembre en plein ($5 \times 4'100 \text{ fr.} = 20'500 \text{ fr.}$) et _____ jours en juillet ($4'100 \text{ fr.} / 4.33/5 \text{ jrs} \times \text{_____ jrs} = \text{_____ fr. } 40$). A_____ devra donc être condamnée à verser la somme brute totale de 53'763 fr. 35 (_____ fr. 20 + 12'317 fr. 75 + _____ fr. 40) avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2017, charge à l'appelante d'opérer les déductions sociales usuelles sur ce montant. Le jugement entrepris sera donc réformé dans le sens de ce qui précède.

6. Dans un dernier grief, l'appelante considère qu'aucune indemnité pour licenciement abusif n'est due à B_____ parce que le licenciement qu'elle lui a signifié était valable. Même à considérer qu'il ne le fût pas, elle ne saurait y prétendre dès lors qu'elle a toujours été traitée avec respect et que les relations contractuelles n'ont duré que quatre mois. Quant à l'intimée, elle reproche au Tribunal, dans son appel joint, d'avoir fixé à un mois l'indemnité pour licenciement abusif. En tenant compte des circonstances de son licenciement, le Tribunal aurait dû lui octroyer une indemnité équivalant à trois mois de salaire, soit un total de 16'968 fr. 15.

6.1 L'art. 3 L'Eg interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (al. 1). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à la résiliation des rapports de travail (al. 2). Lorsque la résiliation est discriminatoire au sens de la L'Eg, qui représente un cas spécial de licenciement abusif, l'employée peut réclamer le versement d'une indemnité de la part de l'employeur, fixée en fonction des circonstances et calculée sur la base de son salaire (art. 5 al. 2 L'Eg ; Dunand, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Aubert et Lempen [eds], Slatkine, Genève 2011, ad art. 9 L'Eg, pp. 212-213). Toutefois, la créance en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif ne se cumule pas avec les cas de protection de l'art. 336c CO. La question du licenciement abusif de la travailleuse enceinte ne se pose donc que durant le temps d'essai - période non couverte par l'art. 336c al. 1 let. c CO - ou après la période de protection prévue à l'art. 336c al. 1 let. c CO (Wyler/Heinzer, op. cit. p. 629 ; Lempen, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, op. cit. ad art. 3 L'Eg, p. 57). Ainsi, si un congé est déclaré nul, il ne déploie aucun effet juridique ex lege. Il ne saurait, par conséquent, être cumulativement nul et abusif puisque qu'il aurait fallu qu'il soit effectif pour être qualifié d'abusif au sens du CO ou de la L'Eg (Wyler/Heinzer, loc. cit. ; Lempen, loc. cit.).

6.2 En l'espèce, il a été retenu au considérant 4 supra que le congé signifié à B_____ le 27 octobre 2015 était nul, car notifié durant la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO. Le congé n'a pas non plus été réitéré en les formes convenues par A_____. Les rapports de travail n'ayant pas pris fin à l'initiative de l'employeuse, aucune indemnité pour licenciement abusif ne saurait être octroyée à l'intimée pour résiliation discriminatoire. Le jugement attaqué sera donc réformé en ce sens que l'intimée sera déboutée de ses conclusions en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

7. Du fait que le litige relève principalement de la L'Eg, il n'est pas perçu de frais

(art. 114 let. a CPC) ni alloué de dépens (art. 116 al. 1 CPC et 22 al. 2 LaCC) d'appel, que ce soit pour l'appel principal ou l'appel joint.![endif]>![if> * * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 3, statuant par voie de procédure simplifiée : A la forme : Déclare recevable l'appel formé le 5 janvier 2018 par A_____ contre le jugement JTPH/436/2017 rendu le 17 novembre 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/10450/2016-3 . Déclare recevable l'appel joint formé par B_____ contre ce même jugement. Au fond : Annule les chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement querellé et cela fait, statuant à nouveau : Condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 53'763 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 1 er janvier 2017. Déboute B_____ de ses conclusions en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Dit qu'il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens d'appel. Siégeant : Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Claudio PANNO, juge employeur; Madame Monique LENOIR, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.