

La succession immédiate ou rapprochée de deux contrats de travail et l'apprentissage sont deux situations dans lesquelles il ne doit y avoir qu'**une seule période probatoire d'au maximum trois mois** (cons. 4.1.2).

Il en va de même pour un **stage** (cons. 4.2).

#### Composition

Mmes les Juges fédérales  
Kiss, Présidente, Klett et Hohl.  
Greffière : Mme Schmidt.

#### Participants à la procédure

A. Sàrl,  
représentée par Me Pierre Vuille,  
recourante,

contre

B.,  
représentée par Me Nadia Meylan,  
intimée.

#### Objet

contrat de travail,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 9 octobre 2018 (C/10450/2016-3, CAPH/135/2018).

#### Faits :

A.

A.a. A. Sàrl (ci-après: la défenderesse), société à responsabilité limitée dont le siège est à..., gère quatre lieux de vente de matériel électroménager, son et image à Genève. En 2015, elle a engagé, sous l'appellation de " stagiaires ", plusieurs personnes pour une durée de trois jours à plusieurs semaines. Le montant de leur rémunération était variable et remis en espèces. Aucune formation spécifique n'était offerte à ces personnes; elles n'étaient notamment pas encadrées par un responsable de stage. Hormis l'explication de certaines procédures relatives à la signature des contrats de vente, les prises de rendez-vous pour les livraisons et le service après-vente, A. Sàrl leur conseillait de consulter les catalogues et de suivre des vendeurs expérimentés pour se former à la vente.

A.b. Le 6 juillet 2015, B. (ci-après: la demanderesse) a été engagée par U., qui, sans être inscrit au registre du commerce, gérait le personnel de A. Sàrl. Au moment de son engagement, elle bénéficiait déjà de plusieurs expériences en qualité de vendeuse.

Occupant plusieurs postes au sein de A. Sàrl, B. s'est trouvée affectée dans un premier magasin entre son engagement et le début du mois d'août 2015. Elle s'est ensuite trouvée affectée dans un second magasin, afin de contribuer à son ouverture, entre août et mi-septembre 2015; ses tâches consistaient alors notamment en l'ouverture de colis, le rangement et la mise en place de la marchandise dans les rayons. Une fois le magasin ouvert, mi-septembre 2015, elle y était présente à plein temps, tous les jours sauf les jours de congé, pour s'occuper de la vente, répondre au téléphone et prendre des rendez-vous pour les livraisons de marchandises.

Dès son engagement et jusqu'au 30 septembre 2015, B. a été rémunérée en espèces par U., pour un montant mensuel variant entre 2'500 fr. et 3'000 fr., sans déduction des charges salariales.

A.c. Le 1er octobre 2015, les parties ont signé un contrat de durée indéterminée, avec une durée hebdomadaire de travail de 42 heures, réparties sur six jours. Le salaire convenu était de 3'700 fr. brut par mois, plus une commission sur le chiffre d'affaires mensuel personnel de 1%. Si l'employée n'avait pas atteint le salaire annuel brut de 49'200 fr., commission de 1% incluse, l'employeuse s'engageait à lui verser la différence.

En son article 1, le contrat prévoyait un temps d'essai d'une durée de trois mois, durant lequel le délai de congé était fixé à trois jours ouvrables. Une fois le temps d'essai échu, le contrat pouvait être résilié, durant la première année de service, moyennant un délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois et, de la deuxième année à la neuvième année de service, de deux mois pour la fin d'un mois.

Enfin, l'engagement et la résiliation devaient revêtir la forme écrite pour être valables.

A.d. Dans la journée du 27 octobre 2015, B. a fait part de sa grossesse à V., administratrice de A. Sàrl. Son médecin estimera par la suite que la grossesse remontait au 8 juillet 2015.

Par courrier remis en mains propres à 18h le même jour, A. Sàrl a résilié le contrat de travail de B. pour le 2 novembre 2015.

B. s'est opposée à son licenciement par courrier recommandé du 8 décembre 2015. Elle tenait son licenciement pour nul, considérant qu'elle avait commencé son emploi le 6 juillet 2015 et que la période d'essai était expirée. Elle a précisé être à disposition de A. Sàrl pour reprendre son poste.

Par pli recommandé du 6 janvier 2016, A. Sàrl a indiqué à B. que le congé signifié le 27 octobre 2015 était valable et qu'elle avait été indemnisée jusqu'au 2 novembre 2015 pour solde de tout compte.

B. a confirmé les termes de son précédent courrier, par pli recommandé du 24 janvier 2016. Elle a ajouté qu'elle tenait également son licenciement pour nul, dans la mesure où elle était enceinte au moment où celui-ci lui a été signifié.

A. Sàrl n'a pas répondu à ce courrier.

A.e. B. a perçu, pour le mois d'octobre 2015, un salaire brut de 4'504 fr. 45, dont 804 fr. 45 à titre de commission. Pour le mois de novembre 2015, elle a perçu un salaire brut de 485 fr. 72, dont 239 fr. 05 à titre de commission.

B.

B.a. Par requête de conciliation du 18 mai 2016, puis ensuite de l'échec de la conciliation, par demande du 22 septembre 2016, B. a ouvert action contre A. Sàrl devant le Tribunal des prud'hommes. Elle a conclu au 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. Sàrl, à la délivrance d'un certificat de travail et à la condamnation de A. Sàrl en tous les frais et dépens de la procédure. La demanderesse a ensuite 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 que du montant net de 22'200 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, le tout plus intérêts à 5% l'an dès le 3 novembre 2015.

La défenderesse a conclu à la constatation de la validité du licenciement notifié à la demanderesse le 27 octobre 2015, partant, à l'absence de toute prétention de cette dernière sur la base du contrat, et s'est opposée à l'amplification des conclusions.

Par jugement du 17 novembre 2017, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande (ch. 1), exceptée la conclusion tendant au constat de ce que la demanderesse était toujours employée de A. Sàrl (ch. 2), condamné A. Sàrl à verser à B. la somme brute de 41'665 fr. 70 à titre de salaire et la somme nette de 4'100 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ces deux montants portant intérêts à 5% l'an à compter du 1er octobre 2016 (ch. 3 et 4), condamné A. Sàrl à délivrer un certificat de travail complet et conforme au considérant 6 de son jugement (ch. 5), invité la partie qui en avait la charge à procéder aux déductions sociales et légales usuelles (ch. 6), renoncé à percevoir des frais et dépens (ch. 7) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8). Le Tribunal a notamment retenu que les parties étaient liées par un contrat de travail oral dès le 6 juillet 2015 et qu'en raison de la grossesse de l'employée, le congé notifié à celle-ci le 27 octobre 2015 était nul.

B.b. Statuant le 9 octobre 2018 sur appel de la défenderesse et appel joint de la demanderesse, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a annulé les chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement querellé et, statuant à nouveau, a condamné la défenderesse à verser à la demanderesse la somme brute de 53'763 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2017 à titre de salaire et débouté celle-ci de ses conclusions en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

C.

Contre cet arrêt, la défenderesse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant, principalement, à sa réforme en ce sens qu'elle a valablement résilié le contrat de travail de la demanderesse durant le temps d'essai et que celle-ci doit être déboutée de toutes ses conclusions, subsidiairement, au renvoi de la cause à la Chambre des prud'hommes pour nouvelle décision. Elle se plaint d'arbitraire dans la constatation des faits, de violation du droit, particulièrement des art. 319 CO et 2 CC.

Ni la cour cantonale ni la demanderesse n'ont été invitées à se prononcer.

Considérant en droit :

1.

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par l'employeuse qui a succombé dans ses conclusions libératoires (art. 76 al. 1 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une affaire de contrat de travail (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

2.

2.1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

2.2. Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux

invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

3.

Dans une première partie qu'elle intitule " exposé succinct du litige et des griefs ", la recourante présente un état de fait différent de celui retenu dans l'arrêt entrepris, sans entreprendre une quelconque démonstration de l'arbitraire. En tant qu'il ne répond pas aux exigences strictes des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF, cet état de fait modifié se révèle d'emblée irrecevable.

Dans une seconde partie, la recourante critique l'état de fait retenu par la cour cantonale au motif que trois faits en auraient été arbitrairement omis. Il apparaît toutefois que ceux-ci ne sont d'aucune pertinence pour l'issue du litige, de sorte que l'une des conditions cumulatives de l'art. 97 al. 1 LTF n'est pas remplie. En effet, il importe peu de savoir quand exactement la demanderesse aurait été au fait de sa grossesse et si elle avait alors l'intention de cacher celle-ci pour pouvoir signer un contrat de travail, puisque l'employée n'était aucunement tenue d'annoncer sa grossesse à son employeur, voire, si l'on adopte le point de vue de la recourante, son futur employeur (cf. consid 5 infra). De même, il importe peu que des témoins aient affirmé avoir également connu une phase de " stage " au sein de la société avant la signature d'un contrat de travail, puisque la dénomination donnée à une relation contractuelle n'est pas déterminante et que seules sont décisives les circonstances particulières de chaque cas d'espèce (cf. consid 4 infra).

Le grief d'arbitraire dans la constatation des faits est dès lors mal fondé.

4.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir retenu qu'un rapport de travail liait les parties entre le 6 juillet et le 30 septembre 2015 et d'en avoir déduit que la demanderesse n'était plus en période d'essai au moment du licenciement, soit le 27 octobre 2015. Elle soutient qu'entre le 6 juillet et le 30 septembre 2015, elle était liée à la demanderesse, non pas par un rapport de travail, mais par un rapport de stage.

4.1.

4.1.1. La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219). **Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties** (ATF 129 III 664 consid. 3.1 p. 667; 84 II 493 consid. 2 p. 496).

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). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A\_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

4.1.2. **Le temps d'essai est aménagé afin de permettre aux parties de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur donnant l'occasion d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période.** Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement. C'est pourquoi la loi prévoit que chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours pendant le temps d'essai, ce temps d'essai étant le premier mois de travail (art. 335b al. 1 CO), voire les trois premiers mois de travail en cas de dérogation par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective (art. 335b al. 2 CO; ATF 136 III 562 consid. 3 p. 563; 129 III 124 consid. 3.1 p. 125). Si les parties conviennent d'un temps d'essai supérieur à ces trois mois, l'accord est

illicite et donc nul, dans la seule mesure où il dépasse la durée maximale légale; il s'agit donc d'une nullité partielle (art. 20 al. 2 CO; ATF 136 III 562 consid. 3 p. 563; 129 III 124 consid. 3.1 p. 125 s.). Certaines situations sont susceptibles de conduire à une prolongation excessive du temps d'essai, revenant à éluder la protection contre les licenciements au détriment du travailleur (ATF 129 III 124 consid. 3.2 et les références citées). **Parmi ces situations se trouvent notamment la succession immédiate ou rapprochée de deux contrats de travail, cas dans lesquels il ne devrait y avoir qu'une seule période probatoire d'au maximum trois mois** (arrêts 4A\_406/2010 du 14 octobre 2010 consid. 2, non publié à l'ATF 136 III 562; 4C.284/2002 du 18 mars 2003 consid. 4; Gabriel Aubert, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 5 ad art. 335b CO; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd. 2012, n. 3 ad art. 335b CO; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 512), **et l'apprentissage, qui devrait être compris dans la durée des rapports de travail, de sorte que l'employeur qui engage son apprenti au terme de sa formation ne peut prévoir un nouveau temps d'essai** (arrêt 4C.284/2002 précité consid. 4; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 512).

4.2. La recourante conteste la qualification de contrat de travail, sans exposer en quoi l'un des éléments caractéristiques de ce contrat ne serait pas réalisé. Il n'est à ce titre pas contesté qu'entre le 6 juillet et le 30 septembre 2015, la demanderesse était active au sein de la société en qualité de vendeuse, qu'elle était soumise aux instructions de ses supérieurs et qu'elle percevait en contrepartie de son activité une rémunération oscillant entre 2'500 fr. et 3'000 fr., sans déduction des charges salariales. Il n'est pas non plus contesté qu'elle est restée pareillement active postérieurement au 1er octobre 2015, en contrepartie d'un salaire de 3'700 fr. brut. Dans ces circonstances, il apparaît que les parties ont été liées par un contrat de travail dès le 6 juillet 2015, sans égard au fait qu'elles qualifiaient celui-ci de " stage " jusqu'au 30 septembre 2015, avec pour conséquence que la période probatoire était déjà écoulée au moment du licenciement notifié le 27 octobre 2015.

Les arguments qu'avance la recourante ne changent rien à ce résultat. En particulier, lorsqu'elle affirme que la demanderesse effectuait ses tâches sous la responsabilité d'un employé plus expérimenté dont elle a pu " apprendre de sa façon de faire ", la recourante se fonde sur un fait non constaté et contraire aux constatations de la cour cantonale, selon lesquelles les " stagiaires " n'étaient encadrés par aucun responsable de stage (cf. consid. A.a. supra). En outre, le fait que quatre autres personnes aient été engagées pour un " stage " au sein de la même société se révèle sans pertinence, dès lors que l'on ignore tout de l'exécution concrète de leurs contrats et donc de la qualification juridique qu'il y aurait lieu de retenir pour ceux-ci. **En tout état, même à considérer que les parties étaient liées par un contrat de stage, la période probatoire ne saurait s'être prolongée jusqu'au 27 octobre 2015 au vu de la jurisprudence précitée** (cf. consid. 4.1.2 supra)

Partant, le grief de la violation du droit relatif à la qualification du contrat doit être rejeté.

5.

La recourante se prévaut d'une violation de l'art. 2 CC et soutient que la demanderesse aurait commis un abus de droit en différant l'annonce de sa grossesse jusqu'à son licenciement, dans le seul et unique but de signer le contrat de travail du 1er octobre 2015.

5.1.

5.1.1. Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. c CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul.

La protection accordée par la norme précitée se rapporte à l'état de grossesse de l'employée, la période d'interdiction de licencier s'étendant pendant toute la durée de la grossesse et au cours des seize semaines suivant l'accouchement. Le texte de la loi ne subordonne pas la protection contre le

licenciement à l'annonce de l'état de grossesse. A cet égard, aucune mention n'est faite d'un quelconque délai pour faire valoir le droit à la protection; si cette question a été débattue par les parlementaires fédéraux, ceux-ci ont refusé d'introduire un tel délai dans la loi. Admettre le contraire irait à l'encontre de la volonté du législateur (ATF 135 III 349 consid. 2.1 et les références citées).

5.1.2. La protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO ne s'applique pas pendant le temps d'essai (Florence Aubry Girardin, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 13 ad art. 336c). Toutefois, il n'existe, sauf circonstances particulières liées notamment à la bonne exécution de l'activité proposée, aucune obligation pour une employée d'annoncer sa grossesse à un futur employeur lors de la phase précontractuelle (Aubert, op. cit., n. 6 ad art. 328b CO; Stéphanie Perrenoud, La protection de la maternité, 2015, p. 699 ss; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3e éd. 2013, n. 63, p. 20; Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 9, 10, 11 ad art. 328b CO; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 324), ni non plus a fortiori pendant le temps d'essai.

5.1.3. L'abus de droit permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice du droit allégué créerait une injustice manifeste, par exemple en cas d'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit ou d'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but. L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement (ATF 143 III 666 consid. 4.2; 137 III 625 consid. 4.3; 135 III 162 consid. 3.3.1). En lien avec l'art. 336c al. 1 let. c CO, le Tribunal fédéral a considéré que l'employée, qui a attendu un mois après la fin des rapports de travail pour annoncer sa grossesse, ne commet aucun abus de droit (ATF 135 III 349 consid. 2 et 3).

5.2. Selon la recourante, la demanderesse a eu connaissance de sa grossesse bien avant octobre 2015, mais aurait tout fait pour en différer l'annonce à son employeur dans le seul et unique but de signer un contrat de travail, commettant par là même un abus de droit. Or, le moment auquel la demanderesse a eu connaissance de sa grossesse et les raisons pour lesquelles elle n'a pas informé l'employeur de son état sont dépourvues de toute pertinence pour juger du cas d'espèce. Il n'existe en l'occurrence aucune circonstance particulière qui aurait entraîné l'obligation pour l'employée d'annoncer sa grossesse pendant la période probatoire (cf. consid. 5.1.2 supra), de sorte qu'il ne saurait lui être reproché d'avoir attendu le 27 octobre 2015 pour informer son employeur de son état. Par ailleurs, dans la mesure où il est admis qu'une employée n'a pas l'obligation d'informer l'employeur de sa grossesse pour bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO après le temps d'essai, l'on ne voit pas non plus en quoi la demanderesse, liée à l'employeuse par un contrat de travail depuis le 6 juillet 2015 (cf. consid. 4.2 supra), se serait comportée de manière abusive en annonçant sa grossesse après l'échéance de la période probatoire.

En conséquence, le grief pris d'une violation de l'art. 2 CC est infondé. Dès lors que l'employée n'avait aucune obligation d'annoncer sa grossesse pendant le temps d'essai et que la résiliation par l'employeur est intervenue après cette période, la protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO est applicable.

6.

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté.

Les frais judiciaires sont mis à la charge du recourant (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée n'ayant pas été invitée à répondre, il ne sera pas alloué de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes.

Lausanne, le 6 mai 2019

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

La Greffière : Schmidt