



E _____ SA
Dom. élu : Me DORSAZ Bernard
Rue du Général-Dufour 11
1204 Genève

Monsieur
T _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 15 février 2006

M. Patrick BLASER, président

MM. Pierre KLEMM et Claude MARTEAU, juges employeurs

MM. René BRUNNER et Robert STUTZ, juges salariés

M. Philippe GORLA, greffier

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 2 juillet 2004, E_____ SA appelle du jugement rendu le 21 janvier 2004 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties par pli recommandé du 3 juin 2004.
- B. E_____ SA est une société anonyme ayant pour but l'exploitation d'une entreprise de nettoyages et les prestations de services s'y rapportant. Son siège est à Z_____ (extrait du registre du commerce).
- C. T_____ a été engagé à plein temps au service de E_____ SA à compter du 2 juin 2003 en qualité de nettoyeur/chef d'équipe à temps complet pour un salaire mensuel de CHF 4'000.-, porté à CHF 4'200.- après une période d'essai de deux mois. La durée hebdomadaire de travail était de 44 heures.
- D. T_____ s'est retrouvé en incapacité de travail du 17 au 29 juillet 2003 pour cause de maladie.
- E. Par courrier du 30 juillet 2003, E_____ SA a signifié à T_____ son congé pour le samedi 9 août 2003 en raison de la qualité défectueuse de son travail. Ce courrier a été envoyé par pli simple ainsi que par pli recommandé.
- F. Le syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs (ci-après syndicat SIT) a indiqué à E_____ SA, par courrier du 28 août 2003 remis en mains propres le 29 août 2003 par T_____, que le courrier du 30 juillet 2003 avait été reçu par l'employé le 26 août 2003 seulement, date qui correspondait au retour de ses vacances, lesquelles avaient débuté le 30 juillet 2003. T_____ a également offert de revenir travailler chez E_____ SA pour le reste du délai de congé expirant à fin septembre 2003.

Par courrier du 15 septembre 2003 adressé à E_____ SA, le syndicat SIT confirmait la position exprimée dans la lettre du 28 août 2003.

- G. Par courrier du 17 octobre 2003, E_____ SA a contesté que T_____ ait été autorisé à prendre des vacances à compter du 30 juillet 2003, ces dernières devant débuter seulement le 1^{er} août 2003. Elle a également indiqué que T_____ devait très certainement se trouver à Genève le jeudi 31 juillet 2003, date à laquelle le courrier de licenciement aurait dû lui parvenir.

De plus, E_____ SA a expliqué dans ce même courrier que, lors d'un entretien ayant eu lieu le 29 juillet 2003 dans ses locaux, le supérieur de T_____ lui avait expressément indiqué qu'il devait prendre toutes les mesures nécessaires pour se faire acheminer son courrier en cas d'absence. Elle a également précisé que T_____ était venu le 30 juillet 2003 apporter en

personne un certificat de reprise de travail et qu'à cette occasion la société l'avait prévenu des conséquences d'un abandon de poste.

- H. Par demande reçue au greffe de la juridiction des prud'hommes le 20 octobre 2003, T _____ a assigné E _____ SA en paiement de CHF 4'393.60 à titre d'arriérés de salaire pour la période du 26 août au 30 septembre 2003 ainsi que CHF 1'032.39 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, le tout avec intérêts à 5 % l'an dès le 20 octobre 2003. Aucune prétention n'a été formulée quant à la période de vacances effectivement prises par le demandeur.
- I. L'audience de conciliation a eu lieu le 12 novembre 2003 et la cause a été renvoyée au tribunal de céans.
- J. Par courrier du 7 janvier 2004, le Caisse de chômage du SIT s'est subrogée aux droits du demandeur à concurrence de CHF 596.65 nets versés à titre d'indemnités de chômage pour le mois de septembre 2003.
- K. Lors de l'audience du 21 janvier 2004, T _____ a indiqué avoir annoncé à E _____ SA, au mois de mai 2003, lors de son entretien d'embauche vouloir prendre des vacances en août 2003. Il avait annoncé à son supérieur hiérarchique, A _____, qu'il souhaitait partir en vacances le 30 juillet 2003 étant donné qu'il avait pu obtenir des billets d'avion pour cette date.

Lors de cette audience, il a encore précisé avoir reçu sa lettre de résiliation le 26 août 2003.

E _____ SA a déposé, lors de cette même audience, la demande de vacances signée par le demandeur dans laquelle il est indiqué une période de vacances allant du 1^{er} au 25 août 2003 inclus. Elle a précisé que le demandeur était passé apporter lui-même son certificat d'incapacité de travail le 29 juillet 2003, et qu'il avait, à cette occasion, annoncé son intention de partir en vacances non pas le 1^{er} août comme initialement prévu, mais le 30 juillet 2003, des billets d'avion ayant déjà été pris. La défenderesse n'avait pas payé de salaire au demandeur pour le mois d'août 2003 et s'était engagée à verser son salaire au prorata jusqu'au 7 août 2003. Selon les fiches de salaire déposées à l'audience de ce jour, le demandeur a reçu son salaire jusqu'à la fin du mois de juillet, ainsi qu'une indemnité pour vacances non prises en nature de fr. 700.- équivalant à 3,5 jours de vacances.

Les parties considéraient les semaines de vacances de T _____ comme étant un congé sans solde.

- L. Par courrier du 22 janvier 2005, reçu au greffe le 26 janvier 2005, E _____ SA, par l'intermédiaire de son conseil, a répondu que la notification de la résiliation du contrat de travail avait été effectuée par courrier en date du 30 juillet 2003, adressée à la fois par pli simple et par voie recommandée.

L'enveloppe de l'envoi recommandé avait cependant été retournée à E _____ SA, car le pli n'avait pas été réclamé.

La défenderesse a ajouté que le délai de garde venait à expiration le 7 août 2003.

La défenderesse a indiqué à cet égard que s'agissant de la réception d'une notification effectuée par pli recommandé, la jurisprudence était claire et constante: son destinataire est réputé l'avoir reçue au plus tard le dernier jour du délai de garde par les postes, même s'il ne retire pas le pli.

La défenderesse a ajouté qu'en l'espèce, le contrat avait été conclu avec effet au 2 juin 2003 avec une période d'essai de 2 mois, venant ainsi à échéance le 2 août mais que ce délai devait être prolongé de la période de maladie, soit selon le certificat médical produit, de 13 jours.

Enfin la défenderesse a expliqué que même si l'on voulait admettre que l'employé ce serait rendu sur le lieu de son travail le matin des 17,18 voire encore 21 juillet 2003 pour donner des instructions à son équipe et si l'on voulait considérer l'incapacité de travail comme réduite de 5 jours, soit au total 8 jours, la période d'essai serait prolongée jusqu'au 10 août 2003.

E _____ SA a finalement conclu que le dernier jour du délai de garde étant, le 7 août 2003, la notification de la résiliation du contrat de travail avait été valablement effectuée.

- M. Par jugement du 21 janvier 2004, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E _____ SA à payer la somme brute de CHF 4'516.25 plus intérêts à 5 % l'an dès le 20 octobre 2003, soit CHF 4'200.-- correspondant au salaire du mois de septembre 2003 et de CHF 1'016.25 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, sous déduction de la somme brute de CHF 700.-- déjà perçue au mois de juillet 2003, sous déduction de la somme nette de CHF 596.65 qu'elle devra payer à la caisse de chômage du SIT. Pour le surplus, les parties ont été déboutées de leurs conclusions.

A l'appui de sa décision, le Tribunal a constaté que la période d'essai de T _____ avait pris fin le 31 juillet 2003 et que la lettre de licenciement avait été envoyée par recommandé et par pli simple le 30 juillet 2003.

Le Tribunal a estimé que l'employé avait quitté Genève le 30 juillet 2003, ce que E _____ SA savait, étant donné qu'elle en avait été avisée le 29 juillet 2003.

Le Tribunal en a conclu que T _____ ne pouvait pas s'attendre à recevoir son congé, aucune mention ne lui ayant été faite lors de son entrevue du 29 juillet 2003 avec son supérieur hiérarchique et que dès lors, il ne pouvait lui être fait grief de ne pas avoir pris les dispositions nécessaires pour faire acheminer son courrier à son lieu de villégiature.

Le Tribunal a au surplus constaté que E_____ SA n'avait pas fondé le licenciement du demandeur sur le non-respect par celui-ci de l'interdiction qui lui aurait été faite d'avancer son départ en vacances de deux jours et qu'en bonne logique, si le demandeur n'avait pas obtenu l'autorisation de partir en vacances de la part de son supérieur hiérarchique, E_____ SA aurait dû justifier le congé en raison de l'abandon de poste du défendeur et aurait ainsi pu mettre fin aux rapports de travail avec effet immédiat, or tel n'avait pas été le cas.

Le Tribunal a jugé en conséquence que T_____ avait valablement rempli ses obligations et que le congé devait être considéré comme notifié au retour de ses vacances, à savoir le 26 août 2003.

Estimant que T_____ avait valablement offert ses services en date du 29 août 2003 et que les rapports de travail avaient pris fin le 30 septembre 2003, le Tribunal a attribué à l'employé le salaire du mois de septembre 2003 ainsi qu'une indemnité pour vacances non prises en nature à déduire de l'indemnité déjà perçue en juillet 2003.

Le Tribunal a enfin constaté que l'employé n'avait formulé aucune prétention pour le mois d'août 2003, et que cette période devait être considérée comme un congé sans solde.

- N. Dans son mémoire d'appel déposé au greffe le 2 juillet 2004, E_____ SA a réaffirmé que le temps d'essai avait été prolongé de 13 jours parce que T_____ était tombé malade entre le 17 et le 29 juillet 2003.

E_____ SA a également expliqué que d'une part T_____ avait abandonné son poste sans en informer E_____ SA et que d'autre part, il était dans la situation particulière où il devait s'attendre à recevoir du courrier de la part de son employeur durant ses vacances, vu l'avertissement reçu de ce dernier. De ce fait, selon l'employeur, T_____ aurait dû faire le nécessaire pour faire suivre son courrier.

E_____ SA en déduit que la notification du congé a valablement été donnée durant la période d'essai, soit le 31 juillet 2003.

- O. Lors de l'audience du 14 décembre 2004, E_____ SA a confirmé son appel du 2 juillet 2004. Elle a également confirmé que la lettre du 30 juillet 2003 avait été expédiée le même jour par pli simple. L'employeur a contesté les déclarations de T_____. B_____, représentante d'E_____ SA, a, en outre, indiqué qu'elle n'avait pas vu ce dernier avant son départ en vacances.

T_____ a expliqué qu'il n'avait pas répondu par écrit à l'appel de E_____ SA, mais qu'il contestait toutefois les conclusions de la partie adverse et qu'il s'en référait expressément au jugement qu'il approuvait intégralement.

L'employé a confirmé qu'il était parti avec son épouse le 30 juillet 2003 en avion pour le Portugal et qu'ils étaient revenus le 26 août 2003. Il a contesté le fait que son employeur lui avait indiqué avoir adressé une lettre le concernant. Il a expliqué qu'il n'avait entrepris aucune démarche administrative particulière pour que son courrier lui soit adressé au Portugal.

Il a en outre affirmé qu'il avait informé B _____ qu'il partirait plus tôt et qu'elle lui avait donné son accord.

Sur question de la Cour d'appel, qui a relevé qu'il avait commandé son billet le 18 juillet 2003 avec départ le 30 juillet 2003, il a répondu qu'il ne pensait pas que sa maladie l'empêcherait de voyager.

- P. Par courrier du 2 mars 2005, la Caisse chômage du SIT a maintenu sa subrogation pour un montant de CHF 596.65 nets.
- Q. Lors de l'audience du 8 mars 2005, la Cour de céans a constaté l'absence du témoin A _____ et une amende de CH 200.-- lui a été infligée.
- R. Lors de l'audience du 25 mai 2005, E _____ SA a expliqué que T _____ était entré en fonction le 2 juin 2003, que son temps d'essai était de 2 mois et que par conséquent, l'échéance de la période d'essai tombait le 2 août 2003.

En outre, l'employeur a relevé que T _____ avait été en congé maladie du 17 au 29 juillet 2003 durant le temps d'essai. L'employé a remis le 29 juillet 2003 son certificat médical directement à son supérieur, Monsieur A _____.

L'employeur a également expliqué que T _____ avait été payé pour 3 jours et demi de vacances qui lui étaient dus au pro rata temporis, le solde de vacances étant à sa charge.

Enfin, l'employeur a encore précisé qu'il avait l'intention d'indiquer à T _____ que son contrat de travail était résilié le 31 juillet 2003, mais qu'il n'était pas là.

T _____ a pour sa part indiqué qu'il n'avait pas repris son travail le 30 juillet 2003 car il devait partir pour le Portugal jusqu'au 26 août 2003.

L'employé a expliqué que lorsqu'il était malade il avait travaillé deux jours et que c'est pour cette raison qu'il avait compensé les 30 et 31 juillet 2003.

Le témoin A _____ a expliqué qu'il n'était plus employé de la société E _____ SA et cela depuis novembre 2003. Il a indiqué qu'il était son chef direct et qu'il se souvenait qu'il était malade pendant une certaine période. En revanche, il ne se souvenait pas que l'employé avait travaillé pendant qu'il était malade et s'il lui

avait remis un certificat médical avant de partir en vacances, que c'était toutefois possible.

Le témoin s'est souvenu que T_____ lui avait indiqué qu'il allait prendre des vacances, mais que cela n'était pas du tout prévu lors de son engagement. Il ne souvenait plus s'il avait indiqué à l'employé que son contrat allait être résilié et qu'il allait recevoir son congé pendant les vacances.

Au terme de l'audience, la Cour de céans a gardé la cause à juger.

EN DROIT

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), l'appel est recevable.
2. a) L'appelante estime que le congé a pris effet à la date du 9 août 2003 et qu'en conséquence, la demande en paiement de T_____ est infondée et que le jugement du 21 janvier 2004 du Tribunal des Prud'hommes doit être réformé.

En substance, elle explique que T_____ est parti en vacances le 30 juillet 2003, deux jours avant la date convenue avec son employeur pour son départ en vacances et qu'il doit dès lors subir les conséquences de son abandon de poste qui constitue une grave violation du contrat de travail. Selon l'appelante, elle pouvait considérer que son employé se trouverait encore à son domicile lorsque la lettre du 30 juillet 2003 lui parviendrait.

L'appelante affirme que la notification du congé a valablement été donnée durant la période d'essai, le 31 juillet 2003 et que, même si, en raison d'un retard de la Poste, le courrier était effectivement parvenu dans la boîte aux lettres de l'employé après son départ en vacances, il devrait être présumé l'avoir reçu durant la période d'essai car il avait l'obligation de prendre toutes les mesures utiles pour que son courrier lui parvienne à son lieu de vacances. E_____ SA a expliqué que vu l'avertissement de son employeur et que s'agissant du Portugal, le courrier simple l'aurait atteint avant le terme de la période d'essai.

E_____ SA indique également dans son mémoire d'appel que T_____ avait été clairement averti par son supérieur, A_____, que s'il ne se présentait pas à son travail le 30 juillet 2003, son employeur lui notifierait un courrier de résiliation et qu'il devait prendre toutes les mesures utiles afin de garantir que ce courrier lui parvienne. L'appelante en conclut que l'employé doit répondre de sa carence.

Selon elle, s'agissant du recommandé, T_____ devait être présumé l'avoir reçu au plus tard le septième jour du délai de garde, soit dès le début du mois d'août 2003.

L'appelante en déduit que la notification est présumée être parvenue à son destinataire avant l'expiration du temps d'essai, de sorte que c'est le délai de congé de sept jours prévu à l'article 335b alinéa 1 CO qui s'applique et que de ce fait le congé a pris effet à la date du 9 août 2003.

b) Dans le cadre d'une procédure en justice, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). La loi régit non seulement la répartition du fardeau de la preuve mais aussi les conséquences de l'absence de preuve (ATF 105 II 144 = JdT 1989 I 85). Toutefois la partie qui dénonce le contrat doit prouver qu'elle l'a fait en temps voulu (Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, p.482).

c) Selon l'article 335b CO, pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois. Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant.

Il suffit aux termes de la loi que la déclaration de congé parvienne à son destinataire avant l'expiration du temps d'essai; peu importe que le délai congé arrive à échéance après la période d'essai (ATF 124 V 246).

La période d'essai se calcule selon le temps de travail effectif à l'exclusion des périodes durant lesquelles l'intéressé a été empêché de travailler (Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts 1981, p. 123).

d) Sauf convention contraire, le congé n'est soumis à aucune forme; il peut être donné oralement ou par écrit et prend effet dès qu'il est parvenu au cocontractant, conformément au principe de la réception. La confirmation écrite d'un congé donné antérieurement de vive voix prend effet à compter du jour où il a été donné verbalement. Le congé doit être donné clairement et sans ambiguïté; comme toute autre manifestation de volonté, il s'interprète selon le principe de la confiance, soit dans le sens que de bonne foi son destinataire peut et doit lui attribuer (Pierre Tercier, *op.cit.*, p.482).

e) La période de vacances ne donne droit à aucune protection contre la résiliation en temps inopportun du contrat de travail par l'employeur (art. 336c CO). Par conséquent, il n'est pas interdit de donner le congé pendant les vacances du

travailleur et cette période ne suspend pas automatiquement le délai de résiliation du contrat (ATF en la cause 4P. 307/1999). Le Tribunal fédéral admet l'opinion de la doctrine majoritaire, selon laquelle le travailleur à qui une lettre de congé est envoyée à son domicile alors qu'il se trouve en vacances n'est censé en avoir pris connaissance qu'à son retour, à moins qu'il ne soit resté chez lui pendant la période considérée ou qu'il ait fait suivre son courrier à son adresse de vacances (Rémy WYLER, *Droit du travail*, p. 267-268).

Lorsque le travailleur est parti en vacances sans en informer son employeur, il est censé avoir pris connaissance de la résiliation selon les règles ordinaires, car, dans ce cas, l'employeur ne doit pas s'attendre à une absence du travailleur. Si l'employeur avertit le travailleur de ne pas prendre ses vacances, alors que celles-ci n'ont pas été fixées précédemment, il peut alors procéder à une résiliation sous condition potestative. Si le travailleur passe outre l'injonction de l'employeur, la résiliation sera effective le jour du départ en vacances (Rémy WYLER, *op.cit.*, p. 268).

f) En l'espèce, E _____ SA a résilié le contrat de travail de Monsieur T _____ par courrier du 30 juillet 2003, adressé à la fois par pli simple et par voie recommandée.

L'appelante affirme avoir averti l'intimé le 29 juillet 2003 de son prochain licenciement et que de ce fait, ce dernier aurait dû prendre toutes les mesures utiles pour que son courrier lui parvienne à son lieu de vacances.

La Cour de céans estime que l'appelante n'a pas été en mesure de prouver de façon satisfaisante ce fait. Le témoin A _____ a en effet expliqué qu'il ne se souvenait plus si il avait indiqué à l'employé que son contrat allait être résilié et qu'il recevrait son congé pendant les vacances. L'appelante n'a pas fourni d'autres preuves.

En conséquence, la Cour ne peut retenir l'argumentation de l'appelante à cet égard et rejoint sur ce point l'avis du Tribunal des Prud'hommes.

En revanche, la Cour ne peut suivre le Tribunal lorsqu'il affirme que T _____ a obtenu l'autorisation de partir en vacances de la part de son supérieur hiérarchique dès le 30 juillet 2003. Les différentes preuves à la disposition de la Cour tendent en effet à prouver que l'employeur était opposé à ce départ en vacances. Ainsi, le formulaire des vacances d'été 2003 mentionne la période du 01.08.2003 au 25.08.2003 et le témoin A _____ a confirmé que ces vacances n'étaient pas du tout prévues lors de son engagement. Au surplus, lorsque l'employé ne s'est pas présenté le 30 juillet 2003, E _____ SA a immédiatement rédigé une lettre de licenciement.

Par ailleurs, la Cour de céans constate que l'employé a été en congé maladie du 17 au 29 juillet 2003 durant le temps d'essai. Durant sa période d'essai, il a donc été

en congé maladie durant 13 jours. Il en découle qu'à la fin de son congé maladie, sa période d'essai aurait dû être prolongée d'autant, mais cela n'a pas été possible parce que T_____ est parti immédiatement en vacances contre l'avis de son employeur.

Or, la période d'essai se calcule selon le temps de travail effectif à l'exclusion des périodes durant lesquelles l'intéressé a été empêché de travailler. Dès lors, la période d'essai aurait dû se poursuivre à son retour de vacances, soit le 26 août 2003.

En conséquence, la Cour de céans estime que l'employé était toujours en période d'essai en date du 26 août 2003 et que par conséquent le délai de congé n'était pas d'un mois mais de 7 jours.

La Cour condamne l'appelante à verser un montant de CHF 1'287.35 (CHF 4'000.- : 21.75 x 7) à titre d'arriérés de salaire.

La Cour condamne également l'appelante à verser une indemnité pour les vacances correspondant aux 7 jours du délai de congé, soit un montant de CHF 107.25 (CHF 1'287.35 x 8.33%).

Le jugement querellé sera donc annulé sur ce point.

g) Le montant litigieux de la présente procédure étant inférieur à CHF 30'000.-, aucun émolument ne sera perçu et aucun dépens ne sera attribué. En effet, à 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 (art. 12 et 13 LJP, note d'Aubert in SJ 1987 p. 574).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme:

- Reçoit l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du 21 janvier 2004 rendu en la cause n° C/22001/2003-5;

Au fond:

- Annule ledit jugement ;

Et statuant à nouveau :

- Condamne E_____ SA à verser la somme de CHF 1'394.60 bruts (mille trois cent nonante-quatre francs et soixante centimes), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 octobre 2003, sous déduction de la somme nette de CHF 596.65 (cinq cent nonante-six francs et soixante-cinq centimes);
- Condamne E_____ SA à payer à la caisse de chômage du SIT la somme nette de CHF 596.65 (cinq cent nonante-six francs et soixante-cinq centimes) plus intérêts à 5% l'an dès le 4 novembre 2003;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président