



E____ SA
Dom. élu : Me Pierre GABUS
Boulevard des Tranchées 46
1206 Genève

Monsieur T____
Dom. élu : Me Jean-Luc MARSANO
Boulevard James-Fazy 3
1201 Genève

Partie appelante

Partie intimé

CAISSE DE CHOMAGE Z____
Route ____
Case postale ____
17____

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 23 décembre 2009

- M. Christian MURBACH, président
- MM. Jean-François HUGUET et Franco MAURI, juges employeurs
- Mmes Sylvie AUBERT et Corinne SULLIGER, juges salariées
- Mme Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 mai 2009, E____ SA appelle du jugement TRPH/256/2009 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 3 avril 2009, reçu le 16 du même mois, la condamnant à payer à T____ les sommes suivantes :

- fr 36'666.65 brut, avec intérêts, sous déduction de la somme nette de fr. 16'057.20 (à titre de salaire dû pendant le délai de congé) ;
- fr. 4'222.20 net, avec intérêts (à titre de salaire dû pendant la période de service militaire).

Par ailleurs, E____ SA a été condamnée à payer à la Caisse de chômage Z____ la somme de fr. 16'057.20 net à titre de remboursement des indemnités journalières qu'elle avait versées à T____ pour les mois d'août à novembre 2008.

L'appelante conclut à l'annulation du jugement entrepris et au déboutement de T____ et de la Caisse de chômage Z____ de toutes leurs conclusions. A titre subsidiaire « si par impossible le jugement était confirmé », elle conclut à ce que soit précisé le deuxième tiret de la partie « Au fond » du dispositif du jugement querellé.

b) L'intimé conclut au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris.

La Caisse de chômage Z____ a pris les mêmes conclusions.

c) La motivation des premiers juges, ainsi que les arguments des parties seront repris, dans la mesure utile ci-dessous dans la partie « En droit ».

d) Lors de l'audience du 1^{er} octobre 2009 devant la Cour de céans, l'appelante a tout d'abord déclaré retirer ses conclusions subsidiaires d'appel, à savoir que soit précisé le deuxième tiret de la partie « au fond » du dispositif du jugement querellé.

Par ailleurs, l'appelante a précisé que, dès le départ, il avait été convenu avec l'intimé qu'il y aurait deux phases dans le rapport de travail, la première, d'une durée de six mois, allant du 1^{er} décembre 2007 au 31 mai 2008, qui correspondait à la période nécessaire pour que l'intéressé puisse accomplir son travail relatif à des assemblées générales d'actionnaires, la seconde, débutant le 1^{er} juin 2008, avec une adaptation conséquente de son salaire.

Pour sa part, l'intimé a indiqué que les propos tenus par l'appelante n'engageaient qu'elle et que, pour sa part, il se référait aux explications qu'il avait fournies au cours de la procédure sur ce point-là.

B. Il résulte, par ailleurs, de la procédure les éléments pertinents suivants :

a) Par contrat de travail écrit du 2 novembre 2007, E_____ SA - dont le but social est notamment dans les domaines de la prévoyance sociale, d'analyse d'entreprises ou de la gestion de fortune, d'effectuer des analyses, des études, des recherches et d'exercer des mandats de conseil et de gestion - a engagé T_____ pour le 1^{er} décembre 2007 en qualité d'analyste « corporate gouvernance ». L'article 5 de ce contrat prévoyait le versement d'un salaire annuel brut de fr. 90'000.- durant les six premiers mois « suivant le début du contrat », puis de fr. 100'000.- à partir du septième mois « suivant le début du contrat », et ce en douze mensualités.

A teneur de son article 5, intitulé « période d'essai et congé », le contrat était « conclu avec une période d'essai de six mois. Le délai de congé est fixé à une semaine pour la fin d'un mois pendant la période d'essai. Par la suite, le délai de congé est de trois mois pour la fin d'un mois ».

b) Par courrier du 5 mai 2008, E_____ SA a informé T_____ qu'elle mettait un terme à son contrat de travail pour le 30 juin 2008 « conformément aux dispositions légales », avec la précision que les motifs de ce licenciement avaient été communiqués à l'intéressé « oralement ce jour ».

c) Par lettre du 11 juin 2008, T_____ a contesté que les rapports de travail aient pris fin le 30 juin 2008. Il indiquait, par ailleurs, qu'à la suite de l'envoi de son contrat de travail et du courrier de licenciement du 5 mai 2008 à la Caisse de chômage Z_____, cette dernière lui avait indiqué, d'une part, que le temps d'essai ne pouvait pas être supérieur à trois mois et, d'autre part, qu'à teneur de son contrat de travail et de la période de service militaire qu'il devait accomplir du 18 août au 8 septembre 2008, la fin des relations contractuelles entre les parties ne pouvait pas intervenir avant le 31 octobre 2008, de sorte que son salaire lui était dû jusqu'à cette date-là.

T_____ informait également E_____ SA qu'il était disposé à venir travailler jusqu'au 31 octobre 2008 et demandait à son employeur de lui confirmer son accord au sujet du contenu de sa lettre du 11 juin 2008.

d) Par lettre du 23 juin 2008, T_____ a, par l'intermédiaire d'Y_____, compagnie d'assurances de protection juridique, indiqué à E_____ SA qu'en l'absence d'une réponse d'ici au 4 juillet 2008 à son courrier du 11 juin 2008 et à sa proposition de travailler jusqu'au 31 octobre 2008, il se considérerait comme étant libéré de l'obligation de venir travailler.

e) Par pli de son avocat du 30 juin 2008, E_____ SA a répondu à Y_____ qu'en vertu de l'article 335b CO, le temps d'essai concernant T_____ avait pris fin le 28 février 2008. Toutefois, le contrat de travail liant les parties prévoyant que le délai de congé était, après six mois de service, de trois mois pour la fin d'un mois, ledit délai n'était pas arrivé à échéance lors du licenciement de l'intéressé, de sorte que, conformément à l'article 335c CO, le contrat était « résiliable pour la fin d'un mois moyennant un délai

de congé d'un mois pendant la première année de service », si bien que c'était à juste titre que ledit contrat avait été résilié pour le 30 juin 2008.

f) T_____ a accompli son service militaire du 18 août au 5 septembre 2008.

g) En date du 13 octobre 2008, T_____ a assigné E_____ SA devant la Juridiction des prud'hommes en paiement de la somme de fr. 41.666.- brut, avec intérêts, à titre de salaire dû pendant le délai de congé.

Il a fait valoir qu'il résultait clairement de l'article 11 du contrat de travail qu'après les temps d'essai, le délai de congé était de trois mois pour la fin d'un mois, de sorte que les rapports de travail ayant été résiliés le 5 mai 2008, ledit délai était arrivé à échéance le 31 août 2008. Toutefois, dans la mesure où il avait accompli son service militaire du 18 août au 5 septembre 2008, le délai de résiliation avait été, conformément à l'article 336c alinéa 3 CO, suspendu du 21 juillet au 3 octobre 2008, et reporté ainsi au 30 novembre 2008.

h) Par pli recommandé du 2 décembre 2008, la Caisse de chômage Z_____ a indiqué à E_____ SA avoir versé des indemnités de chômage à T_____ pour la période allant du 1^{er} août au 30 novembre 2008, de sorte qu'elle était subrogée en tous les droits de son assuré à des prétentions de salaire jusqu'à concurrence des indemnités de chômage versées.

i) Par courrier reçu par la Juridiction des prud'hommes des 3 et 17 décembre 2008, la Caisse de chômage Z_____ a déclaré intervenir dans la procédure en vertu de sa subrogation dans les droits de T_____ à l'encontre d'E_____ SA à concurrence de fr. 16'057.20 net, montant correspondant aux indemnités journalières de chômage versées à l'intéressé, d'août à novembre 2008.

j) Dans ses écritures responsives du 11 décembre 2008 à la demande de T_____, E_____ SA a contesté toutes les prétentions de son ex-employé. Elle a soutenu qu'au regard de l'intention des parties, l'article 11 du contrat de travail devait être interprété dans le sens que le temps d'essai prévu dans cette disposition ne coïncidait pas avec la notion de l'article 335b CO, mais représentait en réalité, la durée d'une « période test » au sein de l'entreprise, période dont la fin justifiait par ailleurs une hausse de salaire prévue à l'article 5 du contrat. Dès lors, seul le délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois prévu à l'article 335c alinéa 1 CO, était applicable dans le cas d'espèce.

k) Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 15 janvier 2009, T_____ a déclaré que, durant le mois de novembre 2007, il avait eu des discussions avec le directeur d'E_____ SA, A_____, ainsi qu'avec B_____, au cours desquelles on lui avait dit que son temps d'essai était de six mois et qu'au terme de cette période devait être décidée la continuité des rapports de travail par l'une ou l'autre des parties, précisant qu'à cette époque il ne savait pas qu'un temps d'essai supérieur à trois mois était interdit par la loi. C'est C_____, un collègue de travail, qui lui avait fait remarquer cette illégalité, et ce environ quatre mois après le début de son activité. Il n'avait pas envoyé à

son employeur la demande d'assurance pour perte de gain, car il ne savait pas à qui l'adresser dès lors qu'il ne percevait pas de salaire de sa part. Le 5 mai 2008, il avait reçu une première lettre de licenciement avec un délai de congé à la fin du même mois. Il avait refusé ce courrier et fait observer à son employeur que le délai de congé était de trois mois selon son contrat de travail. Il avait néanmoins signé cette lettre pour reçu, tout en s'opposant à son contenu. A_____ était ensuite venu dans son bureau pour lui dire que le délai de résiliation n'était pas à fin mai, mais bien à fin juin, et lui avait demandé de restituer le courrier de licenciement précité, lui remettant alors une seconde lettre de licenciement, au contenu de laquelle il s'était également opposé.

T_____ a également précisé avoir accepté la proposition d'E_____ SA consistant à "me payer un peu moins au début et un peu plus lors de la deuxième phase, après six mois, pour arriver aux fr. 10'000 que j'avait demandés".

E_____ SA a, pour sa part, indiqué que, dans son esprit, le délai de résiliation durant les six premiers mois était d'un mois et que, par la suite, il passait à trois mois, la rémunération augmentant de fr. 10'000.-, et ce conformément à l'article 5 du contrat de travail.

Elle a également confirmé avoir adressé à T_____ une première lettre de licenciement, datée du 5 mai 2008, mentionnant la fin du contrat pour le 31 mai 2007, puis, s'étant rendu compte de son erreur, avait rédigé une seconde lettre le même jour qu'elle avait demandé à son employé d'échanger contre la première.

Quant à la Caisse de chômage Z_____, elle a précisé n'avoir pas versé d'indemnités chômage à T_____ durant le mois de juillet 2008, dans la mesure où celui-ci ne s'était inscrit auprès d'elle qu'au mois d'août 2008.

EN DROIT

1. Interjeté dans les délai et forme prescrits à l'art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes (LJP), l'appel est recevable.

2.

2.1. Les premiers juges ont considéré que l'art. 11 du contrat de travail ayant lié les parties devait être compris en ce sens qu'après la fin du temps d'essai, qui ne pouvait être légalement supérieur à trois mois, le délai de résiliation était de trois mois pour la fin d'un mois.

En effet, on ne pouvait suivre l'interprétation d'E_____ SA, qui soutenait que le temps d'essai de six mois mentionné à l'art. 11 précité devait être compris comme une « période test » à partir de laquelle le délai de résiliation était de trois mois et qu'auparavant seul le délai de résiliation d'un mois prévu à l'art. 335c al. 1 CO devait trouver application. L'interprétation littérale de l'art. 11 susmentionné amenait à la

conclusion qu'il s'agissait bien d'un temps d'essai à la suite duquel le délai de congé était de trois mois, ce que confirmaient les déclarations de T____, ce dernier ayant indiqué que ce laps de temps constituait une période au terme de laquelle la continuité des rapports de travail devait être ou non envisagée, ce qui correspondait bien à la définition du temps d'essai. De même, la première lettre de licenciement du 5 mai 2008 qu'avait adressée E____ SA à son employé, dans laquelle le délai de congé était prévu pour la fin de ce mois-là, confirmait bien qu'il s'agissait d'un temps d'essai au sens de l'art. 335b al. 1 CO.

L'argument selon lequel le salaire de T____ devait être augmenté à partir du septième mois ne plaidait pas non plus en faveur d'une « période test », dans la mesure où une augmentation de salaire pouvait également être convenue après un temps d'essai. Au demeurant, il ne pouvait pas s'agir d'une « période test », dont le but est de se déterminer sur l'éventualité de la conclusion d'un contrat de travail, dès lors qu'en l'occurrence celui-ci avait déjà été conclu.

Enfin, si l'on admettait que cet art. 11 du contrat était peu clair, cette disposition devait être interprétée en défaveur d'E____ SA dans la mesure où elle avait été entièrement rédigé par celle-ci.

2.2. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir procédé « à une fausse application des règles régissant l'interprétation des contrats » et d'avoir « apprécié les faits de manière erronée, sans tenir compte des éléments avérés du dossier ».

Plus précisément, s'agissant du premier grief, l'appelante soutient que, contrairement à la jurisprudence, les premiers juges se sont livrés à une interprétation strictement littérale du contrat, omettant purement et simplement de rechercher la commune et réelle intention des parties à cet égard.

Le Tribunal n'avait pas non plus tenu compte, sans explication ni motivation, de ses allégations au sujet des circonstances de l'engagement de l'intimé, mais s'était encore livré, là-aussi, à « une interprétation dramatiquement succincte des dispositions essentielles » du contrat de travail. Ainsi, les premiers juges avaient écarté l'allégation selon laquelle chaque point du contrat avait été soigneusement abordé avec l'intimé lors de son entretien d'embauche ni ne s'étaient soucié du fait que, jusqu'aux démarches qu'il avait entreprises auprès de sa caisse de chômage, l'intimé n'avait remis en question ni son congé ni la date de validité de celui-ci, comportement qui, adopté après la conclusion du contrat, constituait un indice déterminant de la commune et réelle des parties. Les premiers juges semblaient également avoir confondu les notions de temps d'essai et de « période test », pourtant soigneusement distinguées dans le contrat, ce qu'avait reconnu l'intimé tout au long de son engagement au sein de la société et lors de son licenciement. En effet, les différentes dispositions du contrat laissaient clairement apparaître que la « période test » et le temps d'essai, s'ils étaient identiques quant à leur durée, n'avaient « clairement pas la même portée ». Ainsi, si c'était bel et bien la durée de travail de six mois passée au sein de l'entreprise qui légitimait le délai de congé contractuel de trois mois, ce n'était pas celle du temps d'essai qui était « ici pris en

compte, mais celle de la période test ». La même réflexion s'appliquait, au demeurant, à propos de l'art. 5 du contrat de travail, qui prévoyait une augmentation de salaire après six mois d'activité « soit une fois la période test écoulée ». Aucune référence n'était ici faite à un quelconque temps d'essai. Ainsi, et de la même façon, seul était pris en compte, pour l'augmentation du délai de congé légal d'un mois à trois mois, le temps effectif de travail pour la société accompli durant cette période test ». C'était donc cette dernière uniquement qui avait « une influence sur l'augmentation et de la rémunération et du délai de résiliation ». Le fait que cette «période test» était d'une durée égale au temps d'essai, qui était alors pratiqué à l'époque des faits, ne permettait pas de le remettre en cause, ce que du reste l'intimé n'avait pas fait. Ce n'était que «poussé de façon illégitime par son assurance chômage» qu'il avait soudainement contesté ce qui ne prêtait pas à discussion pour lui au moment et durant tout son engagement au sein de la société. L'intimé n'ayant pas accompli l'entier de la «période test» au sein de cette dernière, c'était à bon droit qu'un délai de résiliation d'un mois, conforme à l'art. 335c alinéa 1 CO, lui avait été appliqué.

2.3. Pour sa part, l'intimé a notamment contesté avoir discuté point par point les clauses du contrat de travail lors de son engagement. A_____ et B_____ l'ayant informé qu'ils souhaitaient fixer un temps d'essai très long afin qu'au terme de celui-ci soit prise sa décision par l'une ou l'autre des parties de continuer ou non les rapports contractuels.

2.4. A teneur de l'art. 335b al. 1 CO, de droit impératif (ATF 109 II 449), le temps d'essai ne peut pas dépasser trois mois.

Par ailleurs, la notion de « période test » sur laquelle l'appelante fonde l'essentiel de son argumentation, ne saurait trouver application dans le cas d'espèce, dans la mesure où, contrairement au temps d'essai, le but de la «période test» est de permettre aux parties de se déterminer sur l'éventualité de la conclusion d'un contrat de travail (BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, p. 235 N 1).

Or, en l'espèce, les parties ne peuvent avoir prévu de « période test » après la prise d'emploi de l'intimé au sein de l'appelante le 1^{er} décembre 2007 puisqu'elles avaient déjà conclu préalablement, soit le 2 novembre 2007, un contrat de travail.

En réalité, il résulte de la procédure que, lors de la conclusion du contrat avec l'intimé, l'appelante s'est tout simplement trompée au sujet de la durée du temps d'essai maximum susceptible d'être imposée à son employé, ce dernier, de son côté, étant également dans l'ignorance du délai maximum de trois mois prévu à cet égard par la loi. Partant, la situation dans laquelle se sont trouvées les parties au sujet de la durée du temps d'essai a entraîné un problème qu'elles n'avaient pas prévu à propos du délai de congé et, par conséquent, de la date de fin de leurs relations contractuelles.

Lorsque, comme en l'espèce, en cours d'exécution un contrat se révèle lacunaire, parce que les parties se trouvent confrontées à un problème nouveau qui appelle une solution pour l'exécution régulière du contrat, il y a lieu de combler la lacune comme l'auraient

fait des partenaires raisonnables et de bonne foi s'ils avaient envisagé l'hypothèse non réglée; à cet égard, le juge s'inspire de l'économie du contrat et de son but et tient compte de l'ensemble des circonstances (ATF 107 II 149 consid. 3 et les références citées; cf. aussi ATF 108 II 113 s., ATF 100 II 330 s., ATF 99 II 294 (ATF 107 II 149).

En l'occurrence, il convient donc de déterminer si, en sachant que la période d'essai était de trois mois au maximum, les parties, et tout particulièrement l'appelante qui a rédigé ce document, auraient prévu un délai de congé de trois mois ou le minimum légal d'un mois prévu à l'art. 335c CO.

Le comportement adopté par l'intimé après son licenciement ne saurait être interprété, contrairement à ce que soutient péremptoirement l'appelante, comme un indice de son acceptation, après le temps d'essai, d'un délai de congé d'un mois. L'absence de réclamation de l'intéressé au sujet de son délai de congé durant quelques semaines après son licenciement, soit jusqu'à ce que sa caisse de chômage l'ait rendu attentif - au demeurant de manière inexacte - à la date à laquelle devait prendre effet la fin des rapports de travail entre les parties, compte tenu notamment de la période de service militaire qu'il devait accomplir du 18 août au 8 septembre 2008, doit être mise sur le compte d'une méconnaissance de ses droits à ce sujet par l'intéressé. Sans avoir été contredit sur ce point par l'appelante, l'intimé a du reste déclaré, lors de la comparution personnelle des parties du 15 janvier 2009, que lorsqu'il avait reçu la première lettre de résiliation le 5 mai 2008 pour la fin du même mois, il avait refusé ce pli, tout en faisant observer que, selon son contrat de travail, le délai de congé était de trois mois.

Il résulte du contrat de travail ayant lié les parties qu'après un "temps d'essai" de six mois, le délai de résiliation n'a pas été fixé au minimum légal d'un mois, comme l'appelante en avait la possibilité durant la première année, mais a été arrêté à trois mois. Ce faisant, les parties avaient la volonté, après la période probatoire de l'intimé, de faire déjà bénéficier celui-ci du délai de résiliation légal maximum, soit celui prévu, à teneur de l'art. 335c al.1 CO, aux relations contractuelles ayant duré plus de neuf ans.

Toutefois, les parties avaient également la volonté de ne faire prendre effet ce délai de congé de trois mois qu'au terme d'un temps d'essai de six mois et, jusqu'alors, d'en rester au délai légal de résiliation d'une semaine pour la fin d'un mois. Elles avaient aussi convenu que le salaire de l'intimé ne serait augmenté qu'à l'échéance de ce même délai de six mois.

Même si c'est par méconnaissance de la loi et en violation de cette dernière qu'un temps d'essai de six mois a été fixé dans le contrat de travail ayant lié les parties, il n'en demeure pas moins que ces dernières ont manifestement voulu qu'il existât une relation entre l'échéance de ce temps d'essai et, d'une part, le délai de résiliation, qui passait d'une semaine à trois mois, et, d'autre part le salaire de l'intimé, qui était augmenté de fr. 10'000 par an.

Ainsi, les rapports de travail entre les parties comportaient deux phases distinctes, l'une allant du 1^{er} décembre 2007 au 31 mai 2008, et l'autre débutant le 1^{er} juin 2008, ce que l'intimé ne conteste du reste pas.

Dès lors, au vu du but poursuivi par le contrat et de son économie propre - à savoir permettre dans un premier temps l'évaluation des capacités professionnelles de l'intimé durant une période relativement longue avant de le faire bénéficier d'un délai de résiliation de trois mois et du salaire qu'il avait réclamé -, force est d'admettre que si les parties, agissant en partenaires raisonnables et de bonne foi, avaient su que le temps d'essai d'un contrat de travail ne pouvait pas être supérieur à trois mois, il n'aurait sans doute pas été octroyé à l'intimé le délai de résiliation maximum prévu par la loi à l'échéance d'un temps d'essai de seulement quelque nonante jours. En effet, ce laps de temps était manifestement insuffisant pour évaluer les compétences de l'intimé puisque les deux parties avaient prévu à cet égard une période d'une durée double.

Toutefois, dans la mesure où les parties avaient prévu un délai de résiliation particulièrement favorable à l'intimé dès la fin du temps d'essai et après six mois d'activité seulement, on peut également en inférer que si elles avaient su que le temps d'essai d'un contrat de travail ne pouvait pas être supérieur à trois mois, elles ne se seraient pas limitées à l'octroi du délai légal minimum de résiliation d'un mois, mais lui auraient accordé un préavis de deux mois.

Il en découle que la résiliation de son contrat de travail ayant été valablement notifiée à l'intimé le 5 mai 2008 pour la fin juillet 2008, soit hors d'une période de protection de l'art. 336c CO, l'appelante doit lui verser le seul salaire du mois de juillet 2008, soit la somme de fr. 8'333 brut (fr. 100'000 : 12 mois).

Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé en conséquence. Par souci de simplification et de clarté il sera entièrement annulé et son dispositif reformulé.

3. En tant qu'il succombe partiellement, l'intimé se verra mettre à sa charge la moitié de l'émolument d'appel, l'appelante, qui n'obtient pas non plus entièrement gain de cause supportant l'autre moitié (art. 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du tribunal des prud'hommes TRPH/256/2009 du 3 avril 2009, rendu dans la cause C/23480/2008-4 ;

Au fond :

Annule ledit jugement au sens des considérants.

Et statuant à nouveau :

1. Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme de fr. 8'333 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2008.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles sur ce montant brut.

2. Laisse à la charge d'E_____ SA la moitié de l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.

3. Condamne T_____ à payer à E_____ SA la moitié de l'émolument d'appel dont celle-ci s'est acquittée, soit le montant de fr. 220.-.

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président