



E _____ SA
Dom. élu : Me Jean-Charles SOMMER
Place Longemalle 16
Case postale 3407
1211 Genève 3

Madame T _____
Dom. élu : CAP PROTECTION JURIDIQUE
Rue Monnier 4
Case postale 306
1211 Genève 12

Partie appelante

Partie intimée

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA
Boulevard James-Fazy 18
Case postale 1299
1201 Genève

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRET

du 12 juillet 2005

M. Axel TUCHSCHMID, président

Mme Paola ANDREETTA et M. Yves DELALOYE, juges salariés

MM. Franco MAURI et Jean-Dominique ROSSI, juges employeurs

Mme Adélaïde BALP, greffier d'audience

EN FAIT

A. E_____ SA (ci-après : E_____) a, comme but social, l'exécution d'opérations et de services afférents à la construction, la transformation et la rénovation d'immeubles, mandat de direction de travaux et entreprise générale ; achat, vente, location et sous-location ; exploitation d'un bureau d'analyses et de conseils en aménagement du territoire et protection de l'environnement, exécution d'études d'impact.

Par contrat du 20 janvier 2003, E_____ a engagé, à compter du 6 du même mois, T_____, en qualité de secrétaire réceptionniste.

Ce contrat a été conclu pour une durée indéterminée. Le salaire de l'employée a été fixé à CHF 4.200,- brut par mois, versé douze fois l'an. La durée du travail a été arrêtée à quarante deux heures par semaine et les vacances à quatre semaines par année de travail au prorata du temps de travail.

B. Par lettre du 26 mai 2003, E_____ a confirmé à T_____ résilier son contrat pour le 30 juin suivant.

Dans la susdite missive, il a été précisé que cette décision avait été prise en fonction de la situation économique de la société et de la conjoncture de l'époque dans le domaine des activités de E_____.

T_____ a apposé, sur la lettre, la mention manuscrite « reçu le 26 mai 2003 en main propre », avec sa signature.

C. Des explications de A_____, administrateur de E_____, il résulte notamment que depuis juillet 2003, la société n'avait aucune commande, ni activité et que ses quatre employés ont été licenciés.

La société était en état de surendettement ; pour éviter la faillite, l'actionnaire a avancé des fonds. Comme charges, la société devait payer un loyer mensuel d'un solde de

CHF 800,-, compte tenu d'une sous-location ; elle n'avait pas d'autres charges ou frais notables.

En été 2003, E_____ n'avait « aucune commande en vue ». A l'exception de deux ou trois petits mandats, E_____ n'a eu quasiment aucune activité depuis juillet 2003.

D. Par lettre de son mandataire du 30 juin 2003, adressée à E_____, T_____ a confirmé qu'étant enceinte, le licenciement du 26 mai précédent était nul. L'employée a indiqué continuer à offrir ses services à 100%.

Par courrier du 11 juillet 2003, le mandataire de T_____ a envoyé à E_____ un certificat, daté du 7 juillet 2003, du Docteur B_____, gynécologue, qui a certifié que sa patiente présentait une grossesse laquelle avait débuté le 13 mai précédent.

E. Le 30 juillet 2003, le mandataire de T_____ a mis en demeure E_____ de verser le salaire du mois de juillet d'ici au 10 août suivant ; sans réaction de l'employeur, dans ce délai, l'intéressée saisirait les autorités judiciaires.

Par lettre du 1^{er} septembre 2003, adressée à E_____, constatant que ses salaires de juillet et d'août demeuraient impayés, T_____ a déclaré résilier, avec effet immédiat, son contrat de travail.

F. Par demande déposée le 10 novembre 2003, T_____ a assigné E_____ devant la Juridiction des prud'hommes en paiement de CHF 43.366,20, avec intérêts à 5% dès le dépôt de sa demande ; la somme réclamée comprend les salaires de juillet et août 2003, soit CHF 8.400,- brut, et une indemnité de CHF 34.966,- brut, basée sur l'article 337 b CO.

Par acte du 21 novembre 2003, la Caisse de chômage FTMH est intervenue.

Dans sa réponse du 30 décembre 2003, reçue le 5 janvier 2004, E_____ a notamment invoqué le fait que l'employée avait accepté son congé du 23 mai 2003.

Le 15 mars 2004, l'intervenante a écrit à la Juridiction des prud'hommes pour faire valoir une subrogation à concurrence de CHF 10.239,50 net, correspondant aux indemnités versées à T_____ de septembre 2003 à février 2004.

A l'audience du 7 avril 2004, le Tribunal a procédé à l'audition de T_____ et de la défenderesse ainsi que de C_____, entendu à titre de renseignements.

Par jugement, notifié par plis du 1^{er} octobre 2004, le Tribunal a condamné E_____ à payer à la demanderesse CHF 33.875,- brut, avec intérêts à 5% dès le 10 novembre 2003, sous déduction de CHF 10.239,50, somme que E_____ a été condamnée à verser à la Caisse de chômage de la FTMH ; la défenderesse a également été condamnée à remettre à sa partie adverse un certificat de travail conforme aux exigences de l'article 330 a CO.

Après avoir constaté que les parties n'avaient pas décidé, par un accord mutuel, de mettre un terme à leurs rapports de travail pour le 30 juin 2003, les premiers juges ont retenu, en raison de la grossesse de l'employée, que la résiliation du 26 mai 2003 était dépourvue d'effet en droit et que le contrat a perduré jusqu'à sa résiliation immédiate du 1^{er} septembre 2003. Compte tenu de l'offre de services, exprimée dans le courrier du 30 juin 2003, le Tribunal a constaté que les salaires de juillet et d'août 2003 étaient dus à T_____.

En référence aux éléments du dossier, les premiers juges sont arrivés à la conclusion que la résiliation immédiate du contrat notifiée par lettre de la demanderesse était justifiée. Cette résiliation étant due aux manquements de l'employeur, celui-ci a été astreint à réparer le dommage de sa partie adverse, soit CHF 21.000,-, à titre de salaires pour la période du 1^{er} septembre 2003 au 31 janvier 2004, CHF 3.075,- et CHF 10.500,-, comme salaires respectivement du 1^{er} au 24 février 2004 et du 14 juin au 31 août 2004 (délai de congé), sous déduction de CHF 9.100,- correspondant aux salaires réalisés du 1^{er} septembre 2003 au 31 janvier 2004. Eu égard à l'action de la caisse de chômage, les premiers juges ont retenu que celle-ci était subrogée pour un montant de CHF 10.239,50 dans les droits de la demanderesse pour la période du 1^{er} septembre 2003 au 23 février 2004. La défenderesse a été condamnée à verser ce montant à l'intervenante.

G. Par acte posté le 1^{er} novembre 2004, E_____ a appelé du susdit jugement, concluant, au fond, à l'annulation de cette décision et à ce que statuant à nouveau, la Cour d'appel lui donne acte de son engagement de payer à T_____ CHF 8.400,- brut, soit les salaires de juillet et août 2003, plus intérêts à 8% dès le 10 novembre 2003, pour le surplus, l'appelante requiert le déboutement de T_____ et de la caisse de chômage de toutes leurs conclusions.

Dans sa réponse postée le 6 décembre 2004, T_____ a requis qu'il soit donné acte au susdit engagement de l'appelante et la confirmation, pour le surplus, du jugement entrepris.

Par acte reçu le 24 janvier 2005, Unia Caisse de chômage a expliqué être désormais compétente, comme résultant de la fusion des Caisses de chômage SIB/FTMH/ACG/FCTA. L'intervenante a encore indiqué que le montant de sa subrogation demeurerait inchangé à CHF 10.239,50 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2003.

Le 9 février 2005, l'appelante a déposé une liste de témoins, sur laquelle elle a fait figurer le Docteur B_____.

Lors de l'audience du 28 février 2005, après avoir déclaré irrecevable une écriture déposée le 25 du même mois par l'appelante, vu la maxime inquisitoire, la Cour d'appel a décidé d'entendre, comme témoin, le Docteur B_____.

Des explications de ce dernier, il résulte notamment que T_____ a donné naissance, le 8 février 2004, à un garçon. Quant au début de la grossesse de sa patiente, en référence à la date du 13 mai 2003, le médecin a expliqué qu'il fallait prendre un battement de dix voire quinze jours pour déterminer la date exacte du début de la grossesse.

Lors de cette même audience du 28 février 2005, la Cour d'appel a procédé à l'audition de l'appelante et de T_____. Cette dernière a notamment relaté avoir perçu des prestations de l'assurance maternité, puis avoir repris son activité, à 40%, pour la Fiduciaire D____, moyennant un salaire de CHF 1.680,- par mois et avoir perçu les prestations de l'assurance chômage. Depuis novembre 2004, l'intimée travaille à plein temps.

La caisse de chômage n'a pas comparu lors de cette audience du 28 février 2005.

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

Par décision du 7 mars 2005, la Cour de céans a invité T_____ à produire, d'ici au 21 mars suivant, toutes pièces utiles établissant les salaires et les indemnités versées respectivement par la Fiduciaire D_____ SA et la caisse de chômage, après les seize semaines d'allocations de l'assurance maternité et en particulier pour les mois de juin, juillet et août 2004.

Après le dépôt de susdites pièces, par lettre du 31 mars 2005, l'avocat de E_____ a sollicité un délai pour se déterminer au sujet de ces documents.

Par ordonnance du 5 avril 2005, la Cour d'appel a ordonné une audience de comparution personnelle des parties et a fixé cette audience au 11 mai suivant.

Au terme de cette audience, en raison de leur engagement de négocier, les parties ont demandé, à cet effet, un délai jusqu'à la fin mai, en ce sens que la cause ne fût pas jugée avant cette date ; au besoin, les parties réservèrent la possibilité de demander un délai supplémentaire.

Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et selon la forme prévus par la loi (article 59 LJP), l'appel est recevable.

Conformément aux indications fournies par l'intervenante, ses qualités sont modifiées, en ce sens qu'il s'agit d'Unia Caisse de chômage.

2. Conformément à la solution adoptée par les premiers juges, la résiliation du contrat, notifiée par lettre de l'employeur du 26 mai 2003, n'a pas été décidée d'un commun accord par les parties.

D'une part, sur cette lettre, la signature de T _____ a été apposée sous la mention manuscrite « reçu le 26 mai 2003 ».

D'autre part, cette lettre de congé a été remise à l'employée par C _____ ; ce dernier, lors de son audition par les premiers juges, n'a pas fait état d'un accord de T _____.

3. Le certificat médical du 7 juillet 2003 atteste que l'intimée présentait une grossesse, qui avait débuté le 13 mai 2003.

Du témoignage du Docteur B _____, il résulte que cette date du 13 mai 2003 ne peut pas être considérée comme établie et qu'il convient d'admettre une période de dix à quinze jours pour déterminer la date exacte du début de la grossesse de T _____.

En conséquence, il ne peut pas être considéré comme prouvé que T _____ était enceinte avant le 28 mai 2003.

C'est dire qu'il n'est pas établi que l'employée était enceinte quand elle a reçu la lettre de résiliation que son employeur lui a remise le 26 mai 2003. En effet, c'est le moment de la réception du congé qui est déterminant (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p.268 ; Wylér, droit du travail, p. 429). Ainsi, contrairement à la solution adoptée en première instance, n'ayant pas été donné pendant une période légale de protection, le congé notifié par E _____ n'est pas nul. Par contre, compte tenu de la grossesse de l'employée, commencée – au plus tard le 28 mai 2003 -, le délai de congé a été suspendu pendant la période de protection prévue par l'article 336 c al. 1 CO (article 336 c al.2 CO) (SJ 1993, p. 365 et ss ; SJ 1995, p. 801 et ss).

La prolongation des rapports de travail sur la base de l'article 336 c al. 2 CO ne modifie pas les droits des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation (dès qu'il a recouvré sa capacité de travail) alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire (SJ 1993, p.

365 ; ATF 115 II 444 ; ATF du 12.2.2002 4 C. 331/2001 p.11 ; CAPH du 27.2.1997 IX/650/96).

Sous réserve des incidences quant à la date de l'accouchement – qui n'était pas connue en première instance - , le problème des effets d'un congé, notifié peu avant ou pendant une grossesse, n'implique pas, en l'espèce, une portée déterminante. A ce sujet, il est fait référence à ce qui a été développé par les premiers juges aux pages 6 et suivantes du jugement et à ce qui sera exposé ci-dessous.

Dans la lettre du 30 juin 2003, T _____ a valablement offert ses services. Son employeur était tenu de lui verser son salaire.

En conséquence, comme reconnu en appel par E _____, les salaires de juillet et août 2003 sont dus à l'intimée, soit CHF 8.400,- brut.

4. Après avoir mis l'appelante en demeure, par lettre du 30 juillet 2003, de lui verser son salaire de ce mois, le 1^{er} septembre 2003, et après avoir constaté que les salaires de juillet et d'août étaient dus, T _____ a fait savoir à l'employeur qu'elle résiliait le contrat avec effet immédiat.

L'employeur et le travailleur peuvent résilier le contrat en tout temps pour justes motifs (article 337 al.1 CO). Sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (article 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière très restrictive. Selon la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF III 28 ; 127 III 35 ; Wyler, op. cit. p.363 et ss ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit. ad art. 337).

L'insolvabilité de l'employeur ne constitue pas en elle-même un juste motif de résiliation avec effet immédiat (Brunner/Bülher/Waeber/Bruchez, op. cit. ad art. 336a CO). En règle générale, l'employé doit d'abord demander des sûretés, que l'employeur est tenu

de fournir dans un délai raisonnable. Il doit s'agir de sûretés sérieuses, tels que des gages ou des cautionnements. Si, à l'expiration du délai raisonnable, l'employeur n'a pas fourni les sûretés appropriées, le travailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat, selon l'article 337a CO. La résiliation intervenant pour un juste motif, qui lui est imputable, l'employeur devra réparer intégralement le dommage causé (article 337b al. 1 CO). Ce dommage consistera dans le salaire dû jusqu'au terme normal du contrat. Toutefois, lorsque l'insolvabilité est si grave que la demande de sûretés paraît d'emblée vouée à l'échec, on ne saurait exiger du travailleur qu'il entreprenne une vaine démarche. On le dispensera donc dans un tel cas de suivre la procédure fixée par l'article 337a CO. Ainsi, selon les circonstances, un important retard dans la paiement du salaire justifie la résiliation avec effet immédiat sans demande préalable de sûretés sur la base de l'article 337a CO. L'application de cette disposition sous-entend en effet que les créances du travailleur en péril soient des créances futures et non des créances déjà échues (SJ 1992 p108 et 109 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit ad art. 337a CO ; CAPH du 29.1. 1996, IX / 1030 / 94 ; CAPH du 26.9.1995, XII / 790 /94).

En l'espèce, il est rappelé qu'en été 2003, E_____ n'avait aucune activité, faute de commande, que ses quatre employés ont été licenciés. Il a été dit de la société qu'elle était en état de surendettement. Le contrat de T_____ a été résilié, selon la lettre du 26 mai 2003, en raison de cette situation économique de l'entreprise. La mise en demeure de l'intimée de payer le salaire de juillet d'ici au 10 août suivant est restée sans effet. Bien plus, le 1^{er} septembre 2003, les salaires de T_____ de juillet et d'août 2003 n'avaient pas été réglés.

Dans ces circonstances, le Cour d'appel confirme la solution adoptée par les premiers juges et selon laquelle l'employée pouvait nourrir les doutes les plus sérieux sur la solvabilité de E_____ et sur le paiement de ses salaires futurs, de sorte que la résiliation immédiate du contrat par courrier du 1^{er} septembre 2003 doit être considérée comme justifiée au sens de l'article 337 CO.

5. Si les justes motifs de résiliation du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions résultant des rapports de travail (article 337 b al. 1 CO).

Le dommage consiste en l'ensemble des éléments du préjudice financier ayant un lien de causalité adéquate avec la résiliation immédiate pour justes motifs (ATF 123 III 257 = JdT 1998 I 176).

En fonction de ce qui a été examiné précédemment, la résiliation immédiate a pour motif le comportement non conforme de E_____ à ses obligations contractuelles.

L'étendue de l'obligation de réparer le dommage est uniquement limitée par les dispositions générales applicables à l'obligation de réparer (articles 41 à 44 et 99 CO). Le travailleur qui retrouve un emploi devrait en principe imputer sur l'indemnité réclamée le salaire obtenu grâce à un nouvel emploi (par analogie avec l'article 337 c al. 2 CO) (Wylér, op. cit. p.102 et 103 ; Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, p. 481). Dans la détermination du dommage, il y a matière à procéder à l'imputation des avantages perçus (Engel, Traité des obligations en droit suisse, p. 343) ; ces avantages peuvent résulter des gains provenant d'un autre emploi voire des prestations de l'assurance chômage.

En l'espèce, pour la période du 1^{er} septembre 2003 au 31 janvier 2004, le préjudice de l'intimée s'est élevée à CHF 21.000,-, soit cinq mois de salaires (CHF 4.200,- brut) auxquels il convient d'ajouter CHF 1.200,- pour la période 1^{er} au 8 février 2004, date de l'accouchement, soit un montant total de CHF 22.120,- brut.

De ce montant, les salaires perçus de la Fiduciaire D_____ SA, de septembre 2003 à janvier 2004, soit CHF 9.100,- brut au total, doivent être déduits.

Selon l'article 29 al. 2 LACI, la caisse de chômage qui opère des versements en faveur d'un chômeur, est subrogée dans les droits de celui-ci jusqu'à concurrence du montant versé à titre d'indemnités journalières.

Des indications fournies par l'intervenante, pour la période de septembre 2003 à février 2004, il résulte qu'elle a versé une somme totale de CHF 10.239,50.

Ce montant est donc déduit de la somme due à T_____ et il doit être réglé par l'appelante à la caisse de chômage.

En conséquence, pour la période de septembre 2003 à février 2004, E_____ est condamnée à payer à T_____ CHF 13.020,- brut (CHF 22.120,- - 9.100,-) sous déduction de CHF 10.239,50 net ; ce dernier montant est dû par l'employeur à la caisse de chômage.

En application des articles 7 et 9 de la loi genevoise sur l'assurance maternité (LAMaT), T_____ a perçu une allocation égale à 80% du gain assuré pendant seize semaines à compter de la date de l'accouchement, soit dès le 8 février et jusqu'au 30 mai 2004.

L'employée peut donc prétendre à un montant correspondant aux salaires dus jusqu'à l'échéance de son contrat.

Si le congé a été donné avant l'une des périodes de protection et si le délai de congé n'est pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de cette période.

Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme (article 336 c al. 2 et 3 CO).

Le délai légal ou conventionnel de congé au sens de l'article 336 c al. 2 CO ne commence pas à courir dès la réception de la résiliation ; il doit être calculé rétroactivement à partir de l'échéance du contrat (...) ; le temps écoulé entre le début du délai de congé ouvert par la résiliation et le début du mois où commence le délai de congé minimum ne compte pas (SJ 1995 p. 201).

Ainsi, en l'espèce, le délai a quo de résiliation a été reporté au 31 mai 2004 ; la fin des rapports de travail, selon le contrat du 20 janvier 2003, aurait dû intervenir le 31 juillet 2004 (article 335 c CO).

Cette solution implique une prétention de T_____ fondée à concurrence de CHF 8.400,- brut, somme correspondant aux salaires dus pour les mois de juin et juillet 2004 (2 x 4.200,-).

Il n'en demeure pas moins que, comme pour la période antérieure à l'accouchement, du susdit montant doivent être déduites les sommes perçues à titre de salaires et d'indemnités de chômage.

Des explications de l'intimée fournies lors de l'audience du 28 février 2005, il résulte qu'en juin 2004, elle a repris son activité à temps partiel pour la Fiduciaire D_____ SA et qu'elle a perçu des indemnités de la caisse de chômage.

Dans le jugement attaqué, rendu suite à l'audience délibération du 24 mai 2004, les premiers juges ont statué au sujet de prétentions de la demanderesse postérieures à juin 2004. Le Tribunal s'est déterminé sur des créances futures, qui n'étaient pas encore exigibles.

De plus, les premiers juges n'ont pas tenu compte du salaire versé par la fiduciaire et des indemnités de chômage, dont ils ne pouvaient pas connaître les montants.

Des pièces produites par l'intimée, à la suite de la décision du 7 mars 2005, il résulte que T_____ a perçu CHF 1.820,- et CHF 1.680,- brut de la Fiduciaire D_____ SA respectivement pour les mois de juin et juillet 2004, soit CHF 3.500,- au total. Ce montant est déduit des CHF 8.400,-, ce qui implique un solde de CHF 4.900,- brut.

Des pièces produites par T_____. Il résulte encore que, pour juin et juillet 2004, la caisse de chômage lui a versé un montant total de CHF 3.336,50, soit deux fois CHF 1.668,25.

En conséquence, pour la période de juin et juillet 2004, E_____ est condamnée à payer à l'intimée CHF 4.900,- brut sous déduction de CHF 3.336,50 net.

Vu l'absence de conclusions formulées par la caisse de chômage, E_____ n'est pas condamnée à lui verser le susdit montant de CHF 3.336,50.

6. De l'ensemble de ce qui a été développé et retenu dans la présente décision, il résulte que E_____ est condamnée à payer à T_____ CHF 21.420,- brut (8.400,- + 13.020,-), avec intérêts à 5% dès le 10 novembre 2003 sous déduction de

CHF 10.239,50 net, que l'appelante doit verser à la caisse de chômage ; E_____ est aussi condamnée à verser à l'employée CHF 4.900,- brut, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2004, sous déduction de CHF 3.336,50 net.

Par souci de clarté, le jugement entrepris est annulé et réformé en conséquence.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement communiqué par plis du 1^{er} octobre 2004.

Au fond :

Annule ce jugement.

Cela fait, statuant à nouveau,

Condamne E_____ SA à payer à T_____ les sommes de

- CHF 21.420,- brut, avec intérêts à 5% dès le 10 novembre 2003, sous déduction CHF 10.239,50 net
- CHF 4.900,- brut, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2004, sous déduction de CHF 3.336,50 net.

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

Condamne E_____ SA à payer à Unia Caisse de chômage CHF 10.239,50 net.

Condamne E_____ SA à remettre à T_____ un certificat de travail conforme aux exigences de l'article 330a CO.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président