



E\_\_\_\_\_SA  
**Dom. élu** : Me François BELLANGER  
Rue Saint-Victor 12  
Case postale 473  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

Monsieur T\_\_\_\_\_  
Rue \_\_\_\_\_  
12\_\_\_\_\_

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 22 février 2005

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Charles PAGES et Alain SIRY, juges employeurs

MM. Yves CORBAT et Claude CALAME, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

**- EN FAIT -**

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 1<sup>er</sup> septembre 2004, E\_\_\_\_\_SA appelle d'un jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 16 mars 2004 dans la cause n° C/26406/2003-4, dont le dispositif est le suivant :

- Condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 28'648 fr. 70 (vingt-huit mille six cent quarante-huit francs septante centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2003 ;
- Condamne E\_\_\_\_\_SA à fournir à T\_\_\_\_\_ un certificat de travail conforme à l'article 330 a al. 1 CO ;
- Déboute les parties de toute autre conclusion ;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

Le tribunal a considéré que la société E\_\_\_\_\_SA avait bien employé T\_\_\_\_\_, en qualité de comptable et de responsable administratif, dès le début du mois de juin 2003. Il a fixé le salaire brut à 6'500 fr., comme cela avait été prévu dans le contrat signé par les parties le 2 juillet 2003. Le tribunal a nié que l'employeur avait donné congé avec effet immédiat pour justes motifs le 2 octobre 2003. Dès lors, le salaire était dû jusqu'à fin novembre. Il a aussi reconnu le droit au paiement d'une indemnité pour les vacances afférente à la durée du contrat, soit six mois. Le tribunal a rejeté les conclusions tendant au paiement d'heures supplémentaires non prouvées et toute autre indemnité.

Ledit jugement a été expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 30 juillet 2004.

L'appelante conclut à l'annulation du jugement et à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser à l'intimé un salaire de brut de 9'000 fr. pour les mois de juin et juillet 2003, toute autre prétention de l'intimé devant être rejetée. Il demande la condamnation aux dépens de la cause.

Dans son mémoire réponse du 5 octobre 2004, l'intimé conclut à la confirmation du jugement attaqué.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a. Dans le courant du mois de mai 2003, alors qu'il se trouvait au chômage, T\_\_\_\_\_ a répondu à une offre d'emploi, affichée à l'Office cantonal de l'emploi, pour un poste de comptable.

- b. T\_\_\_\_\_ a eu un entretien avec l'administrateur de E\_\_\_\_\_SA. Il a été convenu entre les parties que T\_\_\_\_\_ fournirait des prestations de travail dès le début du mois de juin. Les versions des parties divergent sur la question de la rémunération du collaborateur au cours des deux premiers mois. T\_\_\_\_\_ soutient qu'un salaire mensuel de 6'500 fr. avait été convenu et que l'employeur devait lui payer la différence avec ce qu'il touchait de l'assurance chômage. De son côté, E\_\_\_\_\_SA indique que son employé avait proposé de travailler pendant ces deux mois gratuitement afin de montrer ses capacités. T\_\_\_\_\_ admettra en cours d'audiences qu'il a travaillé courant juin en tant que comptable, puis dès juillet, en tant que comptable et responsable administratif.
- c. Les parties ont signé un contrat de travail le 2 juillet 2003 qui était sensé entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2003. Il prévoyait un salaire annuel brut de 78'000 fr., quatre semaines de vacances par an et un temps d'essai de trois mois.
- d. Il est établi que T\_\_\_\_\_ n'a pris aucune vacances. L'employeur a déclaré, mais sans le prouver que son employé s'était absenté une semaine en juillet.
- e. Une demande d'allocation d'initiation au travail (AIT), signée par les parties le 2 juillet 2003, a été adressée à l'Office régional de placement. Il est fait état d'une demande d'aide à compter du 1<sup>er</sup> août 2003, pour une durée de six mois.
- f. Le 1<sup>er</sup> octobre au matin, T\_\_\_\_\_ a eu une violente dispute avec A\_\_\_\_\_. Cette dernière se trouvait dans les locaux de E\_\_\_\_\_SA. Alors qu'elle faisait des photocopies dans les sous-sols de la société, T\_\_\_\_\_ a tenu à son encontre des propos à caractères sexuels. Cette dernière l'ayant remis en place, le ton est monté et T\_\_\_\_\_ s'est permis, devant témoin, de tenir des propos insultants. Lors de l'audience du 9 mars 2004, A\_\_\_\_\_ a déclaré avoir été choquée et apeurée par ce comportement et surtout par l'état dans lequel se trouvait T\_\_\_\_\_ au cours de l'altercation. Ce comportement a été confirmé par le témoin B\_\_\_\_\_ (procès-verbal d'audience du 9 mars 2004).

Ayant eu connaissance du comportement de son employé, E\_\_\_\_\_SA lui a écrit le 2 octobre 2003, pour mettre fin au contrat de travail avec effet au 3 octobre 2003 précisant : « Vous êtes libérés à partir du 3 octobre 2003, de toute obligation de travailler. Un décompte final vous parviendra ultérieurement par écrit ». Il est établi que d'autres collaboratrices de la société se sont plaintes du comportement de l'intimé.

- g. Par courrier électronique du 3 octobre 2003 à C\_\_\_\_\_, conseiller personnel de T\_\_\_\_\_ auprès de l'Office cantonal d'emploi, copie de la lettre de licenciement était jointe, l'employeur donnant comme motif de congé : « l'incompatibilité de caractères.... » et précisait : « Son délai de congé de 7 jours serait honoré dans les délais légaux, avec renvoi de fiche de salaire à la caisse ».
- h. Par courrier du 17 octobre 2003, la Caisse de chômage D\_\_\_\_\_ a impartit un délai au 24 octobre 2003 à E\_\_\_\_\_SA pour lui transmettre les attestations de gains intermédiaires obtenues par T\_\_\_\_\_ pour les mois de juin et juillet 2003.
- i. Le 11 novembre 2003, T\_\_\_\_\_ a contesté le harcèlement sexuel et la validité du licenciement avec effet immédiat. Il a réclamé les salaires des mois de juin et juillet 2003, le paiement des vacances ainsi que 173 heures supplémentaires, soit au total 30'597 fr. 70.
- j. Le 13 novembre 2003, E\_\_\_\_\_SA a envoyé un courrier électronique à C\_\_\_\_\_ dans lequel il précisait que le licenciement avec effet immédiat de T\_\_\_\_\_ avait été motivé par une faute grave.
- k. Le 14 novembre 2003, le conseil de E\_\_\_\_\_SA s'adressait à Action UNIA pour contester l'intégralité des faits allégués par T\_\_\_\_\_.
- l. Par décision du 15 décembre 2003, la caisse de chômage a demandé à l'intimé la restitution des 7'607 fr. 15 perçus à titre d'indemnité de chômage au cours des mois de juin et juillet 2003. Cette décision a été motivée par le fait que l'assuré avait travaillé pour E\_\_\_\_\_SA au cours de cette période. Faute de recours par l'intéressé, cette décision est entrée en force.
- m. Par décision du même jour, l'assurance chômage prononçait la suspension des indemnités fédérales de chômage, pour une durée de 45 jours, à l'encontre de T\_\_\_\_\_, ceci dès le 3 octobre 2003. Le motif étant le harcèlement sexuel auquel celui-ci s'était livré chez son ancien employeur.
- n. Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 1<sup>er</sup> décembre 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_SA au paiement de 37'097 fr. 70, plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2003, ladite somme se décomposant comme suit :
- 13'000 fr. à titre de salaire pour les mois de juin et juillet 2003 ;
  - 13'000 fr. à titre de salaire pour les mois d'octobre et novembre 2003 ;
  - 3'001 fr. 30 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature ;
  - 8'096 fr. 40 à titre de salaire pour les heures supplémentaires.

Il est également réclamé la délivrance d'un certificat de travail.

- o. Dans sa note explicative du 8 janvier 2004, le demandeur expose que l'indemnité pour vacances non prises couvre la période du 1<sup>er</sup> juin à fin novembre 2003. Il affirme avoir appris ultérieurement par la caisse de chômage D\_\_\_\_ qu'il y avait eu licenciement immédiat pour justes motifs. Il persiste à réclamer le paiement d'heures supplémentaires.

De son côté, l'employeur indique que T\_\_\_\_ lui a spontanément offert de travailler gratuitement en juin et juillet, dans le but de faire preuve de ses compétences. Il accepte cependant, compte tenu des circonstances, de payer pour juillet et août un montant brut total de 9'000 fr. Il persiste à considérer que le licenciement est intervenu avec effet immédiat pour justes motifs et conclut à ce que le demandeur soit débouté de toutes autres conclusions.

- p. Le 1<sup>er</sup> février 2004, T\_\_\_\_ a modifié ses conclusions. Il reconnaît avoir reçu la somme brute de 600 fr. pour le mois d'octobre 2003 et réclame, en plus, 39'000 fr. bruts à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée ainsi qu'une indemnité pour tort moral de 15'000 fr.
- q. Il ressort des enquêtes que T\_\_\_\_ a bien eu un comportement critiquable à l'égard du personnel féminin de l'entreprise, et tout particulièrement à l'égard de A\_\_\_\_.
- r. Dans son jugement du 16 mars 2004, le Tribunal des prud'hommes a considéré qu'il y avait eu conclusion d'un contrat de travail à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004 pour un salaire mensuel brut de 6'500 fr. Dès lors, le congé donné le 3 octobre ne l'était pas pendant le temps d'essai. Le salaire était donc dû jusqu'à la fin novembre, avec paiement d'une indemnité pour les vacances non prises.
- s. Dans son mémoire d'appel du 1<sup>er</sup> septembre 2004, E\_\_\_\_ SA soutient qu'elle a apporté la preuve de la résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs. Elle considère également que c'est à bien plaisir, et compte tenu des circonstances, qu'elle a accepté de payer 9'000 fr. pour juin et juillet 2003, alors même que son ancien employé avait accepté de travailler gratuitement.

Dans son mémoire réponse du 6 octobre 2004, T\_\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement du 16 mars 2004.

- t. A l'audience du 7 décembre 2004, l'intimé a admis avoir travaillé en tant que comptable en juin puis, dès juillet, comme responsable administratif. Selon lui, l'employeur s'était engagé à lui payer la différence entre les indemnités des chômages et les 6'500 fr. convenus. Cet accord daterait du

mois de juillet seulement. L'intimé affirme avoir réclamé oralement à son employeur cette différence mais n'en fournit pas la preuve. Il a également affirmé avoir averti immédiatement la caisse chômage de son arrivée chez E\_\_\_\_\_SA en juin 2003. Les documents qu'il produira ultérieurement ne le confirment pas.

Quant à E\_\_\_\_\_SA, elle dit que, lorsqu'elle a résilié le contrat, elle pensait être encore dans le temps d'essai de sorte qu'elle croyait pouvoir dénoncer le contrat en respectant ce délai.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E\_\_\_\_\_SA est recevable.
2. La Cour de Céans est amenée à se pencher sur les questions suivantes :
  - Depuis quand les parties étaient liées par un contrat de travail ?
  - Quel salaire éventuel est déterminant pour les mois de juin et juillet ?
  - Y'a-t-il eu licenciement avec effet immédiat pour justes motifs ?
  - Jusqu'à quelle date le salaire est dû ?
  - Peut-on imposer à l'employé la prise de vacances pendant le délai de congé ?
3. Selon l'article 320 CO, le contrat individuel de travail, qui n'est soumis à aucune forme spéciale, est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. Lorsque ces conditions sont réalisées, le contrat est conclu : il s'agit d'une présomption irréfragable. S'il existe un contrat de travail, il en découlera toutes les conséquences légales dont le droit au salaire. Par exemple, celui qui n'aurait pas réclamé de salaire parce qu'il comptait être rétribué ultérieurement d'une autre manière et qu'il voit déçue son attente légitime, peut tout de même revendiquer un salaire (J.-L. Duc/O. Subilia ; Commentaire du contrat individuel de travail, p. 89). Selon l'article 319 al. 1 CO, 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. Selon l'article 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu usuel ou fixé par un contrat type de travail ou par une convention collective.

4. La rémunération est un élément essentiel du contrat de travail. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit convenue entre les parties lors de la conclusion du contrat, ni même que les parties aient discuté du principe de la rémunération (R. Wyler ; Droit du travail, p.42). Si les composantes du salaire ne sont pas déterminées, le salaire doit en tout les cas être déterminable pour le travailleur et ne peut donc dépendre de la seule appréciation de l'employeur (Brunner/Buhler/Waerber ; Commentaires du contrat de travail, p. 44).

Les parties fixent librement le montant du salaire. La rémunération peut être exprimée par écrit, oralement, voire même tacitement par actes concluants (R. Wyler ; Droit du travail, p. 58 ; J.-L. Duc/O. Subilia ; op. cit., p. 87).

5. Dans le cas d'espèce, les versions des parties divergent. Il s'agit de tenter de chercher ce que les parties ont voulu. Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant, sur la base d'indices. Lorsque la volonté intime et concordante des parties ne peut être établie, le juge doit rechercher leur volonté présumée en interprétant leur déclaration de volonté selon le principe de la confiance ; cette interprétation dite objective consiste à rechercher le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre, en tenant compte des termes utilisés ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles elles ont été émises (ATF 125 III 305 ; ATF 119 II 449). Le juge doit interpréter les déclarations et les comportements des parties selon la théorie de la confiance permettant d'imputer à chacune d'elle le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si ce dernier ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 127 III p. 279).
6. Il ne fait pas de doute que les parties se sont entendues pour que T\_\_\_\_\_ fournisse une prestation de travail dès le 1<sup>er</sup> juin 2003. Il est établi également que le premier mois, il a travaillé en qualité de comptable, puis de comptable et de responsable administratif. Il n'est pas contesté non plus que l'ancien comptable recevait un salaire mensuel brut de 4'500 fr., et que le contrat signé par les parties le 2 juillet 2003 prévoyait une rémunération mensuelle brute de 6'500 fr.

Comme l'a relevé avec pertinence le Tribunal des prud'hommes, le fait que l'employeur ait admis le principe du paiement d'un salaire de 9'000 fr. pour les mois de juin et juillet indique bien que l'intimé ne devait pas travailler à plein temps gratuitement pendant ces deux mois. On doit également admettre que la signature du contrat de travail du 2 juillet 2003 répondait à un impératif : celui d'obtenir l'allocation d'initiation au travail pour une durée de six mois. Dès lors, le contrat de travail avait bien commencé début juin 2003, moyennant salaire. Par contre, la Cour de Céans ne suivra pas le Tribunal des prud'hommes au sujet du

montant dudit salaire. En effet, au cours du premier mois, l'intimé a travaillé en tant que comptable et non de responsable administratif. Dans la mesure où les responsabilités étaient moins élevées, le salaire de juin devait correspondre à celui de l'ancien comptable. Dans ces conditions, le salaire sera fixé à 4'500 fr. pour le mois de juin, puis à 6'500 fr. dès le 1<sup>er</sup> juillet 2003.

7. L'appelante soutient qu'elle a donné le congé avec effet immédiat pour justes motifs, conformément à l'article 337 CO. Lorsqu'il a connaissance d'un cas de résiliation immédiate, l'employeur doit agir rapidement. L'employeur a le choix entre la résiliation ordinaire et la résiliation extraordinaire. S'il opte pour la première, il renonce définitivement au droit de résiliation immédiate (ATF 123 II 86 ; JAR 1999 p. 309). Les griefs invoqués à l'appui d'un congé ordinaire ne peuvent plus entrer en considération comme motifs d'une résiliation immédiate signifiée ensuite (SJ 1993 p. 370 ; JAR 1990 278). Enfin, il est nécessaire que le congé avec effet immédiat soit soumis à réception et bien compris comme tel par son destinataire.

Dans le cas d'espèce, la lettre de licenciement laissait entendre à l'employé qu'il recevrait une rémunération jusqu'à la fin du temps d'essai et qu'il était libéré de l'obligation de travailler. C'est également ce que l'employeur a écrit à C\_\_\_\_\_ le 3 octobre 2003. Dès lors, le congé a bien été donné, mais pas avec effet immédiat en invoquant les justes motifs. La Cour de Céans n'a dès lors pas à examiner si le comportement de l'intimé à l'égard du personnel féminin de E\_\_\_\_\_SA, en particulier la violence de ses propos à l'encontre de A\_\_\_\_\_ pouvaient être considéré comme un juste motif de licenciement immédiat.

8. Le contrat de travail avait commencé au début du mois de juin. On ne saurait admettre qu'il s'agissait d'un premier contrat de deux mois avec la conclusion d'un nouveau contrat dès à compter du 1<sup>er</sup> août 2003. Il a été jugé que la conclusion de contrats successifs prévoyant à chaque fois un temps d'essai est constitutif d'abus de droit au sens de l'article 2 ch. 2 CCS (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté ad. art. 334 CO ; J-L Duc / O. Subilia ; op. cit., p. 373). On relèvera d'ailleurs que le temps d'essai ne peut dépasser trois mois, selon article 335 let. b ch. 2 CO.

Dès lors, lorsque le congé a été donné à l'intimé, la période d'essai maximum de trois mois était largement dépassée. Dans la mesure où il ne s'est pas clairement prévalu de l'article 337 CO, l'employeur devait respecter le délai de congé prévu à l'article 335 let. c CO soit, en l'occurrence, d'un mois pour la fin d'un mois. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera confirmé en tant qu'il a admis le droit au salaire de l'intimé jusqu'à fin novembre 2003.

9. Le remplacement des vacances par des prestations en argent est en principe exclu (ATF 106 II 152 ; ATF 101 II 283). Cependant, lorsque le contrat est dénoncé, l'employeur ne peut exiger sans autre que la prise de vacances soit effectuée pendant le délai de congé. En effet, lorsque le contrat est dénoncé, le travailleur doit souvent chercher un autre emploi et une telle recherche est incompatible avec la prise effective de vacances. Celles-ci ont été instituées pour que le travailleur puisse se reposer sans avoir à penser à son travail (R. Wyler, op. cit., p. 323). Il faut donc examiner dans chaque cas au vu de l'ensemble des circonstances telle que la durée du délai de congé, la difficulté de trouver un autre travail et le solde des vacances à prendre si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé (SJ 1993 p. 254 ; Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, ad. art. 329 let. d CO ; G. Aubert, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques in : Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1990 p. 129 ; Streiff/Von Kaenel ; Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht 5 éd. Zürich 1992 n. 11 ad. art. 329 c CO).

Dans le cas d'espèce, le congé a été donné à l'intimé avec libération de l'obligation de travailler dès le 3 octobre 2003. Si l'on considère que l'intimé avait droit à deux semaines de vacances, il lui restait six semaines pour se consacrer à la recherche d'un nouvel emploi, ce qui est suffisant. Il faut aussi relever que le congé a été donné pour un motif imputable à l'intimé et que les relations de travail n'ont duré que six mois. Le jugement des Prud'hommes sera infirmé sur ce point.

10. Selon l'article 76 LPC la procédure est gratuite pour les parties sauf disposition contraire à la loi. Toutefois, le juge peut mettre les dépens et les frais de justice à la charge de la partie qui plaide de manière téméraire. Dans le cas d'espèce, la Cour considère que les parties n'ont pas usé de procédés déloyaux.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 16 mars 2004 rendu dans la cause n° C/26406/2003-4

#### Au fond :

- Annule ce jugement

Statuant à nouveau :

- Condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ à payer la somme brute de 23'400 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2003 ;
- Condamne E\_\_\_\_\_ SA à fournir à T\_\_\_\_\_ un certificat de travail conformément à l'article 330 a al. 1 CO ;
- Déboute les parties de toute autre conclusion ;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

La greffière de juridiction

Le président