



E\_\_\_\_\_ SA  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Yverdon-les-Bains

T\_\_\_\_\_   
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Carouge

**Partie appelante**

**Partie intimée**

CAISSE DE CHOMAGE I \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ Genève

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 14 juillet 2009

Mme Sylvie DROIN, présidente

M. Lorin VOUTAT et M. Gérard GROLIMOND, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Serge PASSINI, juges salariés

Mme Charlotte FEVRE, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. A\_\_\_\_\_ SA est une société anonyme, avec siège à Genève, dont le but est l'exploitation et la gestion de salles de cinéma, ainsi que toute activité dans le domaine du cinéma.

L'administrateur président en est B\_\_\_\_\_, et l'administrateur secrétaire C\_\_\_\_\_.

B. Par contrat du 7 juillet 2003, A\_\_\_\_\_ SA a engagé en qualité d'employé de commerce T\_\_\_\_\_, né le 27 mars 1987, du 25 août 2003 au 24 août 2006. Le salaire mensuel convenu était de CHF 670.- la première année, CHF 870.- la deuxième année, et CHF 1'410.- la troisième année, pour un horaire de 40 heures par semaine.

La rémunération de l'apprenti n'a toutefois pas été portée au montant prévu durant la troisième année d'apprentissage, et est restée à CHF 870.- jusqu'au mois d'août 2006.

T\_\_\_\_\_ n'a pas obtenu de CFC au terme de son apprentissage.

Il a travaillé au service de A\_\_\_\_\_ SA de septembre à décembre 2006. Les parties n'ont alors pas conclu de contrat écrit.

Le salaire mensuel est resté fixé à CHF 870.-. Il n'a pas été prévu d'assurance perte de gain en cas de maladie. Selon T\_\_\_\_\_ l'horaire de travail était toujours de 40 heures, selon l'employeur il était d'environ 10 à 15 heures par semaine.

C. A compter du mois de janvier 2007, les rapports de travail ont passé à E\_\_\_\_\_ SA, société anonyme créée le 27 novembre 2003 avec siège à Yverdon-les-Bains, dont le but est d'effectuer des opérations commerciales en matière cinématographique, de spectacles, d'édition littéraire et musicale et dans tout domaine annexe; développement, préparation, production, exploitation, promotion et distribution de films, vidéos et autres produits audiovisuels; acquisition et commercialisation de droits d'adaptation et d'exploitation cinématographique, notamment de romans, scénarios, pièces de théâtre, spectacles et musique. B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ en sont respectivement aussi les administrateurs président et secrétaire.

Dès cette date, le salaire mensuel a été porté à CHF 1'200.-.

Au mois de mai 2007, il a été fixé à CHF 1'840.-. Dès le mois de juin 2007, les fiches de salaire ont mentionné un salaire brut de CHF 1'698,50 et un "prorata vacances" de CHF 141,50, pour un total de CHF 1'840.-.

T\_\_\_\_\_ travaillait dans une pièce borgne, au premier sous-sol (témoin D\_\_\_\_\_, inspecteur du travail, procès-verbal d'audience du Tribunal du 23 juin 2008).

- D. Les parties sont convenues que T\_\_\_\_\_ prendrait des vacances du 14 au 25 janvier 2008. L'employé a effectivement été absent de son poste de travail dès le 14 janvier 2008.

Selon certificat médical du 31 janvier 2008, T\_\_\_\_\_ a été totalement incapable de travailler du 20 au 31 janvier 2008, pour cause de maladie. E\_\_\_\_\_ SA affirme ne pas avoir eu connaissance de ce document, que l'employé soutient avoir communiqué en février 2008, après avoir téléphoné le 28 janvier 2008.

En janvier 2008, le salaire versé a été de CHF 916,95.

T\_\_\_\_\_ a repris son travail le 31 janvier 2008, jusqu'au 8 février 2008. Il ne s'est ensuite pas représenté à son poste. E\_\_\_\_\_ SA n'a pas réagi.

Selon certificat médical du 4 février 2008, T\_\_\_\_\_ était en incapacité de travail complète depuis le 5 février 2008. Il affirme avoir transmis ce document; l'employeur soutient ne l'avoir reçu que le 20 février 2008.

- E. Par lettre du 20 février 2008, T\_\_\_\_\_ a écrit à son employeur: "je vous annonce ma démission avec effet immédiat. En effet, pour préserver ma santé et suite à l'accord avec mon médecin, je ne peux plus travailler dans votre entreprise avec des conditions de travail dangereuses".

Le 21 février 2008, E\_\_\_\_\_ SA a accusé réception du courrier précité, et des deux certificats médicaux qui étaient joints. Elle a notamment ajouté ceci: "[...] Nous constatons que vous n'avez pas hésité le lundi courant à prendre vos affaires personnelles, et semble-t-il à toucher à l'ordinateur de votre place de travail, sans nous le demander. [...] Un tel fait nous a quelque peu choqués, tout comme les motifs que vous invoquez, d'autant plus que le travail réel que vous avez fourni pour notre Société n'excédait pas dix heures par semaine. Il est vrai que d'avoir coupé l'internet qui ne devait qu'être utilisé pour nos besoins, a dû énormément vous contrarier puisque vous ne pouviez plus, sur vos heures de travail, faire vos petites affaires personnelles. D'autre part, vous arriviez presque systématiquement avec un retard d'au moins une demi-heure au bureau. N'importe quel employeur vous aurait signifié votre congé immédiat pour de tels faits. C'est pourquoi nous ne nous opposons pas à votre démission, vu le peu d'enthousiasme dont vous avez fait preuve ces derniers mois [...]"

F. Par demande du 27 mars 2008, T\_\_\_\_\_ a conclu au paiement de CHF 7'799,35 plus intérêts moratoires à 5% dès le 20 février 2008, soit CHF 1'187,10 représentant le salaire du 1<sup>er</sup> au 20 février 2008 (y compris vacances), CHF 4'273,55 à titre de délai de congé du 21 février au 30 avril 2008 (y compris vacances), CHF 609,35 à titre de différence de salaire pour le mois de janvier 2008 (y compris vacances), CHF 1'422,75 à titre de salaire afférent à la part des vacances du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 31 mai 2007, et CHF 306,60 à titre de modification du contrat pour les mois de juin et juillet 2007, ainsi qu'à la remise d'un certificat de travail.

Par lettres des 2 et 24 avril 2008, la CAISSE DE CHÔMAGE I\_\_\_\_\_ a déclaré intervenir au litige pour se subroger dans les droits de T\_\_\_\_\_ à concurrence du montant de CHF 1'721,25, représentant les indemnités versées du 26 février au 30 avril 2008.

Par acte du 16 avril 2008, E\_\_\_\_\_ SA a conclu au rejet de la demande, et, à titre reconventionnel, au paiement de CHF 4'273,55 représentant, selon elle, l'indemnité due suite à la rupture du contrat de travail avec effet immédiat.

G. A l'audience du Tribunal des Prud'hommes du 23 juin 2008, T\_\_\_\_\_ a encore réclamé des attestations de salaire pour les années 2007 et 2008.

H. Par jugement du 2 février 2009, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ CHF 3'857,25 brut, plus intérêts moratoires à 5% dès le 20 février 2008, sous déduction de CHF 1'721,25 net, et à la CAISSE DE CHÔMAGE I\_\_\_\_\_ CHF 1'721,25 net plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2008, à établir en faveur de T\_\_\_\_\_ les certificats de salaire pour les années 2007 et 2008, invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales légales usuelles, et débouté les parties de toute autre conclusion.

En substance, les premiers juges ont retenu que l'employé n'avait pas de motifs de mettre fin abruptement à son contrat de travail, que son salaire était dû jusqu'au 20 février 2008, qu'il avait droit à la rémunération de vacances qu'il n'avait pas pu prendre entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 31 mai 2007, qu'il ne pouvait prétendre à une différence de salaire en juin et juillet 2007, qu'en revanche il y avait droit pour le mois de janvier 2008, que des attestations de salaire devaient lui être remises; que s'agissant de la demande reconventionnelle, l'employeur n'avait pas prouvé avoir subi de dommage.

I. Par acte du 2 mars 2009, E\_\_\_\_\_ SA a appelé du jugement précité.

Elle a conclu à l'annulation du jugement entrepris s'agissant des prétentions de l'employé relative au mois de janvier 2008 et postérieure au 8 février 2008, ainsi qu'à l'admission de l'indemnité réclamée à titre reconventionnel.

Par mémoire-réponse du 8 avril 2009, T\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de l'appelante et à la confirmation de la décision déferée.

Par courriers des 20 mars et 30 avril 2009, la CAISSE DE CHÔMAGE I\_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement de première instance.

### **EN DROIT**

1. Déposé dans la forme et les délais légaux (art. 59 LJP), l' appel est recevable. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).
2. Les parties s'accordant sur le transfert des rapports de travail de A\_\_\_\_\_ SA à E\_\_\_\_\_ SA, il y a lieu d'en prendre acte.
3. Il est acquis que la résiliation par l'intimé de son contrat de travail était injustifiée. C'est ainsi, à juste titre, que les premiers juges ont débouté celui-ci de ses conclusions postérieures à la fin des rapports contractuels. Ils ont, cependant, fait droit à celles de la partie subrogée, pour une période subséquente, ce qui est, à l'évidence, incohérent.

Le jugement entrepris devra dès lors être annulé dans cette mesure.

4. L'appelante fait valoir que la résiliation précitée a pris effet le 8 février 2008 et non le 20 février 2008.

Aux dires de l'intimé, celui-ci a quitté son poste de travail, dans l'intention de ne plus y revenir, mais il n'a pas immédiatement signifié sa volonté à l'employeur en raison de sa maladie.

- 4.1 L'art. 337d CO règle les conséquences juridiques d'une résiliation immédiate sans justes motifs du contrat par le travailleur. Il y a abandon d'emploi lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs.

L'application de l'art. 337d CO présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié. Il faut qu'il apparaisse clairement que la décision du travailleur est définitive; si l'employeur peut raisonnablement avoir un doute sur cette intention définitive, il doit adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail avant, le cas échéant, de pouvoir considérer que l'employé a abandonné son em-

ploi. En particulier, lorsque l'employeur a des doutes au sujet de la capacité de travail de son employé, il doit préalablement l'inviter à reprendre son emploi, à produire un certificat médical, ou à justifier son absence, avant d'admettre qu'il y a abandon d'emploi (ATF 112 II 41; arrêt du Tribunal fédéral du 21 décembre 2006 4C.339/2006; WYLER; Droit du travail, 2008 p. 520s et les références citées).

Il appartient à l'employeur de prouver la volonté du travailleur d'abandonner définitivement son emploi, par exemple par une lettre de mise en demeure restée sans réponse. En l'absence de réaction, l'employeur risque de se voir reprocher d'avoir consenti à la résiliation immédiate de son employé. Si, au contraire, l'employeur a clairement mis en demeure, sans effet, le travailleur de réintégrer son poste, il appartiendra à ce dernier de prouver qu'il n'avait pas la volonté de mettre fin au contrat par son absence, cette dernière se justifiant par une maladie, une libération de la part de l'employeur ou le fait que le contrat avait déjà été résilié (REHBINDER, Commentaire bernois, ad art. 377d CO n° 1).

- 4.2 En l'espèce, l'appelante ne démontre pas avoir réagi de quelconque façon à l'absence de son employé à partir du 8 février 2008, alors pourtant qu'elle affirme ne pas avoir su que celui-ci se trouvait en incapacité de travail. Il n'apparaît pas qu'elle l'ait invité à reprendre son emploi, à fournir un certificat médical ou à justifier son absence. Dans son courrier du 21 février 2008, elle ne fait pas mention de cette absence, dont elle semble s'être accommodée, et déclare accepter la résiliation du contrat de travail exprimée par le travailleur le 20 février 2008.

Il convient, dès lors, de considérer que cette date est constitutive de la fin des rapports de travail.

C'est ainsi, à juste titre, que le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_\_\_ le salaire dû jusqu'au 20 février 2008, soit CHF 1'187,10.

5. E\_\_\_\_\_ SA fait également grief aux premiers juges de l'avoir condamnée à verser à son employé une différence de salaire pour le mois de janvier 2008, qui, selon elle, ne serait pas due, en raison des vacances prises et de la maladie éprouvée.
- 5.1 L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1<sup>er</sup> CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1<sup>er</sup> CO). A teneur de l'article 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Selon la jurisprudence, cette disposition prohibe en particulier les clauses stipulant que le salaire relatif aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises mais qu'il est compris dans le salaire global. Un tel accord est nul et, partant, le travailleur conserve le droit de faire valoir une prétention en paiement de ses vacances (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF 107 II 430, consid. 3a). Le paiement d'une indemnité de vacances avec le salaire global présente en effet le risque

qu'un employé rencontrant des difficultés financières dépense l'indemnité immédiatement et renonce par conséquent à prendre des vacances en nature. Le but de l'article 329a al. 1<sup>er</sup> CO, soit le repos du travailleur, est alors compromis (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003).

L'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global est toutefois admissible dans des situations très particulières ; tel sera par exemple le cas d'un travailleur à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement, d'un travailleur intérimaire (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF du 6 août 1992 en la cause 4C.18/1992, publié *in* SJ 1993 355, consid. 2a ; ATF 107 II 430, consid. 3a ; Message du Conseil fédéral, FF 1982 III, p. 210 ), ou encore d'un travailleur au service de différents employeurs simultanément (Rehbinder, op. cit., n. 15 *ad* art. 329d CO). Dans de tels cas en effet, il peut être très difficile pour l'employeur de calculer en cours d'année le montant du salaire afférent aux vacances, afin de le verser au moment où elles sont prises (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003, consid. 2.3). Encore faut-il cependant que le contrat de travail et les décomptes de salaire mentionnent clairement la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances. Le juge doit en effet être en mesure de contrôler si la part convenue du salaire afférent aux vacances garantit l'entier du salaire dû pour cette période (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; SJ 1993, p. 355).

Selon l'article 324a al. 1<sup>er</sup> CO, l'employeur doit verser au travailleur, pour un temps limité, le salaire durant une incapacité de travail non fautive, telle que la maladie, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. L'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (324a al. 2 CO). C'est au salarié qu'il incombe d'apporter la preuve d'un empêchement de travailler au sens de l'article 324a CO (art. 8 CC). En cas de maladie, d'accident ou de grossesse, celui-ci aura le plus souvent recours à un certificat médical.

Selon l'échelle bernoise, l'employé a droit à son salaire en cas de maladie durant un mois pendant la deuxième année de service, deux mois durant les troisième et quatrième années, et trois mois durant les cinquième à neuvième années de service (WYLER, op. cit. p. 228).

- 5.2 En l'espèce, T\_\_\_\_\_ a, entre le 14 et le 31 janvier 2008, été successivement en vacances puis en incapacité de travail, constatée par certificat médical, lequel n'a pas à être remis en doute. Durant ces périodes, en vertu des principes rappelés ci-dessus, sa rémunération était due, étant précisé que, quelle que soit la façon dont on calcule ses années de service, il n'avait pas épuisé son droit au salaire en cas de maladie.

Il est établi que celui-ci, convenu entre les parties, était de CHF 1'840.- par mois. En janvier 2008, l'intimé n'a touché que CHF 916,95. Par conséquent, l'appelante reste redevable de la différence, soit CHF 923,05.

6. E\_\_\_\_\_ SA reproche, enfin, au Tribunal de ne pas lui avoir accordé d'indemnité, suite à l'abandon injustifié d'emploi de l'intimé.
- 6.1 Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel; il a en outre le droit à la réparation du dommage supplémentaire (art. 337d al. 1 CO).

L'employeur ne doit pas prouver un dommage particulier, il suffit qu'il l'allègue pour obtenir l'indemnité forfaitaire prévue par le législateur. Le sens et la finalité de l'art. 337d al. 1 CO ne sont pas de priver l'employeur qui entend faire valoir son droit à la réparation du dommage supplémentaire de la possibilité de se prévaloir des dispositions générales en matière de réparation. C'est pourquoi l'art. 337d CO ne s'oppose pas à l'appréciation par le juge d'un tel dommage conformément à l'art. 42 al. 2 CO. S'agissant du fardeau de la preuve, dans l'hypothèse où l'employeur réclame plus que l'indemnité forfaitaire, il lui appartient de prouver son dommage supplémentaire (WYLER, op. cit. p. 523).

Le droit à l'indemnité forfaitaire peut être réduit ou supprimé non seulement en cas d'absence de préjudice, ou en cas de préjudice inférieur au quart du salaire mensuel, mais aussi pour des raisons d'équité (AUBERT, Commentaire romand, ad art. 337d n. 4).

- 6.2 In casu, l'appelante a allégué avoir subi un dommage, qu'elle rapporte à la période allant du 11 au 18 février 2008, du fait de la résiliation par son employé. Bien qu'elle prétende à une indemnité supérieure au quart du salaire mensuel prévue par l'art. 337d CO, elle ne prouve pas de dommage supplémentaire.

En vertu de ce qui a été retenu ci-dessus, la période en cause était antérieure à la fin du contrat. A ce moment-là, il appartenait à l'employeur, s'il était effectivement dans l'embarras, de contacter son employé pour, à tout le moins, comprendre la raison de son absence. Faute de l'avoir fait, il en supporte les conséquences.

Par ailleurs, ultérieurement, dans son courrier du 21 février 2008, l'appelante a consenti à la résiliation, et n'a élevé aucune prétention.

La Cour considère, dès lors, qu'il n'y a pas lieu au paiement d'une indemnité.

7. Par souci de clarté, le jugement entrepris sera entièrement annulé et il sera statué à nouveau, E\_\_\_\_\_ SA étant condamnée, outre à remettre les certificats de salaire

2007 et 2008, à verser à l'intimé le montant accordé par les premiers juges qu'elle n'avait pas remis en cause, soit CHF 1'747,10, et les montants précités, soit CHF 923,05, et CHF 1'187,10, le tout portant intérêt à 5% l'an à compter du 20 février 2008.

8. La procédure étant gratuite (art. 76 LJP), il n'est pas alloué de dépens.

PAR CES MOTIFS

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel formé par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement rendu le 2 février 2009 par le Tribunal des Prud'hommes.

**Au fond :**

Annule le jugement entrepris.

**Et statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_\_\_ le montant brut de CHF 3'857,25, plus intérêts moratoires à 5% dès le 20 février 2008.

Condamne E\_\_\_\_\_ SA à délivrer à T\_\_\_\_\_ les certificats de salaire 2007 et 2008.

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

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

La présidente