



E _____ SA
Dom. élu: Me Jean-Franklin WOODTLI
Rue Prévost-Martin 5
Case postale 5
1211 Genève 4

Partie appelante

T _____
Dom. élu: Syndicat UNIA
Chemin Surinam 5
Case postale 288
1211 Genève 13

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 20 mars 2006

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Jean Claude GAUTHEY et Pierre REICHENBACH, juges employeurs

MM. Alexandre-Frédéric LAMY et Jorge SANCHEZ, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 11 octobre 2005, E _____ SA (ci-après: E _____ SA) appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 7 septembre 2005, dans la cause n° C/6603/2005-1, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 9 septembre 2005 dont le dispositif est le suivant:

- Condamne E _____ SA à payer à T _____ la somme brute de Frs. 7'583.10 (sept mille cinq cent quatre vingt trois francs et dix centimes) plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 29 mars 2005, sous déduction du montant net de Frs. 2'692.05 (deux mille six cent nonante deux francs et cinq centimes);
- Condamne E _____ SA à payer à la Caisse chômage le montant net de Frs. 2'692.05 (deux mille six cent nonante deux francs et cinq centimes);
- Déboute les parties de toute autre conclusion;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a retenu que la Convention collective de travail pour les travailleurs de l'industrie des garages du canton de Genève ne s'appliquait pas. Le délai de congé étant de deux mois, le contrat de travail avait pris fin au 31 décembre 2004. T _____ avait donc droit au salaire des mois de novembre et décembre. Le Tribunal a considéré que le travailleur n'a pas pu prendre ses vacances pendant le délai de congé. L'employeur doit lui verser une indemnité à ce titre. La Caisse de chômage est subrogée à concurrence du montant versé au travailleur.

L'appelante prend les conclusions suivantes :

- Annuler et mettre à néant le jugement contesté.

Cela fait et statuant à nouveau :

- Débouter T _____ de toutes ses conclusions
- Débouter tout opposant de toutes autres, contraires ou plus amples conclusions.

L'intimé, dans son mémoire de réponse daté du 7 novembre 2005, a conclu à la confirmation intégrale du jugement querellé.

Par lettre du 14 décembre 2005, la Caisse de chômage, agissant en qualité d'intervenante, a conclu à ce que l'employeur soit condamné à lui verser la somme nette de Frs. 2'692.05.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) T _____ a été engagé par E _____ SA en qualité d'apprenti mécanicien automobile de 4^{ème} année, du 25 août 2003 au 30 juin 2004. Il n'a pas réussi les examens de fin d'apprentissage.
- b) Dès le 1^{er} juillet 2004, l'intimé a travaillé chez E _____ SA en qualité de mécanicien automobile sans CFC, moyennant un salaire mensuel brut de Frs. 3'500.--. Le contrat de travail du 26 juillet 2004 prévoyait un temps d'essai de six mois pendant lequel les parties pouvaient résilier le contrat moyennant sept jours d'avance pour la fin de la semaine. Ultérieurement, le contrat pouvait être résilié moyennant un délai de un mois pour la fin d'un mois pendant la première année de service, puis de deux mois pour la fin d'un mois dès la deuxième année.
- c) Par courrier du 18 octobre 2004, l'employeur a résilié le contrat de travail pour le 29 octobre suivant, expliquant que le garage n'avait plus le volume de travail suffisant pour continuer à occuper T _____. Un certificat de travail était joint mentionnant les dates et qualités d'emploi de l'intimé. La conjoncture économique difficile avait motivé le congé de ce collaborateur, qui avait donné entière satisfaction.
- d) Selon lettre du 20 janvier 2005, le Syndicat a allégué que le revenu de T _____ ne respectait pas le salaire minimum fixé par la Convention collective des garages. Le temps d'essai de six mois prévu dans le contrat était illégal. L'employeur était mis en demeure de verser le solde des salaires et le treizième salaire.
- e) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 29 mars 2005, T _____ a assigné E _____ SA en paiement de Frs. 29'936.-- avec intérêts moratoires à 5% l'an dès la date de la demande. Ce montant se décompose comme suit:

Frs. 19'960.-- pour arriérés de salaire, septembre 2003 à juin 2004
Frs. 1'984.-- pour arriérés de salaire, juillet à octobre 2004
Frs. 7'992.-- pour délai de congé (2 mois).
- f) La dernière audience de conciliation du 2 mai 2005 ayant échoué, l'affaire a été renvoyée devant le Tribunal des Prud'hommes.

- g) Par lettres des 18 et 24 mai 2005, la Caisse de chômage a déclaré intervenir, étant légalement subrogée dans les droits du demandeur à hauteur de Frs. 2'696.05 nets, correspondant aux indemnités versées en novembre et décembre 2004.

Par mémoire déposé le 1^{er} juin 2005 au greffe de la Juridiction des Prud'hommes, E _____ SA a conclu au déboutement de la demande.

- h) Entendu à l'audience du 30 juin 2005, T _____ a renoncé à réclamer le poste de Frs. 19'960.- Il a contesté avoir sollicité de l'employeur la remise d'une lettre de congé. D'après lui, son employeur l'a convoqué le 18 octobre 2004. Sous prétexte qu'il n'avait pas assez de travail, il l'a licencié. T _____ n'a plus travaillé depuis le 18 octobre 2004.

E _____ SA a déclaré avoir engagé T _____ pour lui permettre de finir son apprentissage. Après avoir échoué au CFC, il a été engagé comme manœuvre. C'est le travailleur qui a demandé à être licencié.

- i) Selon le témoin A _____, ancien directeur du garage, T _____ l'a appelé le dimanche 17 octobre 2004, car il ne savait pas s'il voulait continuer son travail. Le lundi 18 octobre, l'intimé a réitéré son intention d'arrêter son travail. Le témoin a rédigé la lettre de congé pour aider l'intimé à toucher le chômage. Selon le témoin B _____, maître d'apprentissage, il avait été décidé, en octobre 2004, de faire un licenciement pour des problèmes économiques et T _____ avait été choisi pour être licencié. En octobre 2004, T _____ lui a dit qu'il voulait quitter le garage. Assis à une table pour un café, l'employé a demandé à A _____ de lui faire une lettre de congé. Selon le témoin C _____, T _____ avait, à la pause café, demandé de cesser ses activités au garage. Il ne se sentait pas capable de faire le travail de mécanicien.
- j) A l'audience de ce jour, l'appelante a allégué qu'il s'agissait d'un congé consensuel pour le 31 octobre 2004. T _____ a expliqué qu'en réalité il n'avait pas l'intention de quitter le garage. Il aurait préféré rester en s'occupant de réparations plutôt que de mécanique. Il admet n'avoir peut-être pas été clair pour exprimer cette intention, en disant qu'il voulait cesser son activité. Il a appelé A _____ pour lui exprimer son désarroi. Le lendemain, il a été convoqué au bureau et a été licencié. Or, une semaine auparavant, son employeur lui avait déjà donné son congé pour raisons économiques. T _____ dit avoir consacré en novembre et décembre 2004, trois à quatre jours par semaine pour la recherche d'un nouvel emploi. Après avoir exercé des missions temporaires, il a trouvé un emploi fixe dès mai 2005.

- k) Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé dans le délai et la forme prévue à l'article 59 LJP, l'appel formé par Garage Sport Auto GT SA est recevable.
2. Le Tribunal des Prud'hommes a statué en premier ressort. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (G. Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, n° 449).
3. La Cour est amenée à se pencher sur les questions suivantes:
 - Y a-t-il eu résiliation consensuelle du contrat de travail ?
 - Quel est le délai de congé à respecter ?
 - Pouvait-on exiger du travailleur qu'il prenne ses vacances pendant le délai de congé ?
4. Il est possible de mettre fin aux rapports de travail par accord mutuel entre l'employeur et le travailleur. Cet accord est soumis aux règles générales du code des obligations. Lorsque les parties s'entendent, cela permet en tout temps de mettre fin au contrat de travail de durée déterminée avant son échéance, ou au contrat de durée indéterminée sans respecter le délai de résiliation. La manifestation concordante de cette volonté doit porter tant sur la décision de mettre fin aux rapports de travail que sur la date retenue. Il convient d'être restrictif dans l'appréciation de la preuve de l'accord par actes concluants, qui doit être apportée par celui qui s'en prévaut (art. 8 CCS). S'il y a litige et que l'intention des parties n'est pas confirmée par écrit, on ne pourra pratiquement jamais admettre un tel accord (Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, ad art. 335 CO; R. Wyler, *Droit du travail*, p. 338 ss).

En l'espèce, les déclarations des parties sont contradictoires quant à l'existence d'une résiliation consensuelle. Aucune pièce n'a été produite venant établir la réalité d'un tel accord. Le seul document à ce sujet est la lettre de résiliation unilatérale adressée par l'employeur à son employé. Les enquêtes ne permettent pas d'établir l'existence d'un accord entre les parties. En effet, il en résulte que l'intimé manquait de confiance en soi, qu'il ne savait pas très bien quoi faire au niveau professionnel. Il semble qu'il aurait été plus apte à être réparateur que mécanicien. Dans ce contexte, il aurait déclaré envisager de cesser son activité. Il ne s'agit toutefois pas là d'une déclaration de résiliation. La procédure n'a pas établi que l'intimé aurait donné, en toute conscience et connaissance de cause, sa démission de manière ferme et irrévocable, avec effet au 31 octobre 2004. De plus, il ne ressort

pas non plus de la procédure que les parties se seraient entendues sur la date de la fin des rapports de travail.

Quand bien même la preuve aurait été faite d'un accord du travailleur pour un licenciement avec un délai de résiliation de sept jours, comme indiqué dans le contrat, on devrait considérer que cet accord était vicié. En effet, le travailleur ignorait, avant d'avoir consulté le syndicat, qu'en réalité le temps d'essai prévu contractuellement était nul et qu'il devait ainsi bénéficier d'un délai de résiliation ordinaire. Il ignorait aussi qu'en acceptant une fin prématurée du contrat, il ne toucherait pas les indemnités de chômage. Il est naturellement probable que l'employeur ignorait également cela. Sa bonne foi n'étant nullement mise en doute.

Par conséquent, la Cour retiendra que la preuve d'une résiliation consensuelle des rapports de travail n'a pas été apportée.

5. L'article 335 b CO prévoit que pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours. Est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Il ne peut dépasser trois mois (JAR 2000 p. 120). Il n'y a pas d'abus de droit du travailleur s'il invoque la nullité d'une prolongation du temps d'essai qu'il avait acceptée (ATF 109 II 449 = JT 1984 I 223). Le temps d'essai doit fournir aux parties l'occasion de préparer l'établissement de rapports destinés à durer, en leur permettant d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période (ATF 124 V 246). Dès lors que les parties se connaissent déjà, il n'y a pas de place pour un temps d'essai. C'est notamment le cas lorsqu'un contrat de travail succède à un contrat d'apprentissage, sans interruption (Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, op. cit. ad art. 335b CO ; R. Wyler, op. cit. p. 330).

Après le temps d'essai, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois la première année, de deux mois dès la deuxième année de service (art. 335c CO). Le délai de congé est fonction de la durée des rapports de travail. Le point de départ est la prise de fonction effective au sein de l'entreprise, sans tenir compte des éventuelles modifications contractuelles intervenues entre-temps. En particulier, la durée des rapports de travail se détermine en y incluant le temps d'essai et un éventuel contrat d'apprentissage (R. Wyler, op. cit. p. 333; SJ 1995 p. 791). Si la partie qui résilie le fait en indiquant un délai ou un terme inexact, sa volonté exprimée de mettre fin aux rapports de travail est valable, mais on appliquera le délai et le terme corrects (Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, op. cit. ad art. 335c CO).

En l'espèce, T _____ a été engagé en qualité d'apprenti de 4^{ème} année du 25 août 2003 au 30 juin 2004. Dès le 1^{er} juillet 2004, il a été engagé en qualité de manoeuvre, sans CFC. Ce dernier contrat prévoyait un temps d'essai de six mois,

dépassant les trois mois maximum de l'article 335b CO. Les parties se connaissant déjà depuis août 2003, il n'y a pas de place pour un nouveau temps d'essai, puisque le contrat de travail succédait sans interruption au contrat d'apprentissage. Le contrat ne pouvait donc être résilié moyennant un délai de sept jours prévu à l'article 335 b CO. L'employeur ne pouvait mettre un terme au contrat de travail qu'en procédant à une résiliation ordinaire.

Le contrat de travail du 26 juillet 2004 prévoyait un délai de résiliation de un mois pour la fin d'un mois pendant la première année de service, puis de deux mois dès la deuxième année, conformément à l'article 335c CO. La lettre de congé date du 18 octobre 2004. Le contrat d'apprentissage doit être pris en considération pour le calcul de la durée du délai de congé. Il en résulte que l'intimé se trouvait dans sa deuxième année de service lorsqu'il a reçu son licenciement. L'employeur devait donc respecter un délai de résiliation de deux mois portant ainsi la fin des rapports de travail au 31 décembre 2004.

Dès lors, T _____ a droit au salaire afférent au délai de congé des mois de novembre et décembre 2004, représentant la somme brute de fr. 7'000.-- (fr. 3'500.-- x 2). Le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

6. L'article 329a CO prévoit que l'employé bénéficie de quatre semaines de vacances par année. Les vacances ont été instituées pour que le travailleur puisse se reposer sans avoir à penser à son travail. Le remplacement des vacances par des prestations en argent est en principe exclu (ATF 106 II 152; ATF 101 II 283). 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, le travailleur doit souvent chercher un autre emploi et une telle recherche peut être incompatible avec la prise effective des vacances. Le travailleur ne peut prendre de vacances pendant le délai de congé que si ce dernier est largement supérieur au solde des vacances à prendre encore. Il faut une impossibilité de prendre les vacances en nature. Le droit aux vacances se transforme ainsi en une prétention en espèces après la fin des rapports de travail (R. Wyler, op. cit p. 323; Duc, Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, ad art. 329d CO; Streiff, von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd. ad art. 329c CO; ATF 101 II 283; ATF 106 II 152; ATF 107 II 430).

En l'espèce, le travailleur réclame fr. 665.75 à titre d'indemnité de vacances sur les deux mois de congé. Cela représente 3.33 jours (20 jours : 12 mois x 2 mois). Le délai de congé de deux mois est largement supérieur aux jours de vacances réclamés. De plus, pendant la période de Noël – Nouvel An, bon nombre d'entreprises et de services de l'administration sont fermés, de sorte que le travailleur pouvait sans autre prendre ces quelques jours de vacances pour se reposer.

Dès lors, le jugement sera réformé sur ce point.

7. A teneur de 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 ce dernier à concurrence du montant versé à titre d'indemnités journalières. En l'espèce, la caisse de chômage est légalement subrogée dans les droits de Antonio Pinto Aguiar à concurrence du montant net de fr. 2'696.05, pour les indemnités versées du 2 novembre au 31 décembre 2004.
8. Selon l'article 76 LPC, la procédure est gratuite pour les parties, sauf disposition contraire de la loi.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

A la forme:

- Reçoit l'appel formé par E_____ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 7 septembre 2005 rendu dans la cause n° C/6603/2005 – 1.

Au fond:

- Annule ledit jugement.

Et statuant à nouveau:

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 7'000.- (sept mille francs) plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 29 mars 2005, sous déduction du montant net de fr. 2'696.05 (deux mil six cent nonante-six francs et cinq centimes);
- Condamne E_____ SA à payer à la Caisse de chômage le montant net de fr. 2'696.05 (deux mil six cent nonante-six francs et cinq centimes);
- Déboute les parties de toutes autres conclusions;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

La Greffière de Juridiction

Le Président