



Monsieur  
T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Syndicat SIT  
Rue des Chaudronniers 16  
Case postale 3287  
1211 Genève 3

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu:** Me Nathalie BORNOZ  
Rue de l'Athénée 4  
Case postale 330  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

**Partie intimée**

Caisse de chômage A \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

12 \_\_\_\_\_

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 9 octobre 2006

M. Louis PEILA, président

Mmes Rosemarie PASQUIER et Jocelyne TAUXE, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Riccardo RIZZO, juges salariés

Mme Laurence AELLEN, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 2 août 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ SA (ci-après E\_\_\_\_\_) en paiement de 75'235 fr. 55, plus intérêts à 5 % l'an dès le 20 septembre 2001.

Il réclamait plus précisément, en s'appuyant sur la « CN Bâtiment », 2'884 fr. 40 à titre de différence de salaire, de vacances et d'heures supplémentaires pour 2001, 8'366 fr. 50, 6'921 fr. 35 et 5'648 fr. 50 pour les mêmes postes s'agissant des exercices 2002, 2003 et 2004. Pour 2005, il sollicitait le paiement de 21'774 fr. 50, toujours à titre de différence de salaire, de vacances et d'heures supplémentaires, y compris 15'824 fr. 25 à titre de salaire durant le délai de congé, ainsi que 29'640 fr. à titre d'indemnités pour licenciement immédiat injustifié, soit 6 mois à 4'940 fr.

Il a également conclu à la condamnation d'E\_\_\_\_\_ à communiquer à la SUVA et l'APG les salaires conventionnels corrects pour ses périodes d'incapacité de travail.

Pour fonder sa requête, T\_\_\_\_\_ a déposé un tableau détaillant ses prétentions pour les années 2001 à 2005, ainsi qu'une liasse de pièces non numérotées, non référencées et chronologiquement mélangées.

S'agissant des heures supplémentaires, il a allégué en vrac en avoir effectué 10 en septembre 2001, 23 en octobre 2001, 22 en novembre 2001, 14 en décembre 2001, 18 en janvier 2002, 20 en février 2002, 19 en mars 2002, 42 en avril 2002, 38 en mai 2002, 38 en juin 2002, 42 en juillet 2002, 20 en août 2002, 4 en septembre 2002, 23 en octobre 2002, 20 en novembre 2002, 15 en décembre 2002, 20 en mars 2003, 40 en avril 2003, 22 en mai 2003, 38 en juin 2003, 42 en juillet 2003, 40 en août 2003, 40 en septembre 2003, 22 en octobre 2003, 15 en novembre 2003, 15 en décembre 2003, 14 en janvier 2004, 19 en février 2004, 22 en mars 2004, 17 en avril 2004, 16 en mai 2004, 32 en septembre 2004, 19 en octobre 2004, 10 en novembre 2004, 10 en décembre 2004, 7 en janvier 2005, 18

en février 2005, 8 en mars 2005 et 11 en avril 2005, soit un total de 971 heures, sans en justifier la réalité d'une quelconque manière.

E\_\_\_\_\_ a contesté l'intégralité des prétentions du demandeur, excipant initialement de l'incompétence de la juridiction saisie, puis de compensation au regard des dettes dont il lui était redevable, à hauteur de 21'746 fr. 55 correspondant à la disparition d'un perforateur (1'150 fr.), à la contre-valeur de matériel non restitué (marteau, clés anglaises, tenailles, casque, soit 150 fr.), à la garantie de loyer de l'appartement loué par elle pour lui (4'770 fr.), aux loyers dudit appartement pour les mois de septembre 2004 à avril 2005 (11'850 fr.), pour le solde des primes d'assurance-maladie (1'550 fr. 75); le remboursement des frais de réparation de la camionnette de l'entreprise conduite sans permis et sans autorisation (1'311 fr. 20) et à hauteur de 964 fr. 60 à titre d'indemnité pour abandon d'emploi injustifié correspondant au quart du dernier salaire versé.

- B.** Par jugement du 28 février 2006, notifié par pli recommandé du lendemain, le Tribunal des prud'hommes a débouté T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, considérant que le licenciement immédiat était justifié, en raison des absences répétées du travailleur et des avertissements qu'il avait reçus à ce sujet. Par ailleurs, T\_\_\_\_\_ n'avait droit à aucune différence de salaire, son employeur l'ayant toujours rémunéré selon un taux horaire supérieur à celui que prévoyait les conventions collectives, eu égard à sa classe de référence (Classe C), et dans la mesure où il n'avait pas prouvé avoir des connaissances professionnelles lui ouvrant la rémunération stipulée pour les ouvriers de la Classe B. Enfin, non seulement les heures supplémentaires alléguées n'étaient pas démontrées mais, de plus, elles étaient hautement improbables, compte tenu des très nombreuses heures d'absence du travailleur.
- C.** Par acte expédié le 31 mars 2006, T\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement et reprend intégralement les conclusions formulées en première instance, au bénéfice des mêmes explications juridiques. Il ne critique nullement l'état de fait retenu par les premiers juges et invite la Cour à se référer à ses écritures du 28 juillet 2005.

E\_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement entrepris. Subsidièrement, elle a demandé à ce qu'une éventuelle condamnation fasse l'objet d'une compensation

avec les créances qu'elle possède contre lui, telles qu'exposées dans ses écritures de première instance.

**D.** La Cour tient les faits suivants pour établis :

**a.** E\_\_\_\_\_ est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le 19 décembre 2001, dont le but est la réalisation de travaux de construction, de rénovation ou de transformation dans le domaine du bâtiment. L'administrateur A\_\_\_\_\_ engage seul la société, alors que ses deux collègues, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, sont au bénéfice d'une signature collective à deux.

**b.** E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_, ressortissant portugais né le 9 mai 1977, célibataire, dès le 25 septembre 2001, en qualité d'aide-monteur en échafaudages de classe B, avec un salaire horaire de 21 fr. 50. Il était intégré au sein d'une équipe de trois personnes.

**c.** Selon les fiches de salaire de T\_\_\_\_\_, sa rémunération brute a évolué ainsi :

- 21 fr. 50 dès l'engagement;
- 22 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002;
- 22 fr. 50 à compter de mars 2002;
- 22 fr. 90 à compter de janvier 2003;
- 23 fr. 20 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004;
- 24 fr. à compter du mois d'avril 2004.

L'employeur a en outre assuré son employé auprès de l'assurance X\_\_\_\_\_, selon demande du 18 mars 2002.

**d.** T\_\_\_\_\_ a toutefois été rétrogradé de la classe « B - Aide-monteur » à « C - Aide-monteur » à compter d'octobre 2002, dans la mesure où cette qualification correspondait à ses réelles connaissances. Il n'a jamais contesté cette décision.

**e.** Le 11 mars 2003, T\_\_\_\_\_ a signé le règlement d'entreprise d'E\_\_\_\_\_ ainsi que l'accusé de réception du matériel qui lui a été remis, à savoir une « clé

22 Hazet », une « clé 19 Hazet », une tenaille, un marteau, un casque, une paire de chaussures de sécurité, un complet de pluie et une paire de gants.

**f.** T\_\_\_\_\_ s'est trouvé fréquemment en incapacité de travail. Il a également manqué à l'appel, sans justifications, à de nombreuses reprises.

**f.a.** En résumé, ses absences justifiées par des certificats médicaux sont les suivantes :

Du 19 août au 7 octobre 2002 (certificat médical du 30.09.02);

Du 19 mai au 2 juin 2003 (certificat médical du 28.05.03);

Du 13 au 24 novembre 2003 (certificats médicaux des 17 et 20.11.03);

Du 6 au 19 mai 2004 (certificat médical du 06.05.04);

Du 10 au 14 juin 2004 (certificat médical du 10.06.04).

**f.b.** Ses absences non motivées s'établissent ainsi :

184 heures en janvier 2003;

24 heures en février 2003;

18 heures en juillet 2003;

du 8 au 16 juin 2004.

**g.** Par lettre recommandée du 7 mai 2004, E\_\_\_\_\_, constatant de nouvelles absences injustifiées de T\_\_\_\_\_, et de surcroît non annoncées, l'a formellement averti qu'elle serait contrainte de le licencier à sa prochaine absence injustifiée.

**h.** T\_\_\_\_\_ a été licencié avec effet immédiat par courrier recommandée du 16 juin 2004. A cette occasion, E\_\_\_\_\_, rappelant qu'elle avait certes été informée de son incapacité de travail du 10 au 14 juin 2004, mais surtout qu'il restait inatteignable depuis cette dernière date, ce qui, dans un métier où l'on travaille en équipe, était inadmissible, signifiait à T\_\_\_\_\_ son licenciement immédiat, en se référant à l'avertissement qu'elle lui avait adressé le mois précédent.

**i.** T\_\_\_\_\_ n'a pas contesté son congé. Il a toutefois adressé un certificat médical daté du 29 juin 2004, mentionnant qu'il s'était trouvé en incapacité de

travail du 21 au 28 juin 2004.

**j.** T\_\_\_\_\_ a été réengagé par E\_\_\_\_\_ en septembre 2004, toujours en classe C, pour un salaire horaire brut de base de 24 fr., porté à 24 fr. 70 dès février 2005. S'agissant de ce réengagement, il semblerait que ce soit le travailleur qui l'ait sollicité, alors qu'il venait chercher des justificatifs pour la caisse de chômage. Il ne ressort pas de la procédure qu'il ait émis quelque revendication que ce soit par rapport à son précédent emploi.

**k.** E\_\_\_\_\_ a loué un appartement à compter du 8 octobre 2004, qu'elle a mis à disposition de T\_\_\_\_\_. Elle s'est acquittée de la garantie de loyer de 4'770 fr. et d'un loyer mensuel de 1'735 fr.

**l.** T\_\_\_\_\_ s'est à nouveau trouvé fréquemment en incapacité de travail, de même qu'il a manqué à l'appel, sans justifications, à de plusieurs reprises.

**l.a.** En résumé, ses absences justifiées par des certificats médicaux sont les suivantes :

Du 9 au 24 novembre 2004 (certificat médical du 19.11.04);

Du 9 au 24 janvier 2005 (certificat médical du 19.01.05);

Du 7 au 21 mars 2005 (certificat médical du 11.03.05);

Du 6 au 19 mai 2004 (certificat médical du 06.05.04);

Du 10 au 14 juin 2004 (certificat médical du 10.06.04).

**l.b.** Ses absences non motivées s'établissent ainsi :

24 heures en décembre 2004;

16 heures en janvier 2005;

16 heures en février 2005;

16 heures en mars 2005

53,75 heures en avril 2005.

**m.** Par lettre recommandée du 23 mars 2005, E\_\_\_\_\_ a pris acte des absences répétées et sans justificatifs de T\_\_\_\_\_, notamment de celle du 23 mars

2005, et l'a menacé de le licencier avec effet immédiat à sa prochaine absence injustifiée.

**n.** Par lettre recommandée du 22 avril 2005, faisant référence au courrier susvisé et à ses absences répétées et injustifiées, E\_\_\_\_\_ a licencié T\_\_\_\_\_ pour le 31 mai 2005, en l'informant de son obligation de fournir sa prestation de travail jusqu'à cette date.

**o.** Constatant que T\_\_\_\_\_ n'avait toujours pas repris son travail le 28 avril 2005, E\_\_\_\_\_ l'a informé, par lettre recommandée du 28 avril 2005, qu'il ne faisait "*plus partie de notre personnel dès le 30 avril 2005.*" (pièce 43 E\_\_\_\_\_).

**p.** T\_\_\_\_\_ a adressé le 29 avril 2005 à E\_\_\_\_\_ un certificat médical daté du 27 avril 2005 et attestant de son incapacité de travail pour maladie du 25 avril 2005 au 2 mai 2005.

E\_\_\_\_\_ a accusé réception de cette pièce et a constaté que T\_\_\_\_\_ était allé consulter un médecin le 25 avril alors qu'il était absent depuis le 21 avril 2005, ce qui impliquait qu'elle ne pouvait pas en tenir compte et que le licenciement était maintenu.

**q.** E\_\_\_\_\_ a retenu 4'234 fr. 90 sur le salaire du travailleur pour avril 2005, à titre d'arriérés de primes d'assurance maladie de novembre 2003 à septembre 2004, en observant qu'il subsistait un solde en faveur de l'employeur de 1'550 fr. 75.

**r.** T\_\_\_\_\_ a contesté le 27 mai 2005 la validité de son congé, dans la mesure où il lui avait été notifié peu de temps après avoir sollicité en vain une augmentation de salaire, qui n'est pas documentée.

**s.** Le 15 novembre 2005, la Caisse de chômage A\_\_\_\_\_ a déclaré se subroger aux droits de T\_\_\_\_\_ à hauteur de 4'133 fr. 05 nets avec intérêts moratoires à 5 % dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005, correspondant aux indemnités versées à T\_\_\_\_\_ en juin et juillet 2005.

**t.** Différents employés d'E\_\_\_\_\_ ont été entendus lors des enquêtes diligentes

par les premiers juges.

D\_\_\_\_\_, qui a travaillé pour E\_\_\_\_\_ du 1er juin 2003 jusqu'au 30 juin 2004, accomplissait des horaires d'été de 7h00 à 12h00, avec 15 minutes de pause, puis de 13h00 à 17h00, mais plus généralement jusque vers 18h00 ou 19h00, mais jamais au-delà. Ces heures supplémentaires lui étaient payées tous les trois mois. Ce témoin s'est retrouvé opposé à E\_\_\_\_\_ devant les Prud'hommes, ayant fait l'objet d'un licenciement immédiat. Devant cette juridiction, alors qu'il était assisté d'un conseil, il n'a pas sollicité le paiement des heures supplémentaires, parce qu'il n'y a pas pensé.

F\_\_\_\_\_, technicien en charge de la préparation des chantiers et de l'établissement des devis, a confirmé que les nombreuses absences de T\_\_\_\_\_, sans avertissement, causaient des problèmes pour former les groupes de travail composés de trois personnes. T\_\_\_\_\_ n'était pas responsable d'une équipe et n'en avait jamais dirigé. A l'instar des autres ouvriers, il avait périodiquement demandé une augmentation de salaire. Les heures supplémentaires sont régies chez E\_\_\_\_\_ par la convention du bâtiment, laquelle prévoit un quota annuel d'heures flottantes. Les dépassements d'horaire au-delà de 18h00 sont très peu fréquents, le fait de travailler jusqu'à 18h00 ou 19h00 étant limité aux cas où l'achèvement d'un chantier l'exige.

G\_\_\_\_\_, qui a été le chef d'équipe de T\_\_\_\_\_ durant une année et demie, et H\_\_\_\_\_, également employé d'E\_\_\_\_\_, ont confirmé les propos de F\_\_\_\_\_, tant pour les horaires de travail, que pour les désagréments causés par les absences de T\_\_\_\_\_ et pour la compensation des heures supplémentaires en vacances ou en congés.

I\_\_\_\_\_, qui a travaillé pour E\_\_\_\_\_ de juin 2001 à juillet 2005 en qualité de manœuvre en échafaudage, a dit avoir travaillé de 7h00 à 18h00, avec une heure de pause, en été, et de 7h00 à 20h00, avec une heure de pause, en hiver. Il a habité dans un appartement loué par E\_\_\_\_\_. Quant à J\_\_\_\_\_, qui a travaillé pour cette dernière de 2002 à mars 2005, il a déclaré que les horaires de travail d'été étaient de 7h00 à 18h00, voire 19h00 ou 20h00, et, en hiver, de 7h00 à 18h00 au maximum. Il a déclaré que T\_\_\_\_\_ était son supérieur et le

chef d'équipe en 2004. Le témoin K\_\_\_\_\_ a fait état des mêmes horaires de travail. Tous deux ont déclaré que les heures supplémentaires leur étaient payées "au noir" tous les trois mois. J\_\_\_\_\_ a encore précisé que T\_\_\_\_\_ ne manquait pas son travail.

Chaque témoin s'est prononcé pour lui-même et aucun n'a attesté de la réalité des heures supplémentaires

u. E\_\_\_\_\_ a versé sa déclaration d'admission à la Société L\_\_\_\_\_ (ci-après : L\_\_\_\_\_) valable à compter du 1er janvier 2003.

Elle a informé le 19 janvier 2006 la Commission paritaire genevoise du Gros Œuvre, qu'elle entendait ne plus appliquer les dispositions de la convention nationale du gros œuvre et qu'elle souhaitait appliquer la nouvelle CCT des Echafaudeurs Suisses avec effet rétroactif depuis l'entrée en vigueur de son extension.

### **EN DROIT**

1. L'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi, il est partant recevable selon les art. 56 ss de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP).
2. Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO. La juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP), ainsi qu'à raison du lieu (art. 24 et 34 al. 1 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile), l'appelant étant domicilié à Genève et ayant travaillé en cette ville.
3. A teneur des articles 356 et suivants CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention (CCT d'entreprise), les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont

déclaré se soumettre à la convention au sens de l'article 356b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT ; RS 221.215.311), auquel cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement un contrat-type, mais pas par la convention collective, et ce même si celle-ci contient une clause faisant obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ses dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (ATF 123 III 129, consid. 3 ; ATF 102 Ia 16 = JdT 1977 I, p. 256 ; ATF 98 Ia 563 = JdT 1974 I, p. 657 ; FF 1954 I 156).

En l'espèce, l'employeur est signataire de la Convention du secteur principal de la construction et de celle sur les échafaudeurs. Par ailleurs, par la signature de la fiche d'engagement, émise par la Caisse de l'industrie de la construction et les Caisses de compensation du bâtiment et des travaux publics, de la gypserie – peinture, de l'étanchéité et des toitures, les parties ont déclaré se soumettre à la Convention collective « de la profession », ce dans sa version non étendue.

Il convient de déterminer dès lors quelle est la convention collective « de la profession » topique au cas d'espèce.

L'art. 2 al. 2 let. e de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse, en vigueur depuis le 1er avril 2003, prévoit qu'elle s'applique aux entreprises de la construction d'échafaudages et de façades, pour autant qu'elles ne soient pas déjà soumises à une autre convention collective de travail.

L'art. 1 de la Convention collective de travail pour les échafaudeurs suisses (ci-après CCT), en vigueur depuis le 1er avril 2001 (art. 30), prévoit son application aux travailleurs occupés dans les entreprises de l'industrie du montage d'échafaudages ou au département d'entreprises s'occupant du montage d'échafaudages dans toute la Suisse (al. 1 et 2).

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce, l'appelant a été engagé en qualité d'aide-

monteur en échafaudages. Il s'ensuit que la CCT-écha est applicable au contrat liant les parties.

4. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir violé les art. 337 et 337c CO, dans la mesure où il a admis un licenciement immédiat alors que l'intimée a adressé sa lettre de licenciement le 28 avril, valant pour le surlendemain, ce qui ne remplit pas la condition de l'immédiateté.

4.1. Selon l'art. 337 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme telles 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 (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220; 127 III 351 consid. 4a p. 353). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 127 III 351 consid. 4a p. 354), comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a p. 354; 121 III 467 consid. 4d).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354).

Eu égard à la diversité des situations envisageables, le Tribunal fédéral se refuse à poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements qui doivent précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier une telle mesure sans avertissement. Il a rappelé que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de résiliation immédiate, qui justifie un tel licenciement, mais bien le fait que l'attitude du travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. Ce comportement pourra certes résulter de la réitération d'actes contraires aux obligations contractuelles, mais savoir s'il y a gravité suffisante à cet égard restera toujours une question d'appréciation (cf. ATF 127 III 153 consid. 1c).

C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (arrêt 4C.298/2005 du 3 janvier 2006, consid. 3.1; cf. également Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2004, n. 13 ad art. 337 CO).

4.2. Il y a abandon d'emploi selon l'art. 337d CO lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L'application de cette disposition présuppose un refus du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié. Dans ce cas, le contrat de travail prend fin immédiatement, sans que l'employeur doive adresser au salarié une résiliation immédiate de son contrat. L'employeur a droit, aux conditions fixées par l'art. 337d CO, à une indemnité et, le cas échéant, à la réparation du dommage supplémentaire (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 281; plus récemment arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, consid. 2.1; 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a).

Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut examiner s'il découle du comportement adopté par l'intéressé, c'est-à-dire d'actes concluants. Dans cette hypothèse, on se demandera si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi (arrêt 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, consid. 2.1; 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a).

4.3. Le salarié est engagé pour travailler (art. 319 al. 1 et 321 CO). S'il se dispense

de remplir cette obligation, il doit prévenir son employeur afin de sauvegarder fidèlement les intérêts de ce dernier (art. 321a al. 1 CO).

L'employeur peut donc légitimement attendre du salarié qui quitte abruptement son emploi qu'il l'informe spontanément de ses intentions. Le salarié qui ne satisfait pas à cette obligation ne saurait présumer que l'employeur continue de le considérer comme intéressé à conserver son emploi. Aussi, lorsque le travailleur s'abstient de prendre contact avec son employeur pendant une absence relativement longue, l'employeur peut-il en déduire, de bonne foi, qu'il ne souhaite plus conserver son poste. Le salarié, pour sa part, doit s'attendre à ce que l'employeur tire une telle conclusion de son comportement (arrêt 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a; 4C.143/1999 du 24 août 1999, consid. 2a).

Ainsi, selon la jurisprudence, lorsque l'absence injustifiée du travailleur est de courte durée (p. ex. quelques jours après la fin des vacances), l'employeur ne peut déduire des circonstances que le travailleur a abandonné son emploi; il peut seulement lui reprocher un manquement de nature à justifier une résiliation immédiate des rapports de travail, au besoin après avertissement, soit en le mettant en demeure de reprendre le travail ou, le cas échéant, de présenter un certificat médical (ATF 108 II 301 consid. 3b; plus récemment arrêt 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a; 4C.143/1999 du 24 août 1999, consid. 2a). A l'inverse, une absence de plusieurs mois doit être considérée comme un refus de poursuivre les rapports de travail, même si, après coup, le travailleur offre inopinément de reprendre son poste. Dans ce cas, la durée de l'absence suffit en soi pour admettre que le salarié a démontré sa volonté d'abandonner son emploi (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 282; plus récemment arrêt 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a; 4C.143/1999 du 24 août 1999, consid. 2a).

Dans les situations intermédiaires, il faut trancher selon le principe de la confiance, à la lumière des circonstances du cas particulier (arrêt 4C.370/2001 du 14 mars 2002, consid. 2a; 4C.143/1999 du 24 août 1999, consid. 2a).

4.4. Dans le cas présent, il ressort à l'évidence du dossier que l'appelant n'a pas respecté ses obligations vis-à-vis de son employeur, principalement en ne se présentant pas à répétitions reprises sur son lieu de travail, sans en informer

quiconque. Ce faisant, il a gravement nui à l'efficacité du travail accompli en équipe et a perturbé non seulement son employeur, mais également les autres membres de son équipe. L'intimée, qui a accepté de reprendre à son service l'appelant malgré une précédente expérience peu concluante, lui a clairement fait comprendre, par son avertissement du 23 mars 2005, qu'elle ne tolérerait plus la moindre absence injustifiée. Elle a donc clairement manifesté son intention de ne plus accepter les manquements de l'appelant, dès cet avertissement, de sorte qu'on ne saurait lui reprocher sa mansuétude antérieure. Dès lors que l'appelant ne s'est à nouveau pas présenté sur son lieu de travail le 22 avril suivant, soit moins d'un mois plus tard, elle lui a notifié un congé ordinaire, en l'invitant expressément à reprendre son activité. L'appelant n'a toutefois pas donné suite à cette injonction et, sans donner signe de vie, n'a pas repris à son travail. Le 28 avril suivant, confrontée au silence de son employé, l'intimée lui a adressé un courrier l'informant qu'il ne comptait plus parmi son personnel dès le 30 avril 2005. Partant, elle lui a notifié un nouveau congé dès qu'elle a constaté qu'il ne déférait pas à son obligation de reprendre son travail, ce qui constitue bien un licenciement immédiat pour justes motifs, basé sur des faits postérieurs au congé ordinaire, et donc valable, même si les termes utilisés souffrent d'imprécision juridique. L'appelant se trompe lorsqu'il déduit du délai de 48 heures signifié pour la fin des rapports de travail un défaut d'immédiateté. En effet, ce rapport d'immédiateté s'entend au regard de la contravention qui justifie le licenciement et, de ce point de vue, l'intimée a réagi sans tarder. En conséquence, le licenciement immédiat était parfaitement justifié par l'incroyable persistance de l'appelant à ne se présenter qu'irrégulièrement à son poste de travail, alors qu'une activité en équipe de trois personnes requière la présence de chacun, et dans la même persistance à ne pas informer l'intimée de ses empêchements, dont un nombre important était d'ailleurs injustifié, au mépris de l'avertissement qui lui avait été donné.

Ces constatations dispensent la Cour d'examiner un éventuel abandon d'emploi, qui paraît peu probable au vu des nombreuses absences de l'appelant et de ses tout aussi nombreux retours, puisque les justes motifs de licenciement immédiat étaient réalisés.

5. L'appelant persiste à réclamer les différences de salaire entre le salaire horaire effectivement perçu et celui prévu par la convention collective nationale du

secteur principal de la construction en Suisse, ainsi qu'à la convention locale.

5.1. La Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse du 13 février 1998, entrée en vigueur avec la déclaration d'extension du Conseil fédéral et une validité jusqu'au 31 décembre 2000 (CN 2000, art. 82 al.1 1ère phrase), fixait les salaires horaires minimum pour les zones rouges (dont fait partie Genève) à 19 fr. 80 pour la classe C et à 22 fr. 60 pour la classe B.

Ces montants ont été portés, par un nouvel arrêté d'extension du Conseil fédéral du 23 janvier 2001 entré en vigueur le 1er mars 2001, avec effet jusqu'au 31 mars 2002, à 21 fr. 45 pour la classe C et à 24 fr. 25 pour la classe B.

La Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse 2003-2005 (CN 2005) du 25 mars 2002, applicable du 1er avril 2003 au 30 septembre 2005, a fait progresser ces salaires horaires minimum, toujours pour la même zone incluant Genève, à 22 fr. 30 pour la classe C et à 25 fr. 10 pour la classe B.

5.2. A teneur de la Convention collective de travail pour les échafaudages suisses (CCT-éch), les salaires des monteurs en échafaudages ont été fixés ainsi :

- 20 fr. 20 pour la classe C et 22 fr. 95 pour la classe B de 2001 à mars 2002;
- 20 fr. 60 pour la classe C et 23 fr. 35 pour la classe B d'avril 2002 à mai 2003;
- 20 fr. 87 pour la classe C et 23 fr. 62 pour la classe B de juin 2003 à fin 2004;
- 21 fr. 33 pour la classe C et 24 fr. 33 pour la classe B à partir de 2005.

Or, l'appelant a perçu un salaire horaire brut de 21 fr. 50 dès l'engagement, de 22 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, de 22 fr. 50 à compter de mars 2002, de 22 fr. 90 à compter de janvier 2003, de 23 fr. 20 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004 puis de 24 fr., soit un salaire systématiquement supérieur à celui que perçoit conventionnellement un ouvrier oeuvrant en classe C.

5.3. En l'espèce, la question principale est de déterminer la classe à laquelle appartient l'appelant. La CCT distingue la Classe B, soit les monteurs sans formation, de la Classe C, soit un monteur en échafaudage avec connaissances professionnelles.

Avec le Tribunal, il y a lieu de relever que l'appelant n'a jamais offert de prouver qu'il avait des connaissances professionnelles justifiant de lui allouer la classe B. Milite également en ce sens le fait que ses fiches de salaire ont toujours mentionné sa qualité d'aide-monteur, même si les premières mentionnent la classe B, classification qui figure uniformément de septembre 2002 à septembre 2003. Tous les témoins entendus ont d'ailleurs confirmé que l'appelant n'avait pas de formation particulière et n'avait pas exercé de fonction de chef d'équipe. Seul J\_\_\_\_\_ a affirmé que l'appelant était chef d'équipe en 2004; une crédibilité relative doit toutefois être accordée à ce témoignage, si l'on veut se souvenir que J\_\_\_\_\_ a aussi affirmé, contre l'évidence du dossier, que l'appelant ne manquait pas son travail.

Force est dès lors de constater que l'appelant appartenait à la Classe C et qu'il a à ce titre toujours bénéficié d'un salaire horaire de base supérieur à celui qui était mentionné dans les conventions collectives.

Ses prétentions liées à l'adaptation de son salaire au salaire conventionnel sont donc infondées.

6. L'appelant réclame enfin le paiement de nombreuses heures supplémentaires, en fondant sa prétention sur l'activité généralement fournie par les employés de l'intimée. Il n'a toutefois apporté aucune preuve qu'il aurait personnellement accompli la moindre heure supplémentaire.

6.1. A teneur de l'article 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1er). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

Le fardeau de la preuve des heures de travail supplémentaires accomplies incombe au travailleur (Stahelin/Schönenberger, Commentaire zurichois, n. 16 ad art. 321c CO; consid. 4a non publié de l'ATF 123 III 84). S'il n'est plus possible de prouver le nombre exact d'heures effectuées par le travailleur, le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO pour en estimer la quotité (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 ad art. 321c CO, p. 1689). Afin toutefois de ne pas détourner la règle de preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (consid. 4a non publié de l'ATF 123 III 84).

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I, p. 629 ; cf.).

Une renonciation tacite à l'indemnisation d'heures supplémentaires sera admise lorsque le travailleur a longtemps tardé à les réclamer parce qu'il a joui d'autres avantages ou parce qu'il ne voulait pas mettre son emploi en péril à une époque où l'entreprise se trouvait dans une situation critique (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, ad art. 321c CO).

6.2.1. En l'espèce, l'appelant soutient sa prétention en paiement d'heures supplémentaires sur la base d'une pétition de principe, à savoir que, puisque d'autres employés de l'intimée accomplissaient des heures supplémentaires, et qu'il était employé de l'intimée, il en a nécessairement fait lui aussi. Pour cacher l'aspect simpliste de cette prétention, il se réfugie derrière la facilité qu'offre, en certaines circonstances, l'application de l'art. 42 CO.

6.2.3. L'art. 42 al. 2 CO prévoit un régime d'exception pour certaines situations particulières. Il en est ainsi du cas où le dommage est absolument impossible à chiffrer (ATF 129 III 135 consid. 2.2), de celui où la preuve d'un montant chiffré est impossible à apporter (ATF 111 II 164 consid. 1a) ou de celui où le coût de l'administration de la preuve serait hors de proportion avec le montant du dommage allégué (ATF 105 II 87 consid. 3). Pour ces situations, la loi instaure un allègement du fardeau de la preuve. Comme se plaît à le rappeler la jurisprudence, cet allègement n'équivaut cependant pas à une suppression du fardeau de la preuve : dès lors, l'art. 42 al. 2 CO ne doit pas être utilisé comme un oreiller de paresse ou une solution de facilité destinés aux plaideurs négligents (BREHM, Commentaire bernois, n. 50 ad art. 42 CO; DESCHENAUX/ TERCIER, La responsabilité civile, p. 210 n. 23; arrêt 4C.412/2004 du 23 février 2005 publié in SJ 2005 I 329 consid. 3.2.1; ATF 122 III 219 consid. 3a). Une "certaine difficulté" dans l'apport de la preuve ne suffit ainsi pas pour recourir à l'art. 42 al. 2 CO.

Même si l'art. 42 al. 2 CO tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, cette disposition ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation; elle n'accorde en particulier pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1). Il appartient en d'autres termes à la victime de décrire avec suffisamment de précision tous les éléments de faits permettant de mettre en œuvre les critères issus de l'art. 42 al. 2 CO; au terme des mesures probatoires, il revient au juge d'apprécier ces faits.

6.3. En l'espèce, l'appelant n'a absolument rien démontré concernant d'éventuelles heures supplémentaires qu'il aurait personnellement accomplies. Il s'ensuit que ses prétentions doivent être écartées, car il pouvait à tout le moins, comme le commande l'art. 42 CO, fournir des indices susceptibles de soutenir sa thèse.

Or, le dossier de l'appelant constitue la négation même du cas dans lequel, a priori, un travailleur serait à même d'accomplir des heures supplémentaires. En effet, il est pour le moins difficile d'imaginer qu'un travailleur, régulièrement

absent, dont il est établi qu'il a manqué plus de 150 jours ouvrables en moins de quatre ans, ait pu, dans le même temps, effectuer 971 heures supplémentaires, sans jamais en parler à quiconque.

Maintenir ses prétentions en appel au regard de tant d'éléments négatifs procède d'une attitude téméraire qui mériterait d'être sanctionnée. Ainsi que cela ressort du jugement entrepris, il suffit d'analyser avec précision les prétentions de l'appelant pour certains mois, notamment lorsqu'il se trouvait précisément en arrêt maladie attesté par certificat médical, par exemple d'août à octobre 2002, en novembre 2003, en novembre et décembre 2004, en janvier et en mars 2005, pour faire apparaître l'inanité de ses prétentions. Il est également surprenant de voir l'appelant élever de telles prétentions près de quatre années après avoir effectué les premières heures supplémentaires alléguées, et après un premier licenciement qui n'avait pas été contesté, ne fut-ce qu'au regard desdites heures supplémentaires.

Par ailleurs, les enquêtes ont démontré que les heures supplémentaires accomplies au service de l'intimée, notamment en été, étaient rémunérées tous les trois mois. Chaque employé entendu, qu'il ait quitté en bons ou mauvais termes l'intimée, a précisé qu'il s'agissait du système qu'elle avait adopté et il serait très surprenant que l'appelant, et lui seul, ait fait l'objet d'un traitement particulier.

On ne peut finalement rien tirer de définitif des enquêtes, tant il est vrai qu'elles sont parfaitement discordantes sur la question des horaires de travail, en particulier en ce qui concerne la fin de la journée, fixée à 18h00 ou 19h00 au maximum pour certains (témoins D\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_), à 20h00 pour d'autres (témoins I\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_).

Au vu de ce qui précède, force est de constater que la preuve de l'existence d'heures supplémentaires qui auraient été ordonnées, non rémunérées et non compensées n'a pas été apportée, de sorte que l'appelant sera débouté de ses conclusions sur ce point.

7. Compte tenu du résultat de l'appel, à savoir que l'appelant succombe intégralement, l'émolument perçu reste acquis à l'Etat.

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 28 février 2006 dans la cause C/17756/2005 – 1;

**Au fond :**

Confirme ledit jugement;

Dit que l'émolument d'appel versé par T\_\_\_\_\_ reste acquis à l'Etat;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président