



E _____
Dom élu: Me François Canonica
Rue Bellot 2
1206 Genève

Monsieur T _____
Dom élu: Me Didier Plantin
Rue Bellot 2
1206 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 23 octobre 2006

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Michel CHAUBERT et Daniel CHAPELON, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

Mme Aurélie SIMONET, greffière d'audience

EN FAIT –

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 21 juin 2006, E_____ appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 18 mai 2006, dans la cause n° C/20868/2005-2, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 19 mai 2006, dont le dispositif est le suivant :

Préalablement:

- Déclare recevable la demande formée le 22 septembre 2005 par T_____ contre E_____;
- Renonce à l'audition de B_____ ;

Au fond:

- Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de frs. 91'000.00 (nonante et un mille francs), plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 31 août 2005 ;
- 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 a considéré que les parties étaient bien liées par un contrat de travail à compter du 1^{er} août 2004 résilié par l'employé le 31 mai pour le 31 août 2005. Il a considéré que l'employeur était en demeure de fournir le travail et qu'il s'agissait bien d'un cas d'application de l'article 324 CO.

L'appelante prend les conclusions suivantes :

Préalablement:

- Ordonner la réouverture des enquêtes ;

Principalement:

- Mettre à néant le jugement n° TRPH/382/2006 du Tribunal des Prud'hommes du 18 mai 2006, reçu le 22 mai 2006 ;

Cela fait et statuant à nouveau

- Débouter Monsieur T_____ de toutes ses conclusions ;

Subsidiairement:

- Acheminer E_____ à prouver par toutes voies de droit utiles les faits, ci-dessus allégués.

L'appelante n'a pas indiqué les témoins qu'elle souhaitait faire entendre et ne déposera une liste de témoins que le 18 septembre 2006.

L'intimé, dans un mémoire déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 21 août 2006, a sollicité l'audition du témoin A_____ au cas où la Cour ordonnerait la réouverture des enquêtes. Elle a demandé la confirmation du jugement attaqué et la condamnation de l'appelante aux dépens.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) Par convention du 5 juillet 2004, E_____ a acquis un établissement public situé _____.
- b) Par contrat signé le 19 juillet 2004, E_____ a engagé T_____ en qualité de gérant de l'établissement soit pour en assurer la responsabilité de

la direction. Jusqu'au 31 juillet 2004, T_____, titulaire d'un certificat de capacité de cafetier restaurateur, exploitait le Z_____.

- c) Le contrat prévoyait un salaire mensuel brut de 7'000.00 fr., payé 13 fois. L'article 6, indiquait que le gérant devait entrer au service de l'employeur le 1er août 2004 étant précisé que : « c'est sous réserve que les travaux d'inventaire, nettoyage, etc., seront achevés au 31 juillet 2004 ». De durée indéterminée, le contrat pouvait être résilié moyennant un préavis de 3 mois pour la fin d'un mois. Un cas de résiliation avec effet immédiat était prévu en cas de retrait de l'autorisation d'exploiter imputable au salarié. Enfin, le contrat stipulait que toute modification suscitait la forme écrite.
- d) T_____ a entrepris les démarches nécessaires au dépôt de sa patente. D'après les déclarations de l'employeur (p.v. du 9 octobre 2006 p. 3), il était prévu des travaux d'une durée de 4 à 5 mois et l'embauche de T_____ a été immédiate afin d'assurer la continuité de l'autorisation d'exploiter.
- e) Les 3 septembre 2004 et 25 avril 2005, l'employeur attestait que: « ...Monsieur T_____ travaille régulièrement auprès de notre établissement en qualité de Directeur avec un salaire mensuel de CHF 7'000.- . ». L'employeur alléguera, sans le prouver, que lesdits certificats ont été établis dans le but de permettre à T_____ de conclure des contrats de bail.
- f) Par courrier du 31 mai 2005, le mandataire de T_____ a mis en demeure la société de payer le salaire pour les mois d'août 2004 à mai 2005. Selon lui, l'employé aurait demandé, à plusieurs reprises, à son employeur de lui fournir le travail et le salaire convenus. A défaut de versement du salaire, l'employé indiquait qu'il allait se départir du contrat. Par courrier du 21 juillet 2005, T_____ avertissait le service des autorisations et patentes du fait qu'il n'était plus exploitant responsable de l'établissement public.
- g) Par demande déposée le 22 septembre 2005 auprès de la juridiction des Prud'hommes, T_____ a assigné E_____ en paiement de 91'000.00 fr. brut, plus intérêts moratoire à 5% l'an dès le 31 août 2005.

Ladite somme se décompose comme suit :

- Frs. 84'000.00 brut à titre de salaire pour les mois d'août 2004 à août 2005;
 - Frs. 7'000.00 à titre de 13^{ème} salaire.
- h) E_____ s'est opposée à la demande. Selon elle, le contrat de travail n'a jamais pris effet, la condition suspensive prévue à l'article 6 du contrat incluait tous travaux de rénovation de l'établissement public. Comme il s'agissait d'importants travaux de rénovation, il n'a pas été question d'ouverture du 1^{er} août 2004 au 22 septembre 2005. Par la suite, il y a eu des difficultés qui ont retardé excessivement le début du chantier. L'employé n'a pas fourni de prestation si ce n'est une cinquantaine d'heures. L'employeur conteste l'offre de prestation de la part de l'employé et la demande de salaire. L'administrateur de E_____, C_____ était un ami du demandeur. A ce titre, les parties s'étaient entendues et il n'était pas question de salaire, le contrat du 19 juillet 2004, rédigé par l'avocat D_____ étant destiné à justifier la demande d'autorisation de patente. L'employeur a allégué que, pendant la période considérée, T_____ avait travaillé pour son propre magasin, ayant pignon sur rue à Genève à l'enseigne « Y_____ ».
- i) Quant à T_____, il a allégué qu'il n'avait jamais été question de reporter indéfiniment l'ouverture de l'établissement public. Il a effectivement offert sa prestation et réclamé à de nombreuses reprises le salaire, tant auprès de C_____ que de A_____. S'il a tardé pareillement de mettre par écrit en demeure son employeur, c'est qu'il recevait des promesses. Il conteste avoir travaillé dans le magasin "Y_____", ce commerce étant exploité exclusivement par son épouse. Il conteste que les attestations de travail étaient destinées à permettre la conclusion de baux. Celles-ci établissaient l'existence du contrat de travail.
- j) Alors même que la liste de témoins a été déposée tardivement, la Cour de céans a décidé d'entendre les témoins B_____ et A_____.

Le témoin B_____ dit avoir été engagé par E_____ en septembre 2004 pour faire des travaux d'inventaire, de classement, de rangement, et de tri. A ce moment là, l'employeur avait prévu des travaux d'une

grande ampleur. Il n'a rencontré qu'une seule fois T_____, lors d'une réunion avec des architectes.

Quant au témoin A_____, responsable de la société puis mandaté par C_____, il affirme qu'il y avait un projet d'ouvrir de suite l'établissement, puis de transformer petit à petit. Par la suite, C_____ a changé d'avis et a voulu faire immédiatement de grands travaux. Il a affirmé, sous la foi du serment, qu'au moment où T_____ a été engagé, il était prévu que l'établissement ouvre tout de suite et qu'il en soit le directeur. Dès lors, les travaux mentionnés dans le contrat de travail étaient seulement des travaux qui devaient permettre l'ouverture de l'établissement. L'intimé qui n'arrivait pas à joindre C_____ l'avait contacté pour lui demander ce qui se passait : il était disponible pour travailler. A l'époque, ce témoin avait mis en garde C_____ de l'existence du contrat de travail, mais ce dernier avait indiqué qu'il n'avait pas à s'en faire, T_____ étant un ami.

Les deux témoins sont en litige avec C_____.

- 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 prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E_____ est recevable.
2. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (G.Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, no 449).
3. Selon article 29 LJP, il appartient au Tribunal d'établir d'office les faits, sans être limité par les offres de preuves des parties. C'est ainsi que le Tribunal

peut d'office ordonner l'administration de preuves telles que témoignage et production de pièces. L'article 59 ch. 3 LJP, indique que le mémoire d'appel doit mentionner si une réouverture des enquêtes est demandée et, dans ce cas, indiquer la liste des témoins à entendre ou réentendre ainsi que tout autre moyen de preuve. L'appelante a bien demandé la réouverture des enquêtes mais n'a pas déposé la liste de témoins en temps utile. Comme le Tribunal des Prud'hommes n'a pas entendu de témoins, la Cour de céans a décidé d'entendre deux témoins. L'appelante a sollicité l'audition du témoin D_____, lequel aurait rédigé le contrat de travail. Compte tenu des déclarations claires du témoin A_____, la Cour a renoncé à convoquer d'office ce témoin. L'appelante ne peut s'en plaindre puisque sa propre liste n'a pas été déposée en temps utile.

4. La Cour de céans est amenée à examiner si l'on se trouve dans un cas d'application de l'article 324 CO. Cette disposition prévoit que si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. L'employeur qui assume le risque de l'entreprise, doit donner du travail au travailleur : il s'agit d'une obligation générale qui découle de l'article 319 CO. Il est donc tenu de payer le salaire convenu lorsqu'il n'est pas en mesure d'accomplir les actes préparatoires et de collaboration que lui imposent son obligation contractuelle. (J.-L. Duc/O. Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, p. 189 ; R Wyler, Droit du travail, p. 143 ; G. Aubert, Commentaire Romand, ad. art. 324 n. 1). Cette disposition s'explique pour des motifs sociaux : c'est l'employeur en particulier qui supporte le risque d'exploitation et le risque commercial (ATF 124 III 346 ; ATF 126 III 75). Ainsi, le travailleur engagé pour une date fixe et pour une durée indéterminée a le droit à son salaire même si l'employeur n'a pas de travail à lui donner et qu'il aimerait reporter l'entrée en fonction. C'est aussi le cas si l'employeur n'a pu fournir du travail légalement du fait qu'il avait omis de faire les démarches administratives relatives aux travailleurs étrangers. De même lorsque le travailleur ne peut effectuer le travail, parce qu'il ne dispose pas des instructions ou des moyens nécessaires (P. Tercier, Les contrats spéciaux n° 3178 et la jurisprudence citée).

5. Pour avoir droit au salaire, le travailleur doit avoir clairement offert ses services (ATF 115 VI 441 ; JAR 1981 258 ; JAR 1984 176 ; JAR 1985 142). Si l'employeur renonce expressément aux services, le travailleur en est dispensé

(ATF 118 II 139 = JdT 1993 p. 390). Il suffit que l'offre de service du travailleur ressorte clairement des circonstances. Une offre formelle n'est pas exigée. Le travailleur supporte le fardeau de la preuve qu'il a offert ses services (J.-L. Duc/O. Subilia, op. cit. p. 191 ; J. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, p. 137).

6. La Cour retient que l'employeur avait engagé T_____ à compter du 1^{er} août 2004, avec l'intention d'ouvrir de suite l'établissement quitte à exécuter par la suite des travaux. Elle retient également que le cité a exécuté certaines prestations pour l'appelante qui a admis au moins 50 heures de travail. La Cour admet aussi que, selon les déclarations du témoin A____, T_____ a offert de fournir sa prestation de travail, en rappelant que cette offre n'est subordonnée à aucune forme (G. Aubert, Commentaire Romand, ad. art. 324, note 2). L'employeur a souhaité être lié par un contrat de travail, afin d'assurer une continuité de l'exploitation de l'établissement public. Dès lors que T_____ s'était mis à disposition de l'employeur et que la date de réouverture de l'établissement dépendait du bon vouloir de l'employeur, ce dernier était bien en demeure d'accepter le travail. Il doit le salaire nonobstant l'absence de travail effectif.
7. Conformément à l'article 324 ch. 2 CO, le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail. L'appelante indique que T_____ aurait travaillé pour un commerce dont il serait propriétaire. Une telle preuve incombait à l'appelante, conformément à l'article 8 CCS (P. Tercier, Les contrats spéciaux, n° 3184). Ce fait est contesté par l'intimé, et l'appelante n'a pas fourni de preuve. Ce moyen ne peut être reçu.
8. L'appelant allègue que les parties se seraient entendues sur un renoncement du salaire jusqu'à l'ouverture de l'établissement. Il n'y aurait pas eu d'accord écrit en raison des liens d'amitié qui liaient T_____ à C_____. Le contrat de travail prévoyait clairement que toute disposition contraire serait faite en la forme écrite. Dans la mesure où la forme écrite a été réservée (art. 11 ch. 2 CO), d'éventuelles modifications du contrat auraient dû respecter cette forme, ce qui n'est pas le cas. Les enquêtes ont démontré que l'employé n'a jamais accepté de reporter à une date indéterminée l'entrée en vigueur de son contrat de travail. De plus, l'employeur n'a pas jugé utile de modifier le

contrat ou de le résilier. Il avait pourtant été averti par son conseiller A_____. Au contraire, à deux reprises, l'employeur a établi des certificats de travail.

9. Enfin, l'appelant prétend qu'il faut interpréter le contrat en ce sens que la réserve concernant les travaux de nettoyage et d'inventaire sous tendait l'existence de travaux important et de longue durée. Une telle interprétation est insoutenable. Rédigé par un avocat, les termes "travaux d'inventaire, nettoyage, etc..." ne pouvaient pas être compris par un cocontractant de bonne foi comme équivalant à des travaux d'importance de longue durée avec accord de renoncer à tout salaire pendant une telle période.

Le jugement du 18 mai 2006 sera dès lors intégralement confirmé.

10. A teneur de l'article 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties. Toutefois, le juge peut mettre les dépens et les frais de justice à la charge de celle qui plaide de manière téméraire. En l'occurrence, les parties n'ont pas usé de moyens contraires à la bonne foi, de sorte qu'aucun dépens ne sera alloué.

Par contre, il sera fait application de l'article 78 LJP. L'émolument de mise au rôle par 880.00 fr. sera mis à charge de E_____ qui succombe et restera acquis à l'État.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E_____ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes de Genève, du 18 mai 2006, rendu dans la cause n° C/20868/2005-2.

Au fond :

- Confirme ledit jugement
- Déboute les parties de toute autre ou contraire conclusion
- Met à la charge de l'appelante l'émolument d'appel par 880.00 fr. et dit qu'il reste acquis à l'État.

La Greffière de juridiction

Le Président