



T__

Dom. élu: Me Francine PAYOT ZEN-
RUFFINEN
Boulevard de Saint-Georges 72
1205 Genève

Partie appelante

CAISSE DE CHOMAGE

Partie intervenante

D'une part

E__

Dom. élu: Me Michel BERGMANN
Rue de Hesse 8-10
Case postale 5715
1211 Genève 11

Partie intimée

D'autre part

ARRÊT

du 4 septembre 2009

Mme Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente

MM. Denis MAUVAIS et François MINO, juges employeurs

MM. Pascal FOUVY et Silvano PIZZA, juges salariés

M. Paul ROCHAT, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 6 octobre 2008, E___ (ci-après E___) appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 29 août 2008 (TRPH/554/2008) et expédié pour notification par pli LSI du 3 septembre 2008, lequel jugement la condamne à payer à T___ la somme brute de fr.10'240.- au titre des salaires de novembre et décembre 2007, sous déduction de la somme nette de fr. 5'816.85 à rembourser à la Caisse de chômage, partie intervenante, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2007, la partie en ayant la charge étant invitée à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

E___ conclut à l'annulation de ce jugement en considérant ne plus devoir aucune rémunération à T___, du fait qu'il a quitté son poste de travail le 6 novembre 2007 et ne l'a plus réintégré par la suite, cela sans fournir de certificat médical justifiant son absence qui a duré jusqu'à la fin des rapports de travail, le 31 décembre 2007, le salaire partiel qui lui était dû pour 2 jours et demi de travail en novembre 2007 lui ayant été, pour le surplus, versé.

E___ demande par ailleurs la réouverture des enquêtes pour l'audition du témoin A___.

Dans sa réponse à cet appel, déposée le 10 novembre 2008, T___ conclut à la confirmation du premier jugement.

Par appel incident formé dans les mêmes écritures, il conclut au paiement par E___ d'un salaire pour le mois d'octobre 2007 également, soit fr. 5'369.10 avec intérêts à 5 % dès le 31 octobre 2007, considérant avoir valablement offert ses services à E___ pour cette période, cette dernière ne lui ayant, en contrepartie, proposé aucune tâche adaptée à son atteinte physique.

T___ demande aussi la réouverture des enquêtes pour l'audition de la Dresse B___ mais s'oppose à l'audition du témoin A___, déjà cité devant les premiers juges par E___ mais qui avait finalement renoncé expressément à le faire entendre.

Par réponse du 12 décembre 2007 à cet appel incident, E___ conclut au rejet des conclusions de T___ en expliquant que le travail de manutention proposé le 2 novembre 2007 à ce dernier, après son offre de reprise de son travail du 30 octobre 2007, était adapté à ses troubles physiques et différent de son précédent travail d'ouvrier de chantier.

C'est d'ailleurs ce même type de travail qui lui aurait été proposé s'il avait offert de reprendre son poste immédiatement après la fin de son incapacité de travail pour cause d'accident, le 1^{er} octobre 2007, offre qu'il n'a pas faite alors que son permis de séjour B n'était pas encore échu.

Sa demande à E___ de renouvellement de ce permis, courant octobre 2007, ne valait, par ailleurs, pas offre de reprise de son poste de travail, contrairement à sa lettre ultérieure du 30 octobre 2007, claire à cet égard.

Enfin, la Caisse de chômage___, intervenant dans la présente procédure, persiste par courrier déposé le 14 octobre 2008, à demander en appel le remboursement des allocations chômage versées d'octobre à décembre 2007 à T___, soit fr. 8'234,25 au total, soit fr. 2'417 40 pour octobre 2007 avec intérêts à 5% dès le 28 novembre 2007, fr. 2978,60 pour novembre 2007 avec intérêts à 5% dès le 28 novembre 2007 également et fr. 2838,245 pour décembre 2007 avec intérêts à 5% dès le 18 décembre 2007.

B. Les faits suivants résultent de la procédure :

a) E___ a son siège à Genève et déploie son activité dans divers domaines de la construction.

Elle a conclu, le 28 octobre 2002, avec T___ un contrat de travail de durée indéterminée portant sur une activité d'«ouvrier de la construction» dès le 1^{er} novembre 2002, pour un salaire mensuel brut de fr. 4'200.- payable 13 fois l'an.

b) Le 28 septembre 2005, T___ a été victime d'un accident de chantier, au cours duquel son avant-bras gauche a été partiellement sectionné, ce qui l'a empêché durablement de travailler.

Le 20 avril 2007, la X___ l'a informé de la fin immédiate de son droit au paiement des soins médicaux consécutifs à cet accident ainsi que de la fin de son droit à des indemnités journalières dès le 30 septembre 2007, date à laquelle son droit à une rente d'invalidité serait évalué.

La X___ a également informé T___ du versement prévu pour octobre 2007, d'une indemnité unique de fr. 17'088.- en raison d'une atteinte à son intégrité, fondée sur la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA).

c) Se référant à ce qui précède, E___ a résilié, par courrier du 16 mai 2007 avec effet au 30 septembre 2007, le contrat de travail de T___.

Par réponse de son conseil du 25 mai 2007, T___ a fait valoir que la décision de la X___ relative à son droit à des indemnités journalières n'était pas définitive, de sorte que, conformément à la convention collective (CCT) applicable, son contrat de travail ne pouvait être résilié tant qu'il les toucherait.

Par nouveau courrier du 4 juillet 2007, E___ a, derechef, résilié leurs rapports de travail, toujours avec effet au 30 septembre 2007 mais, par pli du 13 septembre 2007, T___ a persisté à considérer ce licenciement comme nul selon la CCT, pour la raison sus-évoquée.

d) Le 18 septembre 2007, la Dresse B___ a établi un certificat médical attestant que T___ gardait des séquelles à son bras gauche suite à son accident de travail du 28 septembre 2005, que « *le port de charge est pour l'instant infaisable* », la poursuite de son ancienne activité professionnelle d'ouvrier en bâtiment semblant compromise et un changement d'orientation étant à envisager.

e) Par nouveaux courriers des 25, 27 septembre et 10 octobre 2007, T___ a réclamé à E___ le renouvellement de son permis de travail, estimant toujours faire partie de son personnel, puis a demandé une prise de position claire de son employeur au sujet de son statut dans l'entreprise, soit par ce renouvellement, soit par l'établissement de l'attestation destinée à l'assurance chômage.

Le 18 octobre 2007, E___ lui a transmis cette attestation, mentionnant le versement de son salaire jusqu'au 28 février 2006 et la fin des rapports de travail au 30 septembre 2007.

f) Par réponse du 30 octobre 2007, T___ a pris acte du refus d'E___ d'admettre la nullité du congé donné le 4 juillet 2007, l'a informée, en conséquence, de son intention de saisir la Juridiction des Prud'hommes en contestation de cette résiliation et lui a formellement offert ses services pour une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles constatées médicalement, lui permettant de porter des charges de 15 à 20 kg au plus.

Il avait en effet reçu, le 18 octobre 2007, un projet d'acceptation par l'Office cantonal de l'assurance invalidité (OCAI) d'une rente AI en sa faveur pour une durée limitée. L'OCAI avait retenu une capacité de travail inexistante de T___ dès la fin du délai d'attente, le 28 septembre 2006, cette capacité étant redevenue complète le 31 mars 2007, toutefois dans le cadre d'une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, à savoir sans port de charges de plus de 15-20 kg et sans mouvements répétés de la main et du poignet, ou exigeant une force de serrage ou encore, exercés contre une résistance.

Ces limitations fondaient un degré d'invalidité de 19 % de T___, ce qui ne lui donnait droit ni à une rente AI ni à des mesures professionnelles de reclassement.

L'OCAI retenait enfin qu'eu égard au revenu annuel 2006 avant son invalidité (13^{ème} salaire compris) de fr. 64'753 tel qu'annoncé par son employeur, le salaire annuel de T___, adapté au taux d'invalidité précité était de fr. 52'550-..

g) A réception du courrier d'offre de service précité de T___, du 30 octobre 2007, E___ a, le même jour, à nouveau résilié le contrat de ce dernier avec effet au 31 décembre 2007 et lui a fixé un rendez-vous dans ses bureaux pour le 1^{er} novembre 2007 en vue d'une discussion sur la reprise de son travail.

h) Par nouveau pli adressé à E___ le 9 novembre 2007, à la suite de ce rendez-vous et d'une période de travail subséquente sur un chantier du vendredi 2 au mardi 6 novembre 2007 dans la matinée, le Conseil de T___ a informé la précitée de ce que son mandant lui avait exposé "...avoir travaillé sur un chantier et avoir été chargé de mettre dans une benne des panneaux de sajex mouillés par la pluie.

Comme il ne pouvait utiliser qu'un seul bras, ce travail a vraisemblablement été trop pénible pour lui. Il a donc dû l'interrompre....(Il renouvelait) sa disponibilité pour une activité réellement adaptée à son état de santé et ses limitations fonctionnelles...Je vous laisse le soin de le reconvoquer si vous l'estimez nécessaire...".

E___ n'a pas répondu à ce courrier.

i) Dans l'intervalle, T___ avait déposé une demande au greffe de la Juridiction des prud'hommes, le 30 octobre 2007, soit la veille de son rendez-vous du 1^{er} novembre 2007 dans les bureaux d'E___, T___ a conclu au paiement par cette dernière de son salaire d'octobre 2007, part de treizième salaire incluse, soit fr. 5'396.10 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 octobre 2007, se réservant le droit d'amplifier sa demande après chaque mois écoulé.

Par courriers successivement reçus au greffe de la Juridiction des prud'hommes les 26 novembre, 3 et 18 décembre 2007, la Caisse de chômage___ a déclaré être subrogée dans les droits de T___ et intervenir à ce titre dans la procédure à l'encontre d'E___.

Elle a conclu au remboursement de fr. 8'234.25 constituant les indemnités journalières de chômage déjà versées au précité à raison de, respectivement, fr. 2'417.40 fr. 2'978.60 et fr. 2'838.25 pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2007.

A l'issue d'une seconde audience de conciliation, tenue en vain le 14 janvier 2008, la cause a été renvoyée au Tribunal des Prud'hommes.

j) Dans sa réponse écrite du 13 février 2008 à la demande, E___ a conclu au rejet de la demande, expliquant que la X___ ayant informé T___ de la fin de ses prestations au 30 septembre 2007, elle pensait avoir été légitimée à résilier son contrat de travail pour cette date.

Toutefois, le précité ayant fait valoir la nullité de ce congé du fait qu'il était encore en arrêt de travail pour cause de maladie lorsqu'il l'avait reçu, E___ avait répété cette résiliation le 30 octobre 2007 avec effet au 31 décembre 2007 lorsque T___ lui avait annoncé pouvoir recommencer à travailler. Elle lui avait en outre confié, le 2 novembre 2007, un travail de manutention de sajex adapté à ses capacités physiques amoindries, activité qu'il avait rapidement abandonnée, soit le 6 novembre suivant déjà, sans revenir dans l'entreprise par la suite.

Le 20 décembre 2007, E___ lui avait versé un salaire de fr. 551.- couvrant cette courte période d'activité et ne lui devait plus rien jusqu'à la fin de leurs rapports de travail le 31 décembre 2007.

k) En audience d'introduction et de comparution personnelle des parties du 4 mars 2008, T___ a amplifié sa demande en paiement de ses salaires à hauteur de fr. 5'396,10 par mois, soit à fr. 16'188,30 au total.

Il a fait valoir que, nonobstant sa seconde lettre de licenciement du 30 octobre 2007 avec effet au 31 décembre 2007, E___ ne lui avait pas versé les salaires d'oc-

tobre à décembre 2007, hormis un montant de fr. 551.- couvrant une courte période de travail en novembre 2007.

Il a confirmé que la X___ lui avait versé des indemnités à la suite de son accident, soit du 28 septembre 2005 au 28 septembre 2007, à raison de fr. 4'981.- bruts par mois.

Il a précisé que, lors de l'entretien du 1^{er} novembre 2007 dans les bureaux d'E___ au sujet de la reprise de son travail, il avait été convenu qu'il allait faire des ménages. Cependant, il avait dû en réalité transporter des plaquettes de sajex et informer son employeur, dès le 6 novembre 2007, des douleurs que cette tâche engendrait et qui l'empêchaient de l'accomplir.

C___, directeur d'E___, a persisté dans la position déjà prise, a déposé des pièces complémentaires et a expliqué que le médecin de T___ lui avait indiqué que la poursuite de l'ancienne activité de ce dernier était compromise.

Elle lui avait donc confié un travail qu'elle pensait adapté car ne comportant pas de port de charges supérieures à 2 kg, les plaques de sajex qu'il allait devoir manipuler ayant ce poids.

C___ a aussi précisé qu'il ne pouvait, matériellement, convoquer tous ses employés chaque matin à leur poste de travail, raison pour laquelle T___ n'avait pas été convoqué à la suite de son courrier à E___ du 9 novembre 2007, lui offrant à nouveau ses services après son départ de son lieu de travail du 6 novembre 2007.

Le précité ne s'était, de son côté, plus présenté dans l'entreprise qui n'avait pas non plus reçu de certificat médical justifiant son absence depuis le 6 novembre 2007.

l) Au cours des enquêtes subséquentes, le Tribunal a entendu le témoin D___, machiniste employé par E___ depuis 1998, qui a confirmé que T___, après une période d'arrêt de travail à la suite d'un accident, était revenu travailler sur un chantier pendant deux jours et demi en novembre 2007.

C___ avait informé le témoin du fait que T___ ne pouvait pas porter de charges supérieures à 20 kg et qu'il fallait lui trouver un travail « léger », étant précisé que D___ était le responsable du chantier auquel T___ avait été affecté.

L'activité principale du précité avait dès lors consisté à assurer la sécurité des voitures circulant aux alentours de ce chantier lors du chargement des bennes, sous réserve d'une aide, pendant une heure ou deux, au ramassage à terre de petits morceaux de sajex (soit du styropore), matière qui ne prenait pas l'eau.

D___ a encore déclaré que T___ ne s'était pas plaint pendant ce travail de ramassage et qu'il avait la main gauche dans sa poche.

Le troisième jour, à son retour sur le chantier, le témoin n'avait pas revu T___ dès l'après-midi et avait été informé le soir même, par C___ que l'intéressé l'avait averti de son départ durant cet après-midi.

Eu égard à un litige l'opposant à T___, le Tribunal a ensuite refusé d'assermenter A___, directeur de travaux chez E___, cité par cette dernière comme témoin mais qui devait dès lors être entendu à titre de renseignements seulement.

E___ a fait incident sur ce point, incident toutefois retiré par courrier ultérieur du 11 mars 2008.

La cause a alors été gardée à juger sur le fond.

m) Dans son jugement présentement querellé du 29 août 2008, les premiers juges ont admis leurs compétences à raison du lieu (art. 24 et 34 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur les fors en matière civile) et de la matière, les parties étant liées par un contrat de travail (art. 319 et ss CO), de même qu'il a admis l'application au litige de la Convention collective Bâtiment/Gros œuvre/Maçons/Tailleurs de pierres du 1^{er} janvier 2006 (ci-après CCT), dont le champ d'application avait été étendu par arrêté du Conseil fédéral du 1^{er} octobre 2003, à tous les employeurs et travailleurs qui n'avaient pas encore déclaré s'y soumettre.

Par ailleurs, le Tribunal a d'abord fait application des art. 19 al. 1^{er} lit. b et 21 al. 1^{er} CTT, fixant le délai de congé à deux mois pour la fin d'un mois, de la deuxième à la neuvième année de service, mais prévoyant aussi qu'un tel congé par l'employeur était exclu aussi longtemps que des indemnités journalières pour cause de maladie ou d'accident étaient versées à l'employé, soit en l'espèce jusqu'au 30 septembre 2007.

T___ étant, le 1^{er} octobre 2007, - lorsqu'il avait retrouvé sa pleine capacité de travail - dans sa cinquième année de service, son congé lui avait été valablement donné le 30 octobre 2007 avec effet au 31 décembre 2007.

Les premiers juges ont par ailleurs admis que T___ n'avait formulé aucune offre de reprise de travail avant sa lettre à E___ du 30 octobre 2007, de sorte qu'en application de l'art. 336c al. 2 CO, il n'avait pas droit à un salaire pour le mois d'octobre 2007.

Le Tribunal a encore considéré qu'E___ avait été en demeure au sens de l'art. 324 CO, puisque c'était de manière injustifiée qu'elle avait refusé la nouvelle offre de reprise de son travail de T___, formulée par courrier du 9 novembre 2007 auquel E___ n'avait pas donné suite.

Elle devait en conséquence au précité les salaires de novembre et décembre 2007 comme s'il avait travaillé normalement, sous déduction du salaire partiel versé le 22 décembre 2007 pour la période du 2 au 6 novembre 2007.

S'agissant, enfin, du montant dû, les premiers juges ont retenu, en application des art. 322 al. 1^{er} CO et 49 CTT, que T___ avait droit à son salaire contractuellement fixé à fr. 4'981.- par mois, ainsi qu'à sa part de 13^{ème} salaire à raison du 8.33% de ce montant, soit un total de fr. 10'240,85 avec intérêts à 5% dès le 30 octobre 2007, somme sur laquelle devaient être remboursées à la Caisse de chômage les indemnités de chômage versées en novembre et décembre 2007, totalisant fr. 5'816.85.

C. a) Dans le cadre de l'instruction du présent appel par la Cour de céans, les parties ont comparu le 5 février 2009.

C___ a déclaré que T___ lui avait dit ne pas pouvoir transporter de charges ni faire de gestes répétés avec son bras gauche. C___ a précisé qu'il aurait pu lui

confier un jour de ménage de l'entreprise par semaine mais qu'il avait trouvé cette activité dégradante pour un ouvrier qualifié tel que le précité.

Par ailleurs, les activités de démolition, travaux publics, sciage et forage d'E___ impliquaient peu de travaux sans port de charges lourdes, mais le précité n'avait pu mener à bien, sans avoir mal à son bras gauche, des tâches telles que la surveillance de la circulation des camions ou la mise de morceaux de sajex dans une benne, pendant sa courte période de travail en novembre 2007 sur un chantier confié par la société F___ à E___ et qui se trouvait près de la route des Acacias.

Il n'avait pas donné l'ordre à T___ de décoller ces plaques de sajex du toit où elles étaient posées, ni ne l'avait vu le faire, étant précisé que selon C___, ces plaques n'étaient de toute manière pas collées.

En outre, selon le précité, T___ n'était pas allé sur le toit principal de l'immeuble en chantier d'où du sajex était jeté dans une grande benne se trouvant au sol.

Quant à la petite benne se trouvant sur le toit intermédiaire où T___ travaillait, elle avait 1,20 m de profondeur environ.

C___ a dit avoir été présent sur ce chantier à raison d'une demi-heure par jour environ et que c'était le mardi 6 novembre 2007 en fin de matinée, que T___ lui avait dit avoir mal au bras gauche à la suite des travaux confiés.

C___ lui avait dit d'arrêter son activité et d'aller voir son médecin, pensant soit le revoir le lendemain sur le chantier, soit recevoir sans autre un certificat médical.

Toutefois, C___ n'avait pas revu T___ après le 6 novembre 2007 et avait reçu le courrier de conseil du 9 novembre 2007.

T___ a d'abord précisé à la Cour de céans qu'il était droitier.

Il a ensuite confirmé avoir informé C___ de douleurs à son bras, en fin de matinée du 6 novembre 2007, au cours de laquelle il avait dû décoller à la pelle des plaques en sajex sur le toit intermédiaire d'un immeuble en chantier, avant de les jeter dans une benne, où il avait aussi jeté d'autres plaques déjà décollées.

Du 2 au 6 novembre 2007, il avait travaillé pendant un jour sur ce toit, où une benne avait été montée au moyen d'une grue, puis, un autre jour, sur un toit intermédiaire en décrochement d'où il jetait le sajex dans une grosse benne au sol.

Au cours de son deuxième jour d'activité de novembre 2007, il s'était occupé pendant 15 minutes seulement de la circulation du camion venu chercher cette benne.

Il a aussi confirmé être de nationalité angolaise, la Cour mentionnant au procès-verbal qu'il était noir de peau.

T___ a ajouté avoir expliqué à son médecin traitant, la nature des travaux susmentionnés, en précisant lui avoir dit qu'il avait dû tenir la pelle à deux mains, puis jeter à deux mains également, une plaque après l'autre dans la benne.

Selon T___, la Dresse B___ avait été fâchée que son patient soit retourné travailler sur un chantier au début novembre 2007 déjà, de surcroît pour accomplir un geste répétitif.

Enfin, selon le Conseil du précité, ce médecin avait refusé de délivrer à son patient un nouveau certificat médical lors de cette consultation, qui avait eu lieu le 8 novembre 2007, car elle estimait que celui établi le 18 septembre 2007 était encore d'actualité.

b) Le témoin A___, directeur de travaux depuis décembre 2000 au sein de l'entreprise F___, a confirmé que cette dernière avait confié à E___ des travaux de démolition partielle d'un immeuble, qui avaient duré, à son souvenir peu précis sur ce point, de mars 2007 à fin 2007/début 2008.

Pendant cette période, E___ était intervenue ponctuellement sur appel du témoin, qui, bien qu'interpellé à plusieurs reprises à ce sujet en audience, n'a pas reconnu T___ comme ayant travaillé sur ce chantier, où il y avait du monde.

A___ a précisé qu'E___ était notamment chargée d'enlever de la toiture de l'immeuble des plaques d'isolation rectangulaires en sajex pesant environ 500 g chacune et dont la taille était d'environ 70 cm sur 120 cm sur 10 cm d'épaisseur, lui-même pouvant porter un paquet de 10 plaques de ce sajex d'une seule main.

Il s'est souvenu avoir fait une remarque à C___ - à son souvenir durant un jour du printemps 2007 où il ne pleuvait pas - au sujet d'un ouvrier de couleur qui prenait une plaque ou un morceau de sajex à la fois, marchait lentement vers le bord du toit, jetait l'objet dans le container se trouvant au sol, soit d'une hauteur de 5 m environ, et retournait prendre une autre plaque, le témoin précisant n'avoir pas vu cet ouvrier décoller lui-même des plaques du toit.

Rafael A___ a ajouté que certaines de ces plaques pouvaient se casser quand elles étaient décollées du toit et qu'il pouvait rester sur des morceaux de sajex, sans que cela ne change leur poids, un peu du bitume ayant servi à assurer l'étanchéité de ce toit, 40 ans auparavant.

A___ a dit se souvenir que la benne où ce sajex était jeté se trouvait en bas de l'immeuble et non sur son toit, car il n'y avait pas de grue pour l'y monter. Il s'agissait d'une très grosse benne cubique, de 7/8 m de long, de 3 m de large et de 2,5 à 3 m de profondeur, ayant une contenance de 30 m³. Vu la légèreté des plaques en question, il fallait viser la benne depuis le toit pour qu'elles tombent dedans, cette manœuvre n'exigeant toutefois aucune force.

Après l'audition du témoin A___, T___ a déclaré ne pas le connaître et de l'avoir jamais vu sur le chantier en question, dont C___ a précisé qu'il avait duré de septembre 2007 à novembre 2008.

c) Lors d'une nouvelle audience d'enquête du 26 février 2009, le témoin D___ a confirmé ses déclarations du 4 mars 2008 devant le Tribunal des prud'hommes.

Il a confirmé que la plaque de sajex, qui lui était présentée par la Cour à la demande d'E___, était identique à celles dont il avait parlé dans ses précédentes déclarations.

Les dimensions de cette plaque ont été déterminées en audience par la Cour de céans à 50 cm de large sur 38 cm de haut et sur 3 cm d'épaisseur, et son poids à 428 g exactement.

D___ a déclaré qu'il n'y avait pas de plaques de plus grandes dimensions sur le chantier sur lequel T___ avait travaillé avec lui en novembre 2007.

Le témoin y avait lui-même ramassé à la main de telles plaques se trouvant sur un toit se trouvant à une hauteur de 7 à 9 m du sol et les avait mises dans une petite benne montée sur ce toit avec une grue, qui récupérait cette benne quand elle était pleine pour la vider dans une grande benne posée au sol.

Il y avait plusieurs ouvriers à travailler ainsi sur ce toit, pendant les trois jours de présence de T___ sur ce chantier.

Certaines de ces plaques étaient cassées parce que les ouvriers avaient marché dessus et elles étaient, non pas collées, mais posées sur la dalle du toit qui était plate, étant précisé que l'immeuble était une usine d'un seul étage, sans plusieurs niveaux de toits.

Selon le témoin, cette dalle avait été recouverte d'une isolation étanche en goudron, sur laquelle du sajex avait été posé, puis recouvert d'une feuille en plastique, à son tour recouverte de cailloux de drainage sur une épaisseur de cinq à 10 cm, dont le poids, selon le témoin, n'était pas suffisant pour faire coller le sajex au goudron.

La plupart du temps, et également pendant les deux jours où T___ était sur le chantier en novembre 2007, les ouvriers tapaient avec le pied sur la tranche des plaques en sajex pour les désolidariser du goudron, ou quand cela n'était pas suffisant, ils les prenaient à la main en les cassant en deux, ou encore, mais rarement et surtout aux angles qui pouvaient coller au goudron, ils les décollaient à la pelle ou au racloir.

D___ a ajouté que T___ n'avait pas travaillé continuellement avec lui sur ce toit, pendant sa présence sur ce chantier. Il y était monté à plusieurs reprises pour aider ponctuellement les autres ouvriers mais il n'avait pas travaillé à enlever les plaques de la dalle et n'avait fait que prendre, avec une seule main, les plaques déjà enlevées, l'autre main restant dans sa poche, puis mettre ces plaques dans la petite benne du toit.

Quand cette dernière était pleine, il redescendait au sol où il avait tout de même passé plus de temps que sur le toit. Il avait en effet principalement arrêté les voitures quand la grue faisait passer la petite benne au-dessus de la rue pour la vider dans la grande. Il ramassait aussi les morceaux de sajex tombés de cette petite benne, les jetait dans la grande benne, puis rétablissait la circulation des voitures.

Le témoin a aussi déclaré, d'une part, qu'une plaque standard de sajex mesurait 1 m sur 50 cm et, d'autre part, que la grande benne faisant environ 2 m de haut. Lui-même, qui mesurait 1,73 m, arrivait à y jeter des objets avec la main, ce que T___ - qui a dit à la Cour mesurer 1,72 m - pouvait aussi faire en levant le bras.

La Dresse B___, entendue comme témoin, a dit avoir suivi T___ du 22 février 2006 au 27 novembre 2007.

Son patient ne l'avait toutefois pas consultée, à son souvenir, entre le 18 septembre 2007 et cette dernière visite du 27 novembre 2007, en particulier pas, selon ses notes de dossier, pendant la période du 2 au 6 novembre 2007, lorsqu'il avait repris son travail chez E___, ou tout de suite après. Ce n'était que le 27 novembre 2007 que T___ lui avait dit avoir retravaillé pendant cette période et qu'il avait eu très mal à la suite de ce travail.

La Dresse B___ a précisé à cet égard que si elle avait su avant le 27 novembre 2007 que T___ était retourné travailler au début de ce même mois, elle serait intervenue tout de suite pour qu'il cesse.

Le témoin a ajouté qu'il pouvait lui arriver, mais rarement, d'oublier de noter une consultation dans le dossier du patient et que si elle voyageait beaucoup, elle ne

parvenait pas à se souvenir si elle avait été absente de Genève du 2 au 7 novembre 2007 ou peu après.

La Dresse B___ a, par ailleurs, confirmé la teneur de son certificat médical du 18 septembre 2007, en précisant que T___ avait le bras anesthésié – avec une perte de sensibilité au toucher et thermique - depuis le dessous du pli du coude jusqu'au haut du poignet, sur la face intérieure du bras par rapport au corps, une cicatrice partant avant ce pli et arrivant juste en dessous. Il se plaignait beaucoup de douleurs sur cette face interne, la force de son bras était diminuée de 4 sur une échelle de 5 et après avoir porté un objet pendant 15 à 30 minutes, il avait mal et devait se reposer.

Le témoin a ajouté que, selon le responsable de l'atelier de réorientation de la X___, T___ ne pouvait plus accomplir un travail de force sur un chantier, ce qu'elle a confirmé, du moins pour la période allant jusqu'au 27 novembre 2007 puisqu'elle n'avait plus revu son patient après cette date.

Elle a toutefois estimé que son certificat médical du 18 septembre 2007 était resté d'actualité jusqu'au 27 novembre 2007 à tout le moins, ce qu'elle avait d'ailleurs dit à T___ lorsque ce dernier était revenu la voir, précisément à cette date, parce qu'il avait mal après avoir repris son travail.

Le témoin a aussi précisé que quand la X___ avait cessé le paiement des allocations perte de gain pour cause d'accident à fin septembre 2007, elle avait établi un certificat de reprise de travail pour permettre à son patient de toucher les allocations chômage à partir du 1er octobre 2007, en attendant de trouver un autre travail mieux adapté à la capacité de son bras.

La Dresse B___ a finalement déclaré ne pas avoir eu connaissance de l'expertise médicale de l'AI dont il ressortait que T___ ne pouvait plus porter de charges excédant 15 à 20 kilos.

Elle a contesté cette appréciation, en relevant que le poids que T___ pouvait porter avec son seul bras gauche devait être réduit à 1,5 kilo, précisant toutefois n'avoir pas testé elle-même cette capacité qui lui avait été indiquée par son patient lui-même, tout comme elle ne savait pas non plus quel poids ce dernier pouvait porter à deux mains après son accident.

d) A la suite de ces auditions, C___ a encore précisé qu'E___ n'avait pas employé d'autres personnes de couleur que T___ sur le chantier de F___ au 43 route des Acacias, dont le témoin A___ avait parlé lors de la précédente audience du 5 février 2009.

e) A l'issue de cette dernière audience, la cause a été gardée à juger, les parties n'ayant pas d'autres actes d'instruction à solliciter, étant à cet égard précisé que la Caisse de chômage intervenante n'avait pas assisté à ladite audience ni n'avait demandé préalablement de tels actes par écrit.

EN DROIT

1. Interjeté dans les formes et délais prévus par la loi (art. 59 et 62 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), les appel principal et incident sont recevables.

2. Les parties ne remettent pas en cause les compétences *ratione materiae* et *ratione loci* de la Juridiction genevoise des prud'hommes, la présente Cour se référant aux considérants du jugement attaqué, qu'elle entend faire siens à ce sujet, y compris s'agissant de sa compétence relative aux conclusions de la caisse de chômage intervenante, tout en rappelant que sa cognition est complète dans le cadre de l'ensemble du présent litige.
De même, l'application de la CCT du 1^{er} janvier 2006 audit litige n'est pas contestée par les parties, à juste titre.

3. Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées ; Hohl, Procédure civile, tome I, n. 786 ss). On fonde également sur cette disposition, le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003 ; ATF 114 II 289, consid. 2a).
Toujours à moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif au sens de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

4. Les prétentions salariales de l'intimé et appelant incident (ci-après intimé) pour la période du 1^{er} octobre au 31 décembre 2007 sont seules remises en cause dans le cadre du présent appel, puisqu'il ne conteste plus la validité de son congé donné par l'appelante le 30 octobre 2007 avec effet au 31 décembre 2007.

Les premiers juges lui ont alloué ses salaires de novembre et décembre 2007 (parts de 13^{ème} salaire comprises), décision dont il demande la confirmation, tout en réclamant en outre le paiement d'un salaire pour octobre 2007.

De son côté, l'appelante principale et intimée incidente (ci-après appelante) conteste devoir à l'intimé un quelconque salaire d'octobre à décembre 2007, hormis celui - déjà versé - correspondant aux 2,5 jours de travail fourni par l'intimé du 2 au 6 novembre 2007.

Il y a lieu, dans ce cadre, de distinguer deux périodes, soit celle du mois d'octobre 2007, d'une part, et celle du 7 novembre au 31 décembre 2007, d'autre part.

4.1.1. S'agissant de la première période d'octobre 2007, il sera fait application des art. 336 c al. 2 et 82 CO régissant l'obligation du travailleur d'offrir de fournir effectivement sa prestation dès la fin connue de son incapacité de travail, à défaut de quoi, et pour autant qu'il n'en soit pas empêché par un motif reconnu, l'employeur peut refuser de lui payer un salaire.

4.1.2. En l'espèce, il résulte de la décision de la X___ du 20 avril 2007 que le droit de l'intimé à des indemnités journalières prendrait fin le 30 septembre 2007, date à laquelle son droit à une rente d'invalidité partielle serait évalué.

Par ailleurs, l'OCAI a retenu, par courrier adressé à l'intimé le 18 octobre 2007, qu'il avait été invalide à 100 % du 28 septembre 2006 au 1^{er} janvier 2007, une rente AI pouvant toutefois lui être servie jusqu'au 31 mars 2007.

L'OCAI considérait que dès le 1^{er} janvier 2007, l'intimé avait récupéré une capacité de travail complète, mais dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, à savoir sans port de charges de plus de 15-20 k et sans mouvements répétés de la main et du poignet, ou exigeant une force de serrage ou encore, exercés contre une résistance.

Or, ce n'est que par lettre du 30 octobre 2007 à l'appelante que l'intimé a formulé sa première offre de reprise de son travail.

On peut donc admettre qu'il a tardé à informer son employeur de sa disponibilité, même réduite, à compter du 1^{er} octobre 2007, le fait qu'il n'avait pas encore connaissance à cette date de l'ampleur exacte de sa capacité de travail fixée à 81 % par décision de l'OCAI du 18 octobre 2007 n'étant pas déterminant puisqu'il savait, depuis la décision de la X___ d'avril 2007, qu'il serait considéré comme partiellement capable de travailler dès cette date du 1^{er} octobre 2007.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante lui a refusé à bon droit un salaire pour la période du 1^{er} au 30 octobre 2007, le premier jugement devant être confirmé sur ce point.

4.2.1. Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le travailleur ne doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1^{er} CO). La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait clairement offert ses services. Une telle offre ne résulte pas déjà du fait que l'employeur doit supputer, sur la base des circonstances, que le travailleur est disposé à fournir sa prestation pendant la durée prolongée des rapports de travail (ATF du 23 octobre 1992, publié in SJ 1993 p. 365 ; ATF 115 V 444, consid. 5 et 6). L'offre peut être orale ou écrite ou encore réelle lorsque le travailleur se présente à son poste

(Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 9 *ad* art. 324 CO ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 11 *ss ad* art. 324 CO ; Stahelin, Zürcher Kommentar, n. 4 *ss ad* art. 324 CO). Comme toutes les manifestations de volonté, l'offre du travailleur s'interprète conformément au principe de la confiance ; c'est donc selon les règles de la bonne foi que l'on examinera si l'intention du travailleur d'occuper son emploi était reconnaissable pour l'employeur (CAPH du 27 février 1997 en la cause IX/650/96).

Toutefois, l'employeur étant tenu de manifester les égards voulus pour la santé du travailleur (art.328 al. 1 CO), on ne saurait lui reprocher de refuser le travail offert par un employé qui, pour cause de maladie, invalidité ou de grossesse n'est pas à même de fournir sa prestation sans danger pour lui-même (SJ 2000 page 323).

4.2.2. En l'espèce, il ressort de la teneur du courrier adressé le 9 novembre 2007 par l'intimé à l'appelante que le premier a clairement offert, à nouveau, ses services à la seconde, après son départ d'un chantier le 6 novembre 2007, cela toutefois seulement dans le cadre d'une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

Or, il ressort aussi de l'instruction de la cause, notamment de l'audition des parties elles-mêmes ainsi que des témoins A___ et D___, que, contrairement à ses allégués,

- l'intimé, qui est droitier, n'a pas utilisé son bras gauche dans le cadre de son travail sur le chantier où l'appelante l'avait placé entre le 2 et le 6 novembre 2007,
- les plaques de sajex qu'il a manipulées sur le toit de l'immeuble en question n'étaient ni gorgées d'eau ni ne pesait plus que 500 g par plaques,
- il les a manipulées une par une,
- il n'a pas dû préalablement les décoller du toit au moyen d'une pelle,
- il a passé une grande partie de son temps au sol, à régler la circulation des voitures aux abords dudit chantier et à ramasser des petits morceaux de sajex,
- il a quitté ce chantier en milieu de journée du 6 novembre 2007 après avoir dûment informé C___ du fait que le travail confié entraînait des douleurs à son bras gauche et qu'il ne pouvait le continuer.

Par ailleurs, le témoin B___, médecin, n'a pas confirmé que l'intimé, comme ce dernier l'a prétendu, l'avait consultée le 8 novembre 2007 déjà pour ses douleurs au bras, soit le surlendemain de ce départ du chantier de l'appelante.

Ce témoin a, en revanche, confirmé qu'après avoir examiné le précité le 27 novembre 2007 seulement, elle avait été d'avis qu'il n'était pas capable d'accomplir le travail que l'appelante lui avait confié début novembre 2007, au vu des douleurs que lui décrivait son patient comme consécutives à ce travail.

Enfin, l'intimé n'a pas contesté les explications de C___ devant la Cour de céans au sujet des différents types de travaux que l'appelante était susceptible de lui confier dans le cadre de ses activités de chantier pour lesquelles l'intimé avait été engagé, ni le fait que très peu de ces travaux n'impliquaient pas le port de charges

lourdes ni de gestes répétés, alors que les travaux de ménage envisagés dans l'entreprise elle-même n'étaient, quant à eux, nécessaires qu'à raison d'un jour par semaine.

La Cour relève d'ailleurs au sujet de ces activités ménagères qu'elles supposaient à tout le moins des gestes répétitifs, de sorte qu'elles étaient également susceptibles d'engendrer des douleurs physiques préjudiciables à l'intimé.

Il ressort ainsi de l'ensemble des éléments rappelés ci-dessus que, quand bien même il est admis que cette offre était claire et conforme aux principes tirés de l'art. 324 CO, l'appelante ne peut se voir reprocher de n'avoir pas réagi à la nouvelle offre de services de l'intimé du 9 novembre 2007.

En effet, l'appelante avait l'obligation légale de prendre les précautions nécessaires pour préserver la santé de l'intimé et son responsable, C___, avait pu constater que ledit intimé n'était pas en mesure d'effectuer les quelques travaux légers qu'elle pouvait lui trouver en son sein, puisque même les petits travaux confiés avaient engendré des douleurs à son bras gauche, cela quand bien même il n'avait pas utilisé ce bras pour les accomplir.

De plus, l'intimé ne lui a fourni aucun certificat médical consécutif à sa nouvelle interruption d'activité du 6 novembre 2007, alors que précisément C___ l'avait incité à consulter immédiatement son médecin pour ses douleurs au bras en escomptant recevoir une attestation médicale, consultation que l'intimé n'a demandée que plus de trois semaines après ce 6 novembre 2007, empêchant ainsi tout constatation sérieuse des douleurs alléguées.

De la sorte, l'appelante est surtout restée dans l'ignorance des capacités physiques de travail de l'intimé ainsi que de la durée de ces douleurs dont il s'était plaint et dont elle avait le devoir de tenir compte en application de l'at. 328 al. 1 CO.

Cela alors que, parallèlement, l'échéance du contrat de travail du précité au 31 décembre 2007 était proche et que, dans le secteur du bâtiment, les entreprises mettaient leur personnel en vacances une dizaine de jours avant cette date.

L'appelante pouvait dès lors inférer de l'ensemble des circonstances retenues ci-dessus qu'elle n'était pas en mesure d'offrir, sans risque pour sa santé durant la courte période pendant laquelle l'intimé était encore son employé, un travail adapté à ses capacités fonctionnelles limitées, vu l'échec essuyé du 2 au 6 novembre 2007, de sorte qu'on ne peut lui reprocher d'avoir refusé implicitement, en ne répondant pas à son offre de reprise de service du 9 novembre 2007, un poste de travail à l'intimé.

Il en découle que l'appelante ne s'est pas trouvée en demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1^{er} CO, de sorte qu'elle ne doit aucun salaire à l'intimé pour la période ayant débuté le 6 novembre 2007 en début d'après-midi et s'étant terminée le 31 décembre 2007.

Le premier jugement devra être réformé en conséquence.

4.3.1. Pour le surplus, il sera relevé que l'appelante ne conteste pas avoir dû un salaire à l'intimé pour sa présence sur l'un de ses chantiers et le travail effectué du 2 au 6 novembre 2007 jusqu'en fin de matinée, alors que l'intimé ne conteste pas

non plus que ce salaire lui a déjà été versé, de sorte que l'appelante ne lui doit plus rien de ce chef.

5. Vu les solutions adoptées ci-dessus par la Cour de céans pour régler les questions salariales litigieuses entre les parties principales, il ne sera pas fait droit aux conclusions de la caisse de chômage intervenante, qui seront dès lors rejetées pour l'ensemble des indemnités versées du 1er octobre au 31 décembre 2007.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- reçoit l'appel principal interjeté par E___ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 29 août 2008 en la cause C/24018/2007 - 1 ;
- reçoit également l'appel incident interjeté par T___ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 29 août 2008 en la cause C/24018/2007 - 1 ;

Au fond :

- annule ledit jugement ;

Cela fait :

- dit qu'E___ ne doit plus aucun montant à titre de salaire (13^{ème} salaire compris) à T___ pour la période du 1er octobre au 31 décembre 2007 ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions principales et/ou incidentes.

La greffière de juridiction

La présidente