



E _____ SA
Dom. élu : Me Mario-Dominique TORELLO
Rue Monnier 1
Case postale 205
1211 Genève 12

Monsieur T _____
Rue des _____
12__ Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mme Rose-Marie MATHIER et M. Thierry ULMANN, juges employeurs

Mmes Cécilia JAUREGUI et Sylvianne ZEDER-AUBERT, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

- A. E _____ SA a pour but notamment la recherche, la sélection, le recrutement et la mise à disposition de personnel temporaire ou stable de toute qualification et dans tous les domaines d'activité professionnelle.
- B. T _____ a effectué, en tant que monteur-électricien, des missions pour E _____ SA de 1997 à 2004.
- C. Le 12 novembre 2004, T _____ a assigné E _____ SA en paiement de 27'889 fr. 20 plus intérêts à 5% dès le 12 novembre 2004 au titre de différence de salaire fondées sur la Convention collective de la métallurgie du bâtiment (ci-après : CCT) pour les années 1999 à 2004. N'étant plus en possession de ses fiches de salaire de 1999, qui indiquaient le nombre d'heures travaillées, il a estimé celles-ci sur la base de la moyenne d'heures travaillées en 2000.

E _____ SA s'est opposée à la demande. Subsidiairement, elle a admis devoir un montant de 8'383 fr. 40, comprenant une différence de salaire de 12'509 fr. sous déduction des montants de 459 fr. au titre de salaire payé en trop ainsi que de 1'641 fr. 55 et 2'024 fr. 40 au titre de réparation de préjudices subis par la société. Les préjudices résultaient, selon E _____ SA, du fait que lors de sa dernière mission auprès de A _____, T _____ aurait sans nécessité procédé à l'essai du rideau de piscine, dont il avait installé le moteur, causant ainsi un dommage de 2'024 fr. 40 à cette société, qui aurait ensuite refusé de payer la facture de E _____ SA de 1'641 fr.

- D. Par jugement du 30 mai 2005, le Tribunal des prud'hommes a condamné E _____ SA à verser à T _____ la somme de 20'640 fr. 50 avec intérêts à 5% depuis le 12 novembre 2004. Il a en particulier considéré que les prétentions de l'employé n'étaient pas abusives, qu'elles étaient prescrites pour la période antérieure au 12 novembre 1999 et a procédé au calcul de l'arriéré dû selon le salaire fixé dans la CCT, qu'il a déclarée applicable. Il a par ailleurs estimé que E _____ SA n'avait pas prouvé ni le dommage ni le lien de causalité entre celui-ci et l'acte dommageable reproché à T _____ en relation avec l'installation du rideau de piscine.

Par acte déposé le 1^{er} juillet 2005, E _____ SA appelle de ce jugement, concluant principalement à ce que T _____ soit débouté de sa demande et subsidiairement à ce qu'elle soit condamnée à verser, « au maximum » 12'154 fr. à ce dernier.

T _____ demande le rejet de l'appel et la confirmation du jugement attaqué.

Les arguments des parties en appel seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 al. 1 LJP).

2. L'appelante se plaint en premier lieu du fait que le Tribunal a rejeté son argument tiré de l'abus de droit. L'intimé aurait en effet travaillé pour elle depuis 1997 en étant satisfait des conditions salariales qu'elle lui offrait. Il ne réussissait pas par lui-même à se faire engager et était content de revenir chez l'appelante pour qu'elle le place. Malgré le fait qu'il connaissait les tarifs horaires de la CCT pour les avoir étudiés dans le cadre de sa formation, il avait renoncé à s'en prévaloir. Son revirement d'attitude constituerait ainsi un abus de droit.
 - 2.1 La rémunération du travailleur obéit au principe de la liberté contractuelle: le salaire convenu fait foi. Il n'en va toutefois pas ainsi quand les parties sont soumises, de quelque manière que ce soit, à une convention collective de travail prévoyant un salaire supérieur à celui qu'elles ont arrêté; dans ce cas, le salaire supérieur remplace le salaire convenu (art. 322 al. 1 et 357 al. 2 CO). Les dispositions d'une convention collective relatives aux salaires sont impératives et il ne peut y être dérogé (Vischer, Commentaire zurichois, n. 11 ad art. 357 CO). Dans un tel domaine, on ne peut admettre l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) qu'avec retenue (Stöckli, Commentaire bernois, n. 16 ad art. 357 CO). Le Tribunal fédéral a clairement posé, à propos de l'art. 341 al. 1 CO - il interdit au travailleur de renoncer, pendant la durée du contrat et le mois suivant la fin des rapports de travail, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective -, que le travailleur qui se prévaut de cette disposition n'abuse nullement de son droit, car il serait contraire à l'esprit de la loi de le priver, par le biais de l'art. 2 al. 2 CC, de la protection que lui accorde l'art. 341 al. 1 CO (ATF 126 III 337 consid. 7b; 110 II 168 consid. 3c, 105 II 39 consid. 1b). Quant à l'écoulement du temps, dont se prévaut aussi l'appelante, il ne peut être interprété ni comme une renonciation à une prétention ni comme le signe de son exercice abusif. La jurisprudence ne laisse pas planer de doute sur ce point (ATF 125 I 14 consid. 3g; 110 II 273 consid. 2).
 - 2.2 En l'espèce, comme l'intimé était au service de l'appelante, on ne saurait lui reprocher d'avoir attendu la fin des rapports contractuels pour faire valoir ses droits. Aussi, le seul fait qu'il se prévale d'une disposition impérative de la CCT ne saurait constituer un abus de droit à défaut de circonstances particulières

révélant sa mauvaise foi. L'appelante relève d'ailleurs elle-même que le marché du travail n'était pas favorable (PV du 1^{er} nov. 2005 p. 2); dans un tel contexte, l'on ne peut reprocher à l'intimé une attitude contradictoire du fait d'avoir accepté les conditions salariales proposées et d'en réclamer ensuite une adaptation. Les premiers juges ont ainsi nié à bon droit l'existence d'un abus de droit.

3. Subsidiairement, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir considéré qu'elle n'aurait pas prouvé avoir payé à tort 16 heures de travail au mois de juin 2004.

L'appelante reconnaît que l'intimé a travaillé lors de sa mission allant du 7 au 10 juin 2004 pour A _____ 16 heures et que la mission a pris fin le 10 juin 2004 (PV de CP du 1^{er} nov. 2005, p. 2). Contrairement à ce qu'elle soutient, elle n'a pas rapporté la preuve du fait que l'intimé n'aurait pas travaillé les 9 et 10 juin 2004. Par ailleurs, quand bien même elle aurait rapporté cette preuve, elle était de toute manière tenue de payer deux jours, soit 16 heures de travail. En effet, compte tenu du fait que la mission auprès de A _____ était inférieure à 3 mois, le délai de congé était de 2 jours (art. 19 al. 4 let. a Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE; RS 823 .11). Ainsi, l'appelante devait de toute manière verser encore 2 x 8 heures de salaire. Elle ne peut donc en réclamer le remboursement.

4. L'appelante estime en outre avoir prouvé le dommage causé par son employé à qui elle est en droit d'en demander réparation.

- 4.1 Le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO). La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (art. 321e al. 2 CO). Ces circonstances peuvent être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO). Le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 110 II 344 consid. 6b et l'arrêt cité).

L'employeur doit prouver l'existence du dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité naturelle entre celle-ci et celui-là. De son côté, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute. Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-

augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 129 III 18 consid. 2.4, 331 consid. 2; 128 III 22 consid. 2e/aa).

- 4.2** En l'espèce, l'appelante n'a pas prouvé le dommage allégué. Elle a produit une note manuscrite de A _____ chiffrant le dommage prétendument causé par l'intimé à 2'024 fr. 40. Cette note n'est toutefois, dans l'exemplaire remis au Tribunal, pas signée et son auteur n'est pas venu la confirmer sous la foi du serment. Or, la production d'une pièce qui contient elle-même des allégués de faits ne suffit pas à établir la réalité des faits eux-mêmes, pas plus qu'elle ne démontre l'existence de faits extérieurs à ce qui résulte de son apparence (Bertossa et alii, Commentaire de la LPC, n. 4 ad art. 186). L'appelante n'a pas non plus établi avoir dédommagé A _____ d'une quelconque manière. Elle n'a en outre pas davantage établi que sa facture adressée à A _____ de 1'641 fr. 55 n'aurait pas été réglée; en effet, sa représentante a déclaré qu'elle ignorait si cette facture avait été payée (PV de CP du 1^{er} nov. 2005, p. 2).

Par ailleurs, aucun témoin n'est venu indiquer que l'intimé n'aurait pas dû procéder à l'essai du rideau de piscine. L'appelante a uniquement produit un courrier de A _____ affirmant que l'intimé n'était pas censé procéder à cet essai. Ce courrier n'a toutefois également pas été confirmé sous la foi du serment, de sorte qu'il faut lui dénier toute valeur probante. Il n'apparaît au demeurant pas évident que le fait de tester le fonctionnement d'une installation mise en place constitue une faute de la part de l'employé. N'ayant ni prouvé le dommage ni démontré que l'intimé a commis une faute engageant sa responsabilité, l'appelante doit être déboutée de ses conclusions en réparation du prétendu dommage subi.

- 5.** En dernier lieu, l'appelante recalcule la différence de salaire due pour chaque année en déduisant les montants résultant du nombre d'heures travaillées multipliées par le tarif CCT des montants bruts qu'elle a versés. Elle ne conteste pas le tarif horaire appliqué ni le nombre d'heures retenu, à l'exception de l'estimation faite par le Tribunal des heures de travail accomplies par l'intimé du 12 novembre au 31 décembre 1999.
- 5.1** Dès lors que les montants bruts versés à l'employé comportent parfois d'autres postes que ceux se rapportant aux heures de travail accomplies (part de 13^e salaire, de vacances, remboursement de frais), il n'est pas possible de tenir compte de ces autres postes pour déterminer le montant dû au titre de rattrapage de salaire. Il faut en effet comparer des postes identiques, soit uniquement le nombre d'heures de travail (non contesté), l'intimé n'ayant au demeurant pas réclaté de différence de salaire sur les indemnités de vacances ni le 13^e salaire. Les premiers juges ont ainsi correctement déterminé le montant dû en multipliant la différence de salaire par le nombre d'heures travaillées.
- 5.2** Quant à la manière dont les premiers juges ont établi le nombre d'heures travaillées en 1999, elle ne prête pas le flanc à la critique. S'il est exact qu'il

appartenait à l'intimé de prouver le nombre d'heures accomplies en 1999, il ne peut lui être reproché de ne plus être en possession du détail de celles-ci. En tant que particulier, l'intimé n'a, contrairement à l'appelante, aucune obligation légale de conserver des pièces comptables pendant dix ans (cf. art. 957 et 962 CO). Il a ainsi sollicité de la part de l'appelante la production de ces pièces, ce à quoi celle-ci s'est engagée lors de l'audience du 9 février 2005. L'appelante ne conteste pas que l'intimé a travaillé en 1999 pour elle (cf. mémoire du 24.12.2004 p. 2; appel p.16). Elle fait uniquement valoir qu'elle ne possède plus les bulletins de salaire de 1999, de sorte que l'intimé aurait échoué dans la preuve du nombre d'heures travaillées en 1999. L'impossibilité de se fonder sur des pièces pour déterminer le nombre d'heures travaillées en 1999 ne devait pas, contrairement à ce que souhaiterait l'appelante, conduire les premiers juges à écarter la prétention de l'intimé à cet égard. Ils étaient tout à fait fondés à apprécier les autres preuves en leur possession, soit notamment les relevés d'heures travaillées en 2000, pour en déduire une moyenne du nombre d'heures accomplies et la reporter sur la période allant du 12 novembre au 31 décembre 1999.

En tous points mal fondé, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

6. La procédure étant gratuite, il n'est pas alloué de dépens (art. 343 CO, 76 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Chambre d'appel des Prud'hommes, groupe 5,

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté le 1^{er} juillet 2005 par E _____ SA contre le jugement TRPH/421/2005 prononcé le 30 mai 2005 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/25848/2004.

Au fond :

- Rejette l'appel et confirme le jugement attaqué.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente