



E _____ Sàrl

Dom. élu : Me Alain De Mitri
Rue du Rhône 11
Case postale 5222
1211 Genève 11

Partie appelante

Monsieur T _____

Dom. élu : Syndicat
Interprofessionnel des travailleurs et
travailleuses
Rue des Chaudronnier 13
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 9 janvier 2008

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Jean-François HUGUET et Laurent VELIN, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Claude Elie CERUTTI, juges salariés

Mme Béatrice ANTOINE, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé à l'office postal le 26 avril 2007, reçu à la Juridiction des prud'hommes de Genève le 27 avril 2007, E_____ Sàrl appelle d'un jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 23 mars 2007, dans la cause n° C/26947/2006-4, expédié pour notification aux parties le 26 mars 2007, dont le dispositif est le suivant :

- Condamne E_____ Sàrl à payer à T_____ la somme brute de fr. 36.55 (trente six francs et cinquante cinq centimes), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 20 juillet 2006;
- Condamne E_____ Sàrl à payer à T_____ la somme nette de fr. 13'716.44 (treize mille sept cent seize francs et quarante quatre centimes), plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 20 juillet 2006;
- Déboute les parties de toute autre conclusion;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

En substance, le Tribunal des prud'hommes a considéré qu'il convenait d'appliquer la majoration en temps de 6 minutes par heure (10 %), y compris pour le calcul d'indemnité des vacances. Il a appliqué strictement l'article 9 al. 3 de la CCT de la branche de la sécurité du 4 septembre 2003. La différence à verser pour la période de janvier à mai 2006 s'élevait à fr. 36.55 brut. D'autre part, le Tribunal des prud'hommes a considéré que l'employeur n'avait pas apporté la preuve d'avoir indiqué à T_____ que sa mission auprès de A_____ prenait fin le 13 mai et non le 31 mai 2006. Dès lors, au moment où il s'est déclaré malade le 14 mai, le travailleur était encore sous contrat. Le Tribunal a admis que T_____ avait prouvé que l'incapacité de travail totale avait commencé le 14 mai 2006 et il a calculé l'indemnité journalière de fr. 106.14 (132.67 x 80 %), dès le 3^{ème} jour de maladie, soit dès le 16 mai. L'employeur ayant contracté une police d'assurance perte de gain maladie, l'indemnité versée pour la période du 16 mai 2006 au 28 septembre 2006 soit 136 jours représente fr. 14'435.05, montant réduit à fr. 13'716.44 pour ne pas statuer *ultra petita*.

Outre la demande de réouverture d'enquête et l'audition de deux témoins, l'appelante conclut à ce que T_____ soit débouté de toutes ses conclusions.

Dans son mémoire d'appel, E_____ ne critique pas le dispositif du jugement en tant qu'il l'a condamnée à payer en fr. 36.55. A l'audience de ce jour, l'appelante n'a pas formulé de grief à cet égard. Dès lors, le jugement sera confirmé en ce qui concerne ce point du dispositif.

L'appelante expose et offre de prouver, qu'elle a bien communiqué à T_____, à mi-avril 2006, que sa mission de surveillance du site de A_____ prenait fin le

13 mai 2006 et non le 31 mai . Son employé a eu un malaise le 11 mai 2006 sur son lieu de travail mais il a effectivement travaillé jusqu'au 13 mai dernier jour du contrat. Lorsque la maladie s'est déclarée, les parties n'étaient plus liées par un contrat de travail. E_____ invoque les contradictions des différents certificats médicaux. Elle estime que le certificat du 7 juin 2006 déclarant T_____ apte à travailler à 100 % n'aurait pas dû être écarté.

Dans son mémoire de réponse, déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 31 mai 2007, T_____ conclut à la confirmation du jugement. Selon lui, la pièce no 1 déf. , qui ne peut être qualifiée de planning, n'a pas pu être remise à l'employé au courant d'avril 2006. Il ressort clairement de la pièce 21 que son emploi auprès de A_____ avait été planifié pour tout le mois de mai 2006.

A l'audience du 12 septembre 2007, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E_____ s'occupe de recrutement et de placement de personnel stable ou intermédiaire dans le domaine de la sécurité. Elle a engagé T_____ le 25 décembre 2005, en qualité d'agent de sécurité. Le contrat de travail prévoyait que l'employeur n'a pas l'obligation de proposer des missions à l'employé.

Chaque nouvelle mission donne lieu à la conclusion d'un contrat spécifique précisant notamment le début de la mission ainsi que sa durée approximative. Le contrat prévoyait également (art. 3.7) que lorsqu'une entreprise de mission est soumise à une CCT avec déclaration d'extension, E_____ applique à l'employé les dispositions conventionnelles relatives notamment au salaire et la durée de travail. Enfin, il est précisé que, durant la mission, l'employé est assuré contre la perte de gain en cas de maladie payée dès le 3^{ème} jour et égale à 80 % du gain journalier moyen depuis le début de l'année. Ces prestations remplaçant l'obligation de verser le salaire selon l'article 324a CO, à charge de l'employé de présenter dans les 3 jours un certificat médical valable. Pour ce qui concerne la résiliation des rapports de travail, il est stipulé (art. 3.10.1) que le contrat prend fin automatiquement à l'échéance de la mission. Le contrat peut être résilié avant son terme. Le délai de congé est de 2 jours ouvrables durant les 3 premiers mois d'une mission ininterrompue, 7 jours ouvrables entre le 4^{ème} et 6^{ème} mois et d'un mois à partir du 7^{ème} mois.

- b) Le même jour, soit le 24 décembre 2005, un contrat de mission était signé par les parties. Il s'agissait d'une mission de surveillance à A_____ pour le compte de la société B_____ SA. Ce contrat stipulait que l'emploi était pour une durée maximale de 3 mois, au cours de laquelle le contrat de travail pouvait être résilié en observant un délai de congé d'au moins 2 jours. A défaut d'être résilié, le contrat expirait au bout de 3 mois. S'il était ensuite renouvelé par contrat tacite, il devait être considéré comme prolongé pour une durée indéterminée. Le salaire

horaire de base était de fr. 21.23, plus fr. 1.77 pour les vacances, soit fr. 23.00 au total.

- c) Le même jour, E_____ a remis à son employé le document d'assurance maladie collective perte de gain indiquant l'indemnité journalière de 80 % du salaire avec un délai d'attente de 3 jours et une durée de prestations de 730 jours, sous déduction du délai d'attente.
- d) En ce qui concerne les relations entre E_____ et B_____ SA, cette dernière a utilisé ses propres collaborateurs et n'a recouru à la main d'œuvre du loueur de services qu'en cas de lacune de son propre personnel. C'est ainsi que B_____ SA pouvait remettre à E_____ des plannings qui pouvaient être modifiés ultérieurement en fonction de ses propres besoins. Il est établi que les plannings sont revus et modifiés en cas d'imprévus tels que des absences pour cause de maladie. Chez B_____ SA, c'est C_____ qui prépare les programmes qu'il transmet au responsable de planification, D_____. Les plannings sont communiqués aux agents et aux sociétés de location toujours 15 jours avant la fin du mois. Ils sont régulièrement adaptés au changement de situation, soit changement de la charge ou absence des agents (témoin F_____).
- e) Mi-avril 2006, B_____ SA a informé E_____ qu'elle allait progressivement réduire le recours à ses services. Le témoin D_____ est planificateur auprès de la société B_____ SA, c'est lui qui donne les horaires et les missions aux agents. Il établit des plannings sur tableaux « excel » qu'il distribue aux employés concernés. Les plannings étaient remis 15 jours à l'avance au moins, soit au chef de mission en l'occurrence G_____, soit directement aux employés s'ils travaillaient sur le site, ou par internet. Une copie de ces plannings est remise à E_____. Selon D_____, les plannings peuvent être modifiés tous les jours. Selon lui, F_____ ne s'occupe pas de la planification et ne regardait que rarement les plannings. En ce qui concerne les planifications d'agent de sécurité pour le site de A_____ en mai 2006, il est constant que la mission était de courte durée et qu'elle devait se terminer à fin mai. Ainsi, tous les agents devaient terminer cette mission à la fin du mois concerné.
- f) Pour ce qui concerne T_____, le témoin D_____ a indiqué avoir remis le planning de présence à A_____ en mai 2006, le 2 ou 3 au plus tard. Il s'agit de la pièce n°1 VNV à l'audience du 12 septembre 2007. Il ressort de ce document que l'intimé devait travailler sur le site A_____ encore le samedi 13 mai 2006, puis plus du tout.
- g) Le premier planning (pièce n° 3 dem.) avait été remis à l'intimé mais antérieurement. Pour le témoin D_____, les deux plannings (pièces n° 1 et 3) ont été remis à T_____ à des dates différentes, la pièce no 1 en second lieu (p.v d'enquêtes p. 2). Ce fait est constant et est retenu comme établi par la Cour.

- h) Le 11 mai 2006, T_____ a eu un malaise et a vomi durant son service. Il a toutefois travaillé le samedi 13 mai 2006.
- i) L'intimé a consulté le Docteur H_____ le 15 mai 2006, en urgence. Ce praticien a établi un certificat médical daté du 15 mai 2006 constatant une incapacité de travail depuis le 12 mai 2006 pour une durée de quelques semaines. Un certificat daté du même jour constatait l'incapacité de travail mais depuis le 14 mai 2006 seulement. Le Docteur H_____ (pv d'enquêtes p. 4) a expliqué qu'il y a eu une confusion, son patient lui ayant déclaré, lors de la consultation du 15 mai 2006, qu'il était malade depuis le 12 mai 2006, ce qu'il a rectifié téléphoniquement le 16 mai 2006 en indiquant avoir travaillé le 13 mai 2006.

Le Docteur H_____, qui qualifie la maladie de gravité moyenne, a consulté son patient le 7 juin 2006 et constaté une amélioration de son état de santé. Il a alors établi un certificat de reprise du travail. Quelques jours plus tard, il a constaté que l'amélioration ne s'était pas stabilisée et il reviendra sur son avis. Il attestera enfin d'une reprise du travail à compter du 28 septembre 2006, après avoir eu un entretien téléphonique de son patient l'informant que celui-ci avait retrouvé du travail. L'appelante a certes contesté la valeur de ces certificats médicaux. Il est toutefois difficile de les infirmer au moyen d'une expertise *a posteriori*.

- j) F_____, directeur exécutif de B_____ SA, s'était plaint du comportement de T_____, ceci à deux reprises. La seconde fois lorsque celui-ci a vomi dans les toilettes de A_____ et qu'il aurait tenu des propos injurieux à l'égard d'un nettoyeur. Il dit avoir pris la décision, communiquée à D_____ et C_____, de ne plus voir T_____ sur le site. Selon lui, le planning prévoyait au départ que T_____ assurait la mission sur le site A_____ jusqu'au 31 mai 2006 et qu'après l'incident du 12 mai 2006, cette personne n'a plus été mise à disposition et aurait été remplacée par I_____.

La Cour relève cependant que le témoin D_____ a indiqué que F_____ ne s'occupe pas de la planification et ne regardait que rarement les plannings. A l'audience du 12 septembre, il a contesté que ce dernier lui aurait dit, autour du 15 mai 2006, qu'il ne voulait plus de T_____ comme agent. Selon lui, I_____ n'a pas été engagé en remplaçant de l'intimé. Cette personne avait d'ailleurs déjà travaillé sur le site de A_____ en début 2006.

- k) Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 7 novembre 2006, T_____ a assigné le E_____ en paiement de fr. 13'752.99 plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 20 juillet 2006. Ladite somme se décompose comme suit :

- fr. 13'716.44 net, à titre d'indemnités journalières du 14 mai au 28 septembre 2006;
- fr. 36.55 brut, à titre de différence de salaire de janvier à mai 2006.

- 1) 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_____ Sàrl est recevable.
2. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, n°449).
3. La question de l'adaptation du salaire pour la période de janvier à mai n'étant pas contestée, elle n'est plus litigieuse de sorte que le jugement de première instance sera confirmé.

Par contre, la Cour devra s'interroger sur la date de la fin de la mission de l'intimé auprès de A_____. Est-ce le 13 mai, selon planning indiqué à la pièce n° 1 ou le 31 mai 2006 ? D'autre part, est-ce que l'employé de sécurité en a été averti à temps ?

4. Selon l'article 8 CCS, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. La maxime inquisitoriale ne dispense pas les parties d'alléguer les faits et d'en apporter la preuve. Il n'empêche que dans les litiges prud'homaux, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 343 ch. 4 CO).

Selon l'article 196 LPC, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires. Cette faculté ne le dispense pas de motiver dans son jugement à partir de quelle pièce ou de quelle déclaration il tient un fait pour établi. En particulier, il ne peut écarter sans motif suffisant des témoignages précis alors qu'aucune déposition contraire n'a été recueillie (ATF 98 Ia 140= Jdt 1972 p. 564; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, *Commentaire LPC ad art. 196*). Cela étant, le juge choisit librement entre des preuves contradictoires ou des indices contraires (Hohl, *Procédure civile p.212*).

5. Dans le cas d'espèce, la Cour a acquis la conviction que la pièce n° 1 (VNV du 12 septembre 2007) a bien été établie postérieurement à la pièce n° 3. Le témoin D_____, responsable de la planification de la société B_____ SA, n'a d'ailleurs aucune raison objective de ne pas dire la vérité. Il n'est pas salarié de E_____ et doit savoir que, dans tous les cas, c'est l'assurance perte de gain maladie qui devrait prendre en charge le 80% du salaire de l'intimé. Son témoignage sera reconnu comme digne de foi. Il ressort de ce témoignage que le planning indiqué sur la pièce n° 1 a bien été remis au représentant de E_____, G_____, au plus tard le 2 ou 3 mai 2006 au plus tard, et non pas après l'incident du 12 mai. Il

ressort clairement de ce planning que l'intimé ne devait plus travailler sur le site de A_____ après le 13 mai 2006. De plus, le directeur de E_____ a indiqué avoir informé T_____ de la modification de ce planning.

Le témoin F_____ a indiqué avoir signifié, mi-avril, à E_____ que B_____ SA souhaitait réduire le recours à ses services. Ce témoin a indiqué que le planning prévoyait au départ que T_____ assurerait la mission sur le site de A_____ jusqu'au 31 mai 2006. Selon lui, la modification du planning de l'intimé est consécutive à l'incident du 12 mai. Ce témoignage est contradictoire avec celui de D_____. Cependant ce dernier a indiqué que F_____ ne s'occupe pas de la planification et ne regardait que rarement les plannings. Il conteste que ce dernier lui aurait dit, autour du 15 mai, qu'il ne voulait plus de l'engagement de T_____. Dans ces circonstances, la Cour retiendra cette version comme la plus crédible.

Dans la mesure où le second planning (pièce n° 1 VNV du 12 septembre 2007) a bien été établi au début du mois de mai, au plus tard, on ne voit pas pourquoi ce document n'aurait pas été remis à l'intimé afin qu'il soit informé que sa mission prenait fin le 13 mai 2006.

6. A teneur de l'article 19 al. 4 LSE, lorsque l'engagement est d'une durée indéterminée, le contrat de travail peut, pendant les six premiers mois de service, être résilié par les parties moyennant un délai de congé de 7 jours au moins entre le 4^{ème} et le 6^{ème} mois d'un emploi interrompu. Dans le cas d'espèce, T_____ a débuté sa mission auprès de B_____ SA le 24 décembre 2005. Son dernier jour de travail a été le 13 mai 2006 de sorte que le contrat a bien été résilié moyennant un délai de congé de 7 jours. Dès lors, en informant T_____ au plus tard le 3 mai 2006 que sa mission prendrait fin le 13 mai 2006, l'employeur a respecté le délai de résiliation du contrat.
7. La Cour considère dès lors que le contrat avait bien pris fin lorsque la maladie a été déclarée. La demande en paiement d'indemnités perte de gain pour la période du 14 mai au 28 septembre 2006 doit donc être déclarée comme infondée. Les déclarations de l'employeur, corroborées par le témoignage de D_____, sont d'autant plus crédibles que l'on sait que E_____ n'aurait rien eu à déboursé puisque l'assurance perte de gain maladie aurait dû intervenir.

Le jugement querellé sera annulé sur ce point.

8. Selon l'article 76 al.1 LJP la procédure prud'homale est gratuite pour les parties.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E_____ Sàrl contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 23 mars 2007 dans la cause no C/26947/2006-4.

Au fond :

- Confirme ledit jugement en tant qu'il :
 - condamne E_____ Sàrl à payer à T_____ la somme brute de fr. 35.55, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 20 juillet 2006.
 - invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles
- Annule ledit jugement pour le surplus

Statuant à nouveau :

- Déboute T_____ de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président