



E _____
c/o _____
Route _____
12 _____

Partie appelante

T _____
Chemin _____
12 _____

Partie intimée

CAISSE DE CHOMAGE _____
Rue _____
Case postale _____
12 _____

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRET

du jeudi 12 février 2004

M. Louis PEILA, président

M. Eric DUFRESNE et Gérard LAEDERACH, juges employeurs

M. Floriano LUZIO et Alexandre-Frédéric LAMY, juges salariés

M. Serge HADJADJ, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 22 novembre 2002, T_____ a assigné E_____ en paiement de 12'374 fr. 80. Cette somme se décompose ainsi :

- 8'643 fr. 04 à titre de salaire pour octobre à décembre 2002;
- 3'731 fr. 76 à titre de congé abusif.

E_____ a d'emblée contesté ces prétentions.

B. Par jugement du 5 mai 2003, notifié par pli recommandé du 24 septembre 2003, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ à payer à T_____ la somme brute de 9'582 fr. 40, plus intérêts à 5% l'an dès le 22 novembre 2002, sous déduction de la somme nette de 4'910 fr. 35 plus intérêts à 5% dès le 26 novembre 2002 à verser la Caisse de chômage _____.

Le Tribunal a admis sa compétence et l'application du droit suisse, ainsi que la référence à la convention collective du secteur principal de la construction en Suisse. Il a considéré que l'abandon de travail de courte durée de T_____ ne correspondait pas à un abandon de travail justifiant un licenciement, que le travailleur n'avait jamais eu l'intention de résilier son contrat et que c'était l'employeur qui avait mis fin aux rapports de travail. En conséquence, s'agissant d'un contrat de durée déterminée, T_____ avait droit à sa rémunération jusqu'à la fin des rapports prévus, soit jusqu'au 20 décembre 2002, y compris le droit aux vacances et au treizième salaire. Le Tribunal a usé de son pouvoir d'appréciation pour ne pas allouer d'indemnité au demandeur sur la base de l'art. 337 c al. 3 CO en raison de la brièveté des relations de travail et de l'absence de faute grave de l'employeur.

C. Par acte déposé le 27 octobre 2003, E_____ appelle de cette décision et

conclut au déboutement intégral des prétentions de T_____. Elle se prévaut de l'absence de T_____ du jeudi en fin de matinée jusqu'au lundi après-midi suivant pour en déduire que le travailleur avait abandonné son emploi et n'avait en conséquence droit à aucune rémunération. E_____ prétend également que T_____ a donné son congé, acte formateur qu'elle a accepté, et qu'il est malvenu en conséquence de solliciter le paiement de son salaire.

Par mémoire du 25 novembre 2003, T_____ conclut au rejet de l'appel. Il affirme n'avoir pas voulu abandonner son emploi et avoir simplement quitté le chantier en raison de l'absence de protection fournie par l'employeur au vu des conditions atmosphériques. Il forme un appel incident et reprend ses conclusions tendant au versement d'une indemnité pour résiliation injustifiée et soutient que le calcul des vacances et du treizième salaire n'a pas porté sur les salaires globaux.

Devant la Cour d'appel, les parties ont confirmé leurs conclusions, n'ayant rien à ajouter à leurs écritures ou à leurs dépositions.

- D. Il ressort de la procédure les éléments suivants :
- a. T_____, né en 1970, a été engagé le 8 octobre 2002 par E_____ en qualité de manœuvre.

Selon le contrat de travail signé le jour en question, l'engagement était prévu pour une durée déterminée, échéant le 20 décembre 2002, et le salaire horaire convenu s'élevait à 21 fr. 90 brut.

- b. Le matin du jeudi 17 octobre 2002, alors qu'il pleuvait très fort, T_____ avait pour tâche de décharger des palettes de carrelage. Le déplacement nécessaire s'effectuait d'une camionnette sise à l'extérieur d'un bâtiment à l'ascenseur de celui-ci, sis à l'intérieur. La distance totale était de 3 mètres, dont au maximum deux mètres à l'extérieur.

Selon le chauffeur de la camionnette, qui ne l'a pas aidé, A_____, seul témoin de cette activité, le déchargement a duré environ trois quart d'heure. Lorsque A_____ a pris sa pause à 9h00, T_____ s'y trouvait déjà. A 10h30, T_____ a quitté le chantier pour n'y plus reparaître.

A_____ a encore exposé qu'il n'avait pu remettre à T_____ la pèlerine que celui-ci lui demandait, car il n'y en avait pas sur ce chantier.

- c. T_____ ne s'est pas rendu au travail le jeudi après-midi. Le lendemain, il est allé voir son placeur au chômage.
- d. Le lundi suivant 21 octobre, vers 17h00, après avoir pris rendez-vous par téléphone dans la journée, T_____ a rencontré son employeur. A la fin de l'entretien, E_____ a proposé à T_____ de signer une lettre mentionnant que la société acceptait de mettre un terme aux rapports de travail à la demande du travailleur. Ce dernier n'a pas signé cette lettre.
- e. Par courrier du 24 octobre 2002, le syndicat a informé E_____ de ce que T_____ avait quitté son emploi en raison de ses conditions de travail, soit l'absence d'habits adéquats le jour en question et, plus généralement, en raison de l'utilisation de machines sans masque de protection. Ce courrier précisait que T_____ restait disposé à travailler dans un cadre respectant les règles conventionnelles et qu'il attendait en conséquence les directives de son employeur.
- f. E_____ a répondu directement à T_____ le 25 octobre 2002 en lui faisant parvenir la lettre de licenciement qu'il n'avait pas signée 4 jours plus tôt. A cette occasion, E_____ lui communiquait son certificat d'assurance AVS-AI et lui versait un salaire de 1'484 fr. 50 pour les jours travaillés en octobre 2002, participation au treizième salaire inclus. Le droit aux vacances, à hauteur de 160 fr. 20 figurait sur ce décompte en sus.

EN DROIT

1. Interjetés dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), les appels principal et incident sont recevables.
2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce.

Les parties étaient par ailleurs soumises aux dispositions de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse 1998-2000 (CN 2000) du 13 février 1998 (ci-après CN).

3. L'appelante prétend finalement, à suivre l'argumentation exposée devant les juges de la Chambre d'appel, qu'elle ne doit rien à l'intimé car ce dernier lui a donné son congé, ce qu'elle a accepté.

L'intimé le nie.

Partant, en application des règles tant cantonales que fédérales relatives au fardeau de la preuve et à l'appréciation des preuves, la version de l'appelante ne saurait être retenue que si elle en apporte la démonstration.

De fait, seuls les courriers de l'appelante confirment sa thèse, ce qui est insuffisant. Aucune pièce ne relevant pas de la sphère directe de l'employeur ne confirme les certitudes de celui-ci. Aucun témoignage n'en étaye le propos. A l'inverse, la lettre du représentant de l'employé propose les services de ce dernier trois jours après la dernière entrevue entre les parties.

Il s'ensuit que les preuves rapportées ne permettent manifestement pas de retenir que l'intimé avait valablement donné son congé.

Dès lors, s'agissant d'un contrat à terme fixe, l'intimé a droit à l'intégralité de son salaire, y compris sa participation aux vacances et au treizième

salaire, pour autant qu'il n'y a pas abandon d'emploi.

- 4.1. 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 (Staehelin, Commentaire zurichois, n. 5 ad art. 337d CO; moins clair: Rehbinder, Commentaire bernois, n. 1 ad art. 337d CO; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^{ème} éd., p. 392). 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).

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 (sur le principe de la confiance: ATF 123 III 165 consid. 3a; 122 III 106 consid. 5a, 420 consid. 3a). Contrairement aux constatations sur la volonté réelle et concordante des parties, le résultat de l'interprétation objective est une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir en instance de réforme (ATF 123 III 165 consid. 3a; 121 III 118 consid. 4b/aa; 119 II 449 consid. 3a).

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 s'attendre à ce que le salarié qui quitte abruptement son emploi 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 que l'employeur tire une telle conclusion de son comportement.

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 (Rémy WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 388 ; ATF 108 II 301 consid. 3b). 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).

Dans les situations intermédiaires, il faut trancher selon le principe de la confiance, à la lumière des circonstances du cas particulier.

- 4.2. En l'espèce, l'intimé a quitté abruptement son emploi, mais dans des conditions climatologiques particulières, qui auraient nécessité de la part de l'employeur la fourniture de vêtements de protection. L'intimé est revenu sur son lieu de travail deux jours ouvrables plus tard, durant l'après-midi. Entre-temps, l'appelante ne l'a pas mis en demeure de se présenter ou de reprendre ses activités.

Au vu des principes énoncés ci-dessus, la durée d'absence de l'intimé ne saurait constituer un abandon d'emploi dont l'appelante pouvait juridiquement se prévaloir. Cette absence ne justifiait pas les mesures prises par l'appelante.

5. Lorsque la résiliation immédiate du contrat est injustifiée, la partie demanderesse a droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO).

Selon l'alinéa 3 de cette disposition, le juge peut de surcroît condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant. Cette disposition ne limite pas le pouvoir d'appréciation du juge, lequel peut également tenir compte d'une faute concomitante du travailleur.

En l'espèce, eu égard à la brièveté des relations de travail et à l'attitude de l'intimé qui n'a pas donné de nouvelles pendant plus de deux jours et qui en a attendu quatre supplémentaires pour signifier à son employeur qu'il attendait les directives nécessaires à la reprise du travail, la Chambre d'appel considère avec les premiers juges qu'il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité à l'intimé.

6. Les parties remettent en cause le montant dû à l'intimé, soit intégralement, soit sur des détails. Il convient en conséquence de le recalculer.

En octobre, l'intimé a été rémunéré, vacances et participation au treizième mois inclus, jusqu'au 17. Passé cette date, l'intimé n'a offert ses services que par courrier du jeudi 24 octobre 2002, ce qui permet au mieux de la protection de ses intérêts de considérer qu'il a droit à son salaire horaire dès le lendemain.

Ne sont donc dus que 5 jours à huit heures par jour pour le mois d'octobre, contrairement à ce que le Tribunal a retenu (salaire dès le premier jour d'absence), soit 876 fr. brut. Les calculs opérés pour les mois de novembre et de décembre ne sont pas critiquables. En conséquence, l'intimé a droit à 7'183 fr. 20 à titre de salaire horaire dès l'offre de reprise de travail et jusqu'à l'échéance de son contrat.

Il a droit en sus à une participation aux vacances de 10,6 %, compte tenu

de son âge (art. 34 CN) et de 8,3 % à titre de treizième mois (art. 49, 50 CN), soit respectivement 761 fr. 40 et 596 fr. 20.

Les droits salariaux de l'intimé s'élèvent donc à 8'540 fr. 80 et le jugement entrepris sera modifié en ce sens.

7. L'application de l'art. 29 al. 2 LACI n'a à juste titre pas été contestée en l'espèce et la somme de 4'910 fr. 35 net devra être acquittée en mains de la caisse de chômage par l'appelante.
8. Les circonstances du cas d'espèce ne justifient pas le prononcé d'un émolument.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevables les appels interjetés par T_____ et E_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu suite à la délibération du 5 mai 2003 dans la cause C/28078/2002-1;

Au fond :

Annule ledit jugement;

Statuant à nouveau :

Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de 8'540 fr. 80 plus intérêts à 5% dès le 22 novembre 2002, sous déduction de la somme nette de 4'910 fr. 35 plus intérêts à 5% dès le 26 novembre 2002 ;

Condamne E_____ à payer à la Caisse de chômage du SIT la somme nette de 4'910 fr. 35 plus intérêts à 5% dès le 26 novembre 2002 ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président