



E_____ Sàrl
Dom. élu: Me Claude-Alain BOILLAT
Rue Eynard 8
1205 Genève

T_____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 20 février 2008

M. Blaise GROSJEAN, président

Mme Véronique STOFER et M. Jean Claude GAUTHEY, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Silvano PIZZA, juges salariés

M. Endri GEGA, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé à l'office postal le 12 août 2007, E_____ Sàrl appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes du 10 juillet 2007, dans la cause n° C/3678/2007-1, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 11 juillet 2007, dont le dispositif est le suivant :

- déclare irrecevable la demande en constatation de la caducité de la clause de non-concurrence formée par T_____ le 28 février 2007;
- déclare recevable pour le surplus la demande formée le 23 février 2007 et amplifiée le 20 mars 2007 par T_____ contre E_____ Sàrl;

Cela fait :

- donne acte à E_____ Sàrl de ce qu'elle reconnaît devoir à T_____ le montant brut de fr. 2'475.00 (deux mille quatre cent septante cinq francs); la condamne au paiement dudit montant en tant que de besoin;
- condamne E_____ Sàrl à verser à T_____ la somme brute de fr. 34'725.05 (trente quatre mille sept cent vingt cinq et cinq centimes);
- invite E_____ Sàrl à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- condamne E_____ Sàrl à établir et transmettre à T_____ les fiches de salaire relatives aux mois de décembre 2006 et janvier 2007, ainsi qu'un certificat de travail conforme à l'article 330a al. 1 CO;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a considéré que T_____ n'avait pas un intérêt actuel à faire constater la clause de la non concurrence. Il a ensuite considéré que la Convention nationale pour le secteur principal de la construction était applicable. Dès lors, T_____ avait droit au salaire prévu par ladite convention, plus un 13^{ème} salaire. L'employeur a ainsi été condamné à verser la différence. Le Tribunal a en outre considéré que le licenciement immédiat pour justes motifs était infondé de sorte que l'employeur a été condamné à payer le salaire jusqu'à l'échéance du délai contractuel, soit jusqu'au 31 décembre 2006, délai reporté d'un mois en raison de l'incapacité de travail de l'employé. Par contre, l'employeur n'a pas été condamné au versement d'une indemnité supplémentaire pour

licenciement immédiat injustifié et n'a pas octroyé une indemnité de fr. 140'000.00 à titre compensatoire à la prohibition de concurrence.

Par demande adressée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 23 février 2007, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 66'792.60 avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 7 décembre 2006. Il concluait à la délivrance de certificats de salaire et de travail, d'une attestation de chômage, des fiches de paye d'octobre 2006 à janvier 2007 et à la constatation de la caducité de la clause de prohibition de concurrence. Le 20 mars 2007, T_____ a augmenté sa demande en réclamant fr. 140'000.00 d'indemnité compensatrices de l'interdiction de faire concurrence.

Dès lors, ces conclusions, en première instance, ont été les suivantes :

- fr. 24'431.05 à titre de différences de salaire, 13^{ème} salaire compris;
- fr. 1'086.70 à titre de rémunération d'heures supplémentaires;
- fr. 2'475.00 à titre de défraiement forfaitaire;
- fr. 10'293.85 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié;
- fr. 28'506.00 à titre d'indemnités supplémentaires pour licenciement immédiat injustifié;
- fr. 140'000.00 à titre d'indemnité compensatoire à la prohibition de faire concurrence.

Dans sa réponse du 19 avril 2007, E_____ a conclu au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions. En particulier, la défenderesse a contesté être soumise à la Convention nationale du secteur principal de la construction suisse. Les prestations de maçon fournies par le demandeur n'étaient qu'accessoires et représentaient tout au plus le 5 % du travail nécessaire à la mise en place d'une piscine préfabriquée, les travaux de dallage étant au surplus régulièrement sous-traités.

Quant au licenciement immédiat, la défenderesse a allégué le comportement inadmissible au travail de son employé, ayant donné lieu à plusieurs avertissements. En particulier, T_____ avait emprunté sans autorisation le véhicule et le matériel de l'entreprise à des fins privées. De plus, après son licenciement, T_____ a refusé d'effectuer certaines tâches et a annoncé une incapacité de travail pour cause de maladie dont la réalité a été mise en doute.

L'appelant demande, préparatoirement, que la Cour ordonne à T_____ de produire tous les justificatifs relatifs aux prestations reçues de la Caisse de chômage de même que le contrat de travail conclu au mois d'avril 2007 et l'audition de Madame A_____. Au fond, il demande la mise à néant des chiffres 4 et 6 du jugement attaqué et sa confirmation pour le surplus.

Dans les écritures déposées au 4 octobre 2007, la représentante de l'intimé a demandé la confirmation du jugement.

A l'audience du 28 octobre 2007, les parties ont persisté dans leurs conclusions. T_____ a indiqué avoir reçu, à titre d'indemnité de chômage pour le mois de janvier, la somme de fr. 3'359.80 pour un gain assuré de fr. 3'900.00

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E_____ Sàrl, dont le siège est à Genève, a pour but social la commercialisation et la réalisation de piscines et de jacuzzis et d'aménagements extérieurs. Cette petite entreprise, qui compte 5 ou 6 employés, s'occupe principalement de montage de piscines en kit. Pour ce faire, il est nécessaire de couler du béton à l'intérieur des éléments préfabriqués ainsi qu'une chape au fond. Il est parfois nécessaire de poser des dalles autour des piscines. Il y a aussi des activités de terrassement, en général sous-traitées de même que de remblayage. En outre, E_____ Sàrl s'occupe de l'entretien des piscines comprenant le nettoyage et l'hivernage. La plus grosse machine utilisée par l'entreprise est une mini-pelle. Elle loue parfois des engins tels un marteau piqueur.
- b) T_____ a été engagé par E_____ Sàrl pour une durée indéterminée en qualité de : "maçon, formation piscinier" à compter du 16 mars 2005, pour un salaire mensuel brut de fr. 3'900.00, versé 12 fois l'an. L'horaire hebdomadaire flexible était de 42.5 heures. Le contrat prévoyait une indemnité forfaitaire mensuelle nette pour dépenses privées de fr. 700.00 pendant les 4 premiers mois, puis fr. 850.00 à partir du 5^{ème} mois. Par ailleurs, T_____ avait droit à quatre semaines de vacances par année. Le délai de résiliation était d'un mois pour la fin d'un mois au cours de la 1^{ère} année de service puis de deux mois. Enfin, il était stipulé une clause de non-concurrence d'une durée de trois ans dans un rayon de 100 km autour du poste de travail.
- c) T_____ a toujours reçu fr. 3'900.00 par mois, mais fr. 700.00 au lieu de fr. 850.00, à titre d'indemnité pour dépenses privées.
- d) T_____ a pris un mois de vacances fin 2005 – début 2006, incluant la période du 25 décembre 2005 au 15 janvier 2006. Le 2 octobre 2006, il a fait usage de son jour de congé en raison de la naissance de son enfant et a poursuivi ses vacances jusqu'au 23 octobre 2006.

- e) Par lettre datée du 3 octobre 2006, E_____ Sàrl a licencié T_____ pour le 31 décembre 2006.
- f) Le 31 octobre 2006, la Commission paritaire de surveillance des métiers des gros œuvres et du second œuvre Genève a procédé à un contrôle sur un chantier de E_____ Sàrl. A cette occasion, il a été mentionné le droit pour T_____ de revendiquer l'application de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse (ci-après CN).
- g) T_____ s'est trouvé dans l'incapacité de travail pour cause de maladie du 6 au 13 novembre 2006, puis du 1^{er} au 11 décembre 2006.
- h) Par courrier du 3 novembre 2006, l'employeur envoyait à son employé une lettre d'avertissement, suite à l'appel téléphonique de ce dernier avertissant qu'il était malade. Par ce courrier, l'employeur se plaignait d'un refus délibéré d'effectuer les travaux demandés sur les chantiers.
- i) Par courrier du 8 novembre 2006, le SIT représentant T_____, invoquant la CN, faisait valoir différentes prétentions, en particulier la différence de salaire, le droit à un 13^{ème} salaire et le versement de la différence de la prime mensuelle.
- j) Par courrier du 7 décembre 2006, E_____ Sàrl mettait fin avec effet immédiat pour justes motifs au contrat de travail. Elle invoquait le fait que l'employeur, s'étant rendu à plusieurs reprises au domicile de T_____, ne l'y avait point vu, alors que celui-ci se prétendait malade. L'employeur a aussi évoqué les différents avertissements dont T_____ n'aurait pas tenu compte.
- k) Le 14 décembre 2006, T_____ a contesté son licenciement avec effet immédiat, considérant celui-ci comme injustifié.
- l) 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 (G. Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, n°449).
3. La Cour de céans est amenée à se pencher sur les questions suivantes :
 - La convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse est-elle applicable au cas d'espèce ?
 - Y avait-il juste motif de licenciement immédiat ?
4. E_____ Sàrl n'a pas adhéré à la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse. Le contrat de travail signé par l'employeur le 4 mai 2005 ne contient aucune référence à ladite CN.
5. La convention collective de travail règle les conditions de travail dans une entreprise ou dans des entreprises du même secteur économique. Elle est conclue d'une part par un ou plusieurs employeurs ou par des associations d'employeurs, d'une part par des associations de travailleurs. La convention collective de travail peut être assortie de la force obligatoire lorsque le Conseil fédéral ou le canton, sur demande des associations signataires, a pris la décision de la rendre obligatoire. En pareil cas, tous les employeurs et travailleurs visés par la convention collective doivent la respecter, même s'ils ne sont pas affiliés aux organisations patronales ou syndicales signataires et même s'ils n'e l'ont pas explicitement reconnu (Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la CCT du 28 septembre 1956; RS 221.215.311).
6. La Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse a été étendue par arrêtés successifs du Conseil fédéral. L'article 2 CN prévoit que la Convention s'applique à toutes les entreprises suisses et étrangères travaillant sur le territoire suisse, respectivement les parties d'entreprise (y compris les entreprises immobilières ayant des départements correspondants) et les sous-traitants qui emploient des travailleurs tels que coffreurs, ferrailleurs ou maçons, et qui ont une activité en particulier dans les secteurs du bâtiment, de génie civil, des travaux souterrains et de construction de routes et de terrassements. Il sied de relever que les parties étaient en outre liées par la Convention collective de travail local secteur principal de la construction pour le canton de Genève, conformément à son article 1^{er}.

7. Dans le cas d'espèce, l'employé a été engagé en tant que maçon, formation piscinier. Il est vrai que le témoin A_____ (pv du 28 novembre 2007 p. 2) a indiqué que l'entreprise E_____ Sàrl cherchait, à la base, un polyvalent de préférence piscinier, qu'il soit maçon ou non. Il n'empêche que, selon ce même témoin, l'activité de T_____ a bien consisté à faire le montage de piscines en kit, ce qui nécessitait de couler du béton à l'intérieur des éléments, de préparer et couler les chapes. De plus, il a été établi par le même témoin que l'intimé s'occupait de la pose de la dalle autour des piscines et qu'il procédait à des remblayages. Sur le chantier B_____, il a fallu démonter un mur avec un marteau piqueur loué, ce qui a pris beaucoup de temps et l'intimé s'y étant employé avec les autres collaborateurs de l'entreprise. Il est vrai que l'intimé avait d'autres activités, tels le nettoyage et l'hivernage des piscines, la pose d'éléments préfabriqués etc... La Cour considère cependant que l'activité importante exercée par l'intimé correspondait bien à celle de coffreur et de maçon et que l'activité de l'appelante se déroule dans le secteur du bâtiment et de terrassement. Même si E_____ Sàrl fournit des piscines préfabriquées, on doit considérer que l'activité propre de son travailleur mettait en valeur son métier de maçon. Dès lors, la Cour de céans estime qu'il convient d'appliquer les règles de la CN. Le jugement sera confirmé sur ce point.
8. Avant de calculer la différence de salaire due, la Cour s'interrogera sur la question du licenciement immédiat pour justes motifs.

Selon l'article 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour justes motifs. Peuvent être considérés comme telles, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été précédé par un avertissement (ATF 127 III 152 consid. 1a et les réf. citées). Par manquement du travailleur, on entend la violation des obligations découlant du contrat de travail (ATF 121 III 467). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs. Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 116 II 145 ; 111 II 245). En principe, la résiliation immédiate doit être précédée d'un avertissement, à moins qu'il ne ressorte de

l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile (Rehbinder, Commentaire bernois, ad. art. 337 CO). La résiliation immédiate est une "ultima ratio" qui n'est admissible qu'en dernier ressort, lorsqu'il ne peut même plus être exigé du partenaire contractuel qu'il résilie les rapports de travail en respectant le délai ordinaire (ATF 121 III 467 ; ATF 117 II 560 ; ATF 116 II 145).

Dans le cas d'espèce, le juste motif invoqué est celui de l'absence de l'intimé à son domicile, nonobstant son incapacité de travail. Il faut tout d'abord relever que l'absence de son domicile d'une personne malade ne constitue pas une preuve qu'elle ne l'est pas. Le Juge ne peut pas refuser toute force probante à un certificat médical au seul motif que celui-ci ne donne aucune indication sur les causes de l'empêchement. Ce point est en principe couvert par le secret médical. L'employeur est cependant en droit de faire vérifier, à ses frais, l'existence et la durée de l'empêchement par un médecin conseil. Il devra le faire sans délai. Le refus de travailler de se soumettre à un tel examen pourra être l'aveu du caractère peu sérieux du certificat médical qu'il a produit (JAR 1997 p. 132). Alors qu'elle avait des doutes sur la réalité de l'incapacité de travail de l'intimé, l'appelante pouvait exiger de suite une vérification par son médecin conseil. Elle ne l'a pas fait. L'employeur n'a pas non plus demandé que soit cité comme témoin le médecin rédacteur des certificats médicaux. Elle aurait pu demander à l'intimé qu'il délie ce praticien du secret professionnel. Dès lors, l'intimé n'a pas apporté la preuve que la cause de maladie était irréaliste. Quant aux autres justes motifs invoqués par l'employeur, ils ne peuvent être retenus. L'employeur a certes reproché à T_____ son refus d'exécuter le travail, mais il n'a pas fourni la moindre preuve.

Le jugement querellé sera également confirmé sur ce point.

9. En ce qui concerne le salaire dû, il conviendra d'appliquer les articles 41 et 42 CN (2005 et 2006), complétés par la Convention complémentaire à la CCT du 14 mars 2005, prévoyant que le salaire de base mensuel brut minimum pour un travailleur de la construction avec connaissances professionnelles mais sans certificat professionnel (classe de salaire B) était, à Genève de fr. 4'645.00 en 2005 et de fr. 4'751.00 en 2006. En plus, l'article 49 CN oblige l'employeur à verser un 13^{ème} mois de salaire dès la prise d'emploi. T_____ a régulièrement reçu fr. 3'900.00 brut par mois pendant la période des rapports contractuels, soit un total de fr. 79'875.00. Ce fait n'est d'ailleurs pas contesté. Or, T_____ aurait dû percevoir les montants suivants :

- du 16 mars 2005 au 31 janvier 2006, fr. 48'772.50 (fr. 4'645.00 x 10.5) à titre de salaire et fr. 4'064.55 (4'645.00 / 12 x 10.5) à titre de 13^{ème} salaire, soit un total brut de fr. 52'837.05;
- du 1^{er} février au 30 novembre 2006, fr. 47'510.00 (fr. 4'751.00 x 10) à titre de salaire et fr. 3'959.15 (fr. 4'751.00 / 12 x 10.5) à titre de 13^{ème} salaire, soit un total de fr. 51'469.15.

E_____ Sàrl est condamnée à verser à l'intimé la différence en fr. 24'431.20 brut.

Le jugement querellé est confirmé sur ce point. Toutefois, à l'audience du 28 novembre 2007, T_____ a admis avoir reçu un montant net de fr. 3'359.80 à titre d'indemnité de chômage pour le mois de janvier, sur la base d'un gain assuré de fr. 3'900.00. Il s'avère que la Caisse de chômage n'est pas intervenue dans le cadre de la présente procédure. Toutefois, celle-ci est subrogée dans les droits de l'assuré à concurrence des montants qu'elle a payés. Il en résulte que l'intimé ne saurait percevoir deux fois le même montant, sauf à s'enrichir indûment. Par ailleurs, l'intimé ne peut encaisser ce montant pour compte de la Caisse de chômage. Il conviendra dès lors de déduire de la somme de fr. 24'431.20, le montant net de fr. 3'359.80 (selon décompte de la Caisse de chômage du 5 février 2007 ; pièce n° 14/1).

10. Selon l'article 84 LJP, la procédure est gratuite pour les parties ; toutefois, selon l'article 78 LJP, l'émolument d'appel peut être mis à charge de la partie qui succombe. L'émolument d'appel par fr. 440.00 est à charge de E_____ Sàrl.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E_____ Sàrl contre le jugement du tribunal des Prud'hommes rendu le 10 juillet dans la cause C/3678/2007-1.

Au fond :

- Confirme ledit jugement.
- Dit qu'il y a lieu d'imputer de la somme brute de fr. 34'725.05, la somme nette de fr. 3'359.80 déjà reçue de la Caisse de chômage.
- Déboute les parties de toute autre conclusion.
- Met à charge de l'appelante l'émolument d'appel par fr. 440.00 et dit que celui-ci reste acquis à la caisse de l'Etat.

La greffière de juridiction

Le président