



E_____ SA
Dom. élu : SAJ et CFSP
Rue de Saint-Jean 98
Case postale 5278
1211 GENEVE 11

Monsieur T_____
Dom. élu : FTMH Section Genève
Chemin du Surinam 5
Case postale 288
1211 GENEVE 13

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 30 mars 2004

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

MM. Marco BREITENMOSER et François DURET, juges employeurs

MM. Chadli MASTOURA et Francis KOHLER, juges salariés

M. Boris PERROD, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 27 octobre 2003, la société E_____ SA appelle d'un jugement rendu le 25 juin 2003 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 24 septembre 2003, jugement par lequel le Tribunal déboute cette dernière de toutes les conclusions qu'elle a prises à l'encontre de son ancien employé, T_____.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

La société E_____ SA a pour but l'exploitation sur métal et plastique, ainsi que le commerce et la représentation de divers articles (extrait du Registre du commerce, dossier Tribunal et pièce 1 déf.).

C. T_____ a été engagé par contrat de travail dans la société E_____ SA à compter du 14 janvier 2001, en qualité de graveur (pièce 1 dem.).

Cet engagement était la conséquence d'une offre de service du travailleur, lequel exploitait auparavant sa propre entreprise, nommée A_____ (pièce 2 déf.). Il ressort du *curriculum vitae* de l'intimé que celui-ci est au bénéfice d'un brevet d'études professionnelles en peintures et revêtements murs et sols ainsi que d'un certificat d'aptitudes professionnelles de peintre en lettres décorateur (pièce 2 déf.).

Sur demande de son employeur et en raison de la nationalité française du travailleur, une autorisation de travail a été obtenue en faveur de l'intimé. Celle-ci mentionne expressément que l'intimé est engagé en qualité de graveur (pièce 3 déf.).

D. Le contrat de travail prévoyait un salaire brut annuel de fr. 54'000.-- après la période d'essai (pièce 1, ch. 6 dem.) et de fr. 3'740.-- durant ladite période d'essai dont la durée était fixée à trois mois (*idem*, ch. 12).

En cas d'absence pour cause d'accident, le salaire devait être versé à 100% durant 720 jours au maximum (*idem*, ch. 9), le minimum résultant du Code des obligations étant applicable en cas d'absence pour cause de maladie (*idem*, ch. 10).

E. La société était également soumise aux Usages professionnels de la mécanique en vigueur à Genève, ci-après Usages (pièce 2 dem.; cf. ég. pièces 3, 7 et 8 dem.)

- F. Le 16 février 2001, le travailleur a été victime d'un grave accident de la route. Il s'est par conséquent trouvé en état d'incapacité de travail dans la mesure suivante :
- du 16 février 2001 au 6 janvier 2002 : incapacité de travail de 100%,
 - du 7 janvier 2002 au 31 août 2002 : incapacité de travail de 50%,
 - du 1^{er} septembre 2002 au 25 octobre 2002 : incapacité de travail de 25%,
 - du 26 octobre au 31 décembre 2002 : incapacité de travail de 100%.
- G. Par courrier du 25 octobre 2002, E_____ SA, se référant à « des raisons évoquées oralement », a licencié son employé avec effet au 31 décembre 2002 (pièce 4 dem. et pièce 16 déf.).
- H. Par courrier du 3 février 2003, T_____ a notamment indiqué devoir être considéré comme un travailleur qualifié selon les Usages, et réclamé la différence de salaire ainsi qu'un treizième salaire et une indemnité pour vacances non prises (pièce 5 dem.)
- I. Par ailleurs, l'employé a sollicité un avis de l'Office cantonal de l'Inspection et des Relations du Travail (ci-après, OCIRT), d'une part quant à l'application des Usages à sa situation, et d'autre part quant à la catégorie professionnelle à laquelle il convenait de le rattacher.

La représentante de l'OCIRT, B_____, a alors adressé un message décrivant le cas aux partenaires sociaux (pièce 10, p. 1 et 2 dem.) et les priant de se déterminer.

C_____ de l'Union industrielle genevoise (ci-après UIG) et D_____ de la FTMH ont répondu que les Usages étaient bien applicables à la société E_____ SA. Ils recommandaient d'appliquer au demandeur le salaire d'un travailleur qualifié (pièce 10, p. 3 et dem.).

- I. Sur l'ensemble de la durée des rapports contractuels, le travailleur a bénéficié de la rémunération brute suivante :
- janvier 2001 : fr. 1'870.-- (pièce 17 mémoire de réponse de l'intimé)
 - février 2001 à novembre 2001 fr. 3'740,15 (pièce 17 mémoire de réponse de l'intimé)
 - décembre 2001 : fr. 3'732,70 (pièce 17 mémoire de réponse de l'intimé)
 - janvier et février 2002 : fr. 3'787,40 (pièces 4 et 5 déf.)
 - mars 2002 : fr. 4'031,75 (pièces 6 déf.)

- avril à décembre 2002 : fr. 4'049,10 (pièces 7 à 15 déf.)

- J. Par demande parvenue au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 13 mars 2003, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de la somme de fr. 17'538.-- plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2003, soit fr. 9'196.-- à titre de différence de salaire pour l'année 2001, et fr. 8'342.-- à titre de différence de salaire pour l'année 2002.

A l'appui de ses conclusions, il explique qu'il aurait dû être considéré et rémunéré comme « travailleur qualifié » au sens des Usages, disposant de 8 ans de pratique et au bénéfice d'un CFC ou d'un CAP.

- K. L'audience de conciliation a eu lieu le 10 avril 2003, sans qu'un accord entre les parties ne puisse être trouvé.
- L. Par mémoire de réponse déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 12 mai 2003, la défenderesse a reconnu devoir au demandeur un montant de fr. 5'670.-- se décomposant de la manière suivante :

- fr. 3'607.20 pour la part du salaire non versée (fr. 4'049,10 versé au lieu de fr. 4'500.--) durant les mois de mai 2002 à décembre 2002, et
- fr. 2'062,50 à titre de treizième salaire.

La défenderesse a contesté les conclusions du demandeur pour le surplus.

Dans cette écriture, la défenderesse explique en substance que les Usages, applicables aux seuls graveurs en fonction de leur qualification professionnelle, ne sauraient concerner le défendeur, peintre en lettres de formation et sans aucune expérience dans le domaine de la gravure. A considérer toutefois que ces Usages s'appliquent dans le cas présent, l'intimé ne saurait être considéré et rémunéré comme « travailleur qualifié » au sens desdits Usages. Au surplus, la défenderesse ajoute que la période d'essai du demandeur a été prolongée jusqu'au 7 mai 2002 en raison de son incapacité de travail et que son treizième salaire doit être calculé en fonction des mois complets de travail en vertu de l'article 5 des Usages.

- M. A l'audience du 25 juin 2003, le demandeur a confirmé ses conclusions. Il a en outre donné diverses précisions notamment quant aux conséquences de son accident et quant au fait que ses connaissances et compétences générales étaient telles qu'il fallait effectivement le considérer comme un « travailleur qualifié » au sens des Usages.

La défenderesse a également confirmé ses conclusions. Elle a contesté les avis

émis par C_____ et D_____ en précisant que ce premier s'était rétracté. Elle a expliqué que les professions de peintre en lettres et de graveur sont tellement différentes que des compétences dans l'une sont inutiles dans l'autre. Elle a souligné que les compétences du demandeur en matière de gravure étaient limitées, n'étant capable d'effectuer que de petits travaux sur instructions et devant être considéré de ce fait comme un employé non qualifié.

Entendu en qualité de témoin, F_____ a déclaré travailler auprès de la défenderesse depuis 1999 en tant que peintre en publicité. Il a ajouté que le demandeur était aussi peintre en publicité et non pas graveur. Ce dernier n'était pas en mesure d'effectuer un travail lié à la gravure au moyen d'une disquette car il n'en avait pas les compétences nécessaires. Les travaux que F_____ lui avait donnés étaient presque exclusivement liés à la peinture en lettres dont le demandeur maîtrisait les bases.

Entendu à titre de renseignement, G_____, beau-frère du représentant de la défenderesse, a déclaré être employé auprès de cette dernière depuis 1986. Il a précisé que le demandeur était peintre en lettres et que, de ce fait, il devait le former comme graveur. La formation de ce dernier avait débuté à raison de deux jours par semaine pour se terminer le jour de son accident. Le demandeur n'avait pas eu le temps d'acquérir les connaissances et compétences nécessaires.

- N. Par jugement du 25 juin 2003, le Tribunal des Prud'hommes a pris acte que E_____ SA s'engageait à verser à T_____ la somme brute de fr. 5'760.-- plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2003 et l'y a condamnée en tant que besoin. Il a aussi condamné la défenderesse au paiement du montant brut de fr. 11'868. -- plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2003.

A l'appui de sa décision, le Tribunal a estimé que les Usages s'appliquaient au présent litige et que le demandeur devait être considéré et rémunéré comme « travailleur qualifié » au sens de l'article 3 desdits Usages. Il a de plus considéré que le temps d'essai avait été prolongé jusqu'au 5 mars 2002 conformément à l'article 335b alinéa 3 CO et que le treizième salaire était dû pro rata temporis en tenant compte des périodes d'incapacité pendant lesquelles le salaire était versé à 100%.

- O. Dans son mémoire d'appel du 27 octobre 2003, l'employeur reproche au Tribunal d'avoir erré dans la détermination des Usages en estimant qu'ils étaient applicables à l'intimé et que celui-ci devait être rémunéré comme « travailleur qualifié ». Il reproche au Tribunal d'avoir violé l'article 335b CO en considérant que le temps d'essai avait été prolongé jusqu'au 5 mars 2002. Au surplus, il conteste le montant dû à titre de treizième salaire tel qu'arrêté par le Tribunal.

A l'appui de ses conclusions, l'appelante reprend l'argumentation développée

dans son mémoire de réponse du 12 mai 2003 et produit au surplus un courrier dans lequel l'UIG, sous la plume de son secrétaire général, C_____, est d'avis que les Usages sont applicables au département « gravure » de l'appelante (pièce 17 appelante).

- P. Dans sa réponse du 26 novembre 2003, l'intimé conteste les allégués de l'appelante et conclut au rejet de l'appel. Il fait en outre valoir qu'il n'existe pas de formation spécifique au métier de graveur, l'enseignement de ce travail étant donné notamment aux peintres en lettres lors de leur formation professionnelle. Lors de son engagement, il a été affecté à un poste de graveur sur une machine où il travaillait de manière autonome.
- Q. A l'audience du 2 février 2004, les parties ont confirmé la teneur de leurs écritures respectives.

Entendu en qualité de témoin, F_____ a déclaré que l'intimé avait été engagé comme graveur. Cependant, à son retour d'accident, il a été dirigé vers l'atelier de peinture car il n'effectuait pas le travail de gravure assez rapidement.

H_____, peintre en publicité, a déclaré quant à lui n'avoir jamais eu à utiliser les usages de la mécatronique dans l'entreprise de peinture en lettres qu'il exploite. Il a précisé que, dans sa profession, il n'existe pas de convention collective de travail, que ce soit aux niveaux fédéral ou cantonal.

Enfin, C_____, secrétaire général de l'UIG, a déclaré que la convention collective de la mécatronique concernait les entreprises industrielles dans le domaine de la mécanique et de l'électronique ainsi que quelques branches annexes, notamment dans la gravure (une entreprise : I_____ SA), dans la récupération de matériaux et les logiciels adaptés à la fabrication industrielle. Il a précisé que, d'une manière générale, les Usages ne s'appliquaient pas à des entreprises de peinture en lettres. S'agissant de l'avis donné à l'OCIRT en date du 11 février 2003, il a affirmé que n'ayant pas tous les éléments en main, il s'était fourvoyé. Après s'être rendu sur place, il avait alors bien précisé que, pour l'UIG, seul le secteur gravure de l'appelante était soumis aux Usages.

Au terme de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes; ci-après LJP), l'appel de E_____ SA est recevable.
2. L'appelante conteste que l'intimé puisse être considéré comme un travailleur qualifié au sens des Usages, estimant que ces derniers seraient applicables aux seuls graveurs en fonction de leur qualification professionnelle. Au surplus, si la Cour devait considérer que lesdits Usages ne s'appliquaient pas au cas présent, celle-ci devrait reconnaître que le salaire de l'intimé était tout à fait approprié.

S'agissant de l'activité déployée par l'intimé, ce dernier a été engagé en qualité de « graveur » par contrat de travail du 13 mars 2001. Cette activité a été attestée par certificat de travail du 25 septembre 2003, lequel n'a pas été contesté par l'intimé. Au surplus, il ressort du *curriculum vitae* de l'intimé et des enquêtes que ce dernier n'est au bénéfice d'aucune expérience dans le domaine de la gravure, raison pour laquelle G_____ était chargé d'assurer sa formation de graveur à raison de deux jours par semaine (pièce 3 liste Trib.).

L'emploi convenu et déterminant est donc celui de graveur. Le fait que l'intimé ait effectué aussi des travaux de peintre en lettres suite à son accident ne saurait être interprété comme un changement de statut à défaut d'accord entre les parties à ce sujet.

Au vu de l'absence d'expérience professionnelle dans le domaine de la gravure, l'intimé ne saurait être considéré comme un travailleur professionnel expérimenté (ou « qualifié ») au sens de l'article 1a des Usages. Partant, force est de constater que le salaire versé par son employeur, soit fr. 3'740.-- puis fr. 3'787.--, fr. 4'031.--, fr. 4'049.-- et enfin fr. 4'500.--, dépasse les minima fixés par ces derniers pour les employés ne disposant pas de qualification professionnelle, mais au moins 8 ans de pratique (art. 1b des Usages), soit fr. 3'550.-- en 2001 et fr. 3'800.-- en 2002. Il s'ensuit qu'en tout état le salaire annuel de l'intimé est conforme aux minima précités. En conséquence, il sied de constater que T_____ a été rémunéré de manière idoine par son employeur.

Le jugement querellé sera donc annulé sur ce point.

3. L'appelante est d'avis que le Tribunal a violé l'article 335b CO en considérant que le temps d'essai avait été prolongé jusqu'au 5 mars 2002.

Il sied de rappeler à titre liminaire que le temps d'essai est en particulier destiné à permettre aux parties de se rendre compte si les prestations promises leur conviennent. Il doit aussi permettre d'une manière générale à chacune des parties

de disposer d'un temps de réflexion quant à un engagement de plus longue durée en fonction de leurs intérêts (Favre/Munod/Tobler, Lausanne, 2001, ad. art. 335b n. 1.1).

Selon l'article 335b alinéa 3 CO, le temps d'essai est prolongé d'autant lorsque, le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer.

Cette disposition permet, en cas d'empêchement de travailler, d'assurer l'objectif susmentionné assigné au temps d'essai. La durée de la prolongation n'est pas limitée. Elle peut donc être supérieure au temps d'essai dans son ensemble ou au temps d'essai restant à courir (JAR 2001 p. 157 cons. 1.1; Wylér, Droit du travail, Berne, 2002, p. 332). Le temps d'essai est prolongé pour une durée équivalant à l'empêchement (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2^{ème} éd., Lausanne, 1996, ad art. 335b n.2). Seule la durée effective de travail sera prise en compte à titre de temps d'essai (Favre/ Munod/ Tobler, op. cit., ad. art. 335b n. 3.1; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^{ème} éd., Berne, 1996, ad art. 335b n. 7).

En l'espèce, l'intimé travaillant à 100%, la période d'essai a couru pleinement du 14 janvier 2001 au 15 février 2001, soit un mois et deux jours. Suite à l'incapacité de travail de 100% en raison de l'accident de l'intimé, elle a été totalement suspendue du 16 février 2001 au 6 janvier 2002. L'intimé ayant repris le travail à 50% à partir du 7 janvier 2002, la période d'essai a continué à courir, à due concurrence (50%), dès cette date pour se terminer le 5 mai 2002.

En conséquence, du 14 janvier 2001 au 5 mai 2002, période d'essai, le salaire de l'intimé était de fr. 3'740.-- , respectivement fr. 3'787.-- , fr. 4'031.-- et fr. 4'049.--, puis de fr. 4'500.-- à partir du 6 mai 2002 jusqu'au 31 décembre 2002.

S'agissant de la période postérieure au temps d'essai, l'appelante reconnaît devoir la somme de fr. 3'607,20 pour la part du salaire non versée durant les mois de mai 2002 à décembre 2002. Pour la période du temps d'essai, il convient de constater que l'intimé a été correctement rétribué par son employeur, comme cela a déjà été vu.

En conséquence, la Cour de céans prend note du fait que la défenderesse reconnaît devoir un montant brut de fr. 3'607,20, lui en donne acte et l'y condamne en tant que de besoin. Pour le surplus, le jugement entrepris sera annulé sur ce point.

4. L'intimé conteste le montant dû à titre de treizième salaire tel qu'arrêté par le Tribunal.

Le treizième salaire est un salaire supplémentaire dont le montant équivaut à un

salaire mensuel et dont le versement ne dépend pas du résultat de l'exploitation, du comportement du travailleur ou encore de la continuation des rapports de travail (Favre/Munod/Tobler, *op. cit.*, ad art. 322d n. 1.8). En cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, il doit être payé en fonction de la durée de ces rapports (Favre/Munod/Tobler, *op. cit.*, ad art. 322d n. 1.8).

Faisant partie intégrante du salaire annuel, le treizième salaire est soumis au régime des articles 324a et 324b CO (Rehbinder, Berner Kommentar, n° 27 ad art. 322d CO). Ainsi, lorsque l'employeur ne doit pas le salaire en cas d'empêchement de travailler selon les articles 324a al. 1 et 324b al. 1 CO, il ne doit pas non plus le treizième salaire (ATF du 17.11.94 publié in SJ 1995 p. 784; Rehbinder, *op. cit.*, n° 17 ad art. 322d CO, Stahelin, Zürcher Kommentar, n° 22 ad art. 322d CO; Streiff/ Von Kaenel, Arbeitsvertragsrecht, n° 15 ad art. 322d CO). *A contrario*, lorsque l'employeur doit le salaire en cas d'empêchement de travailler selon les articles 324a al. 1 et 324b al. 1 CO, il doit le treizième salaire.

L'existence d'un treizième salaire ne saurait être remis en cause, l'appelante ayant reconnu dans son mémoire de réponse devoir, à ce titre, la somme de fr. 2'062,50.

Au surplus, même à supposer que les Usages soient applicables au présent litige, le paragraphe deux de l'article 5 desdits Usages, selon lequel seuls comptent les mois complets de travail, ne saurait trouver application en l'espèce étant donné que les parties ont convenu d'un régime plus favorable. En effet, en cas d'accident, l'employeur s'est engagé à verser le 100% du salaire pendant 720 jours au maximum (art. 9 du contrat de travail) et ce, conformément à l'article 324a alinéa 4 CO. Dès lors, en vertu de la doctrine et de la jurisprudence fédérale précitée, l'appelante doit aussi le treizième salaire pour les mois durant lesquels l'intimé a été empêché de travailler en raison de son accident.

Le treizième salaire se calcule donc de la manière suivante :

- a) année 2001, fr. 3'428.-- = (11/12 mois x 3'740.--),
- b) année 2002, fr. 4'291,10 se décomposant comme suit :
 - i) période d'essai du 1^{er} janvier au 5 mai 2002 : fr. 1'357,90-- = [4 mois + 5 jours/30.42)/12 mois] x 3'913.-- (salaire moyen),
 - ii) période du 6 mai au 31 décembre 2002 : fr. 2'933,20 = [7 mois + (25 jours/30.42)/12 mois] x 4'500.--.

Le montant dû à titre de treizième salaire ascende à la somme de fr. 7'719.10 (fr. 3'428.- + fr. 4'291,10) à laquelle il faut soustraire les fr. 2'062,50 reconnus par l'appelante.

La Cour condamne donc cette dernière au paiement de la somme de fr. 5'656,60

(fr. 7'719.10 – fr. 2'062,50) et prend note du fait que la défenderesse reconnaît devoir un montant brut de fr. 2'062,50, lui en donne acte et l'y condamne en tant que de besoin.

Le jugement querellé sera également annulé sur ce point.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 juin 2003 rendu en la cause n° C/4987/2003;

Au fond :

- Annule ledit jugement;

Puis statuant à nouveau :

- Donne acte à E_____ SA de ce qu'elle s'engage à payer à T_____ la somme brute de fr. 5'669,70 (cinq mille six cent soixante neuf francs et septante centimes), plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2003 et l'y condamne en tant que de besoin;
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 5'656,60 (cinq mille six cent cinquante six francs et soixante centimes), avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2003.
- Invite la partie qui en la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président