



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/5157/2004 - 1

* COUR D'APPEL*

(CAPH/15/2006)

E _____ SA
Rue _____
12 _____

Monsieur T _____
Dom. élu : Syndicat UNIA
Chemin Surinam 5
Case postale 288
1211 Genève 13

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 23 janvier 2006

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Eric DUFRESNE et Gérard LAEDERACH, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Floriano LUZIO, juges salariés

Mme Adélaïde BALP, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Par actes du 24 novembre 2004, E_____ SA appelle du jugement rendu suite à la délibération du mercredi 1^{er} septembre 2004 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 16 novembre 2004.

Le dispositif de ce jugement est le suivant :

Sur demande principale :

- dit que la conclusion de E_____ S.A. tendant à la condamnation du mandataire de T_____ à présenter des excuses écrites est irrecevable;
- déboute E_____ S.A. de toutes autres conclusions;

Sur demande reconventionnelle :

- déclare irrecevable la réplique déposée par T_____ au greffe de la juridiction des prud'hommes le 28 avril 2004;
- condamne E_____ S.A. à verser à T_____ la somme brute de fr. 6'201.60 (six mille deux cent un francs et soixante centimes) plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 17 janvier 2004;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- déboute T_____ de toutes autres conclusions.

- B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) E_____ SA est une société anonyme dont le siège est à B_____ et qui a pour but l'exploitation d'une entreprise générale du bâtiment, spécialisée dans les travaux de constructions mobilières et immobilières, dans les opérations financières, commerciales et industrielles, ainsi que dans les opérations immobilières à l'étranger.

Le 12 octobre 2000, T_____ a été engagé par cette société en qualité de manoeuvre puis d'aide peintre à plein temps pour un salaire horaire de fr. 23.--, treizième salaire inclus. Son salaire horaire a été augmenté à fr. 24.-- en janvier 2001, à fr. 25.-- en janvier 2002, à 26.-- en mai 2002 puis à fr. 27.35 en janvier 2004. T_____ travaillait neuf heures par jour à raison de cinq jours par semaine.

En été 2003, T_____ a informé son employeur de manière tardive de ce qu'il allait se faire hospitaliser.

Par lettre du 28 août 2003, E_____ SA a attiré l'attention de T_____ sur le fait qu'elle devait être avertie en temps voulu des absences prévisibles de ses employés. Elle lui a par ailleurs reproché de quitter son poste de travail ou de

prendre des vacances sans l'avertir au préalable. T_____ a ainsi été mis en demeure de se conformer à ses instructions, sans quoi il se verrait licencier avec effet immédiat.

Le 26 octobre 2003, T_____ s'est blessé en faisant de la luge, ce qui a entraîné une incapacité de travail jusqu'au 4 janvier 2004.

T_____ est toutefois retourné à son travail le 8 janvier 2004 seulement.

b) Par lettre recommandée du 9 janvier 2004, E_____ SA a résilié les rapports de travail pour le 31 mars 2004.

Le 16 janvier 2004, une altercation a eu lieu entre T_____ et son chef de chantier. T_____ s'en est ensuite allé indiquant qu'il quittait l'entreprise avec effet immédiat.

Par lettre recommandée du même jour, E_____ SA a confirmé à T_____ avoir pris note qu'il ne faisait plus partie du personnel de l'entreprise.

Le 19 janvier 2004, T_____ a demandé à être réintégré au sein de E_____ SA, car la Caisse de chômage refusait de lui verser des indemnités du fait qu'il avait quitté volontairement son poste de travail.

E_____ SA a refusé de reprendre T_____ et lui a reconfirmé par écrit son licenciement immédiat.

T_____ a trouvé un nouvel emploi le 4 février 2004.

c) Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 10 mars 2004, E_____ SA a assigné T_____ en paiement de fr. 1'227.30 à titre de réparation pour dommage causé par abandon d'emploi injustifié.

T_____ a répondu à la demande par acte déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 24 mars 2004 et a conclu au déboutement de E_____ SA. T_____ a également pris des conclusions reconventionnelles tendant au paiement de fr. 11'283.30 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 17 janvier 2004. Ladite somme se décompose comme suit :

- fr. 492.30 à titre d'indemnité correspondant au salaire de deux jours fériés non récupérés;
- fr. 393.84 à titre d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail;
- fr. 5'415.30 à titre de salaire pendant la période allant du 5 janvier au 3 février 2004;
- fr. 611.24 à titre de salaire afférent aux vacances;
- fr. 3'845.62 à titre de treizième salaire pour l'année 2002;

- fr. 525.-- à titre de treizième salaire pour l'année 2004.

S'agissant du treizième salaire afférent à 2003, T_____ a expliqué qu'il renonçait à le réclamer, dès lors qu'il avait pris des vacances supplémentaires en cours d'année sans avoir obtenu l'accord écrit de l'employeur, conformément à l'art. 3.4.1 de la CCT.

Pour le surplus, T_____ a sollicité du Tribunal qu'il inflige une amende d'un montant de fr. 1'500.-- à E_____ SA pour avoir agi de mauvaise foi et avec témérité.

T_____ a expliqué qu'il n'avait pas relevé son courrier en août 2003, raison pour laquelle il n'avait appris que tardivement la date de son hospitalisation. Il a aussi exposé ne pas s'être présenté à son travail le 5 janvier 2004, car il n'avait pas fait attention à la date de reprise.

Dans sa réponse à la demande reconventionnelle du 3 avril 2004, E_____ SA a conclu au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions et subsidiairement à la condamnation du mandataire du défendeur à présenter des excuses écrites, ainsi qu'à une forte amende.

d) Le Tribunal des prud'hommes a entendu plusieurs témoins lors de l'audience de comparution personnelle et d'enquêtes du 2 juin 2004 :

- A_____ a exposé qu'il y avait eu des problèmes entre E_____ SA et T_____, car ce dernier revendiquait des augmentations de salaire. Il a ajouté avoir entendu T_____ affirmer qu'il prendrait des vacances « même si le patron n'était pas d'accord ».
- C_____ a affirmé qu'il savait que T_____ devait reprendre son travail le 5 janvier 2004. Il a exposé que le 9 janvier 2004, T_____ avait accepté son congé sous forme d'une lettre qu'il avait signée et qu'il était revenu le 19 janvier 2004, expliquant que la Caisse de chômage refusait de lui verser des indemnités du fait qu'il avait quitté volontairement son poste de travail.
- D_____, chef de chantier, a expliqué avoir fait une remarque à T_____ le 16 janvier 2004, car ce dernier ne travaillait pas assez vite. T_____ l'avait alors menacé de lui « casser la gueule ».
- F_____ a déclaré que, le 16 janvier 2004, T_____ cherchait la bagarre tant avec D_____ qu'avec lui. F_____ a aussi expliqué qu'il avait tenté de calmer T_____ qui l'avait alors traité de « lèche-cul ».

- G_____ et H_____ ont exposé n'avoir jamais eu vent de problèmes relationnels entre T_____ et son employeur ou les autres employés, hormis ses revendications salariales.

Lors de la comparution personnelle du 1^{er} septembre 2004, T_____ a affirmé que ce n'était pas sa signature qui figurait au bas du contrat de travail. Le Tribunal de prud'hommes lui a alors demandé deux signatures et a constaté qu'elles étaient pratiquement identiques à celle apposée sur ledit document.

T_____ a aussi fait remarquer que le montant du salaire annuel 2002 qui ressortait des nouvelles pièces était de fr. 51'853.--, alors qu'il s'était fondé dans sa demande sur un salaire annuel de fr. 46'166.--. S'agissant de la fiche de salaire 2004, T_____ a expliqué qu'il s'agissait d'un décompte provisoire concernant une proposition que E_____ SA lui avait faite mais qu'il n'avait pas acceptée. Le montant qui y figurait ne lui avait donc pas été versé.

- C. L'appelante conteste le jugement en tant qu'il la condamne à payer à l'intimé fr. 6'201,60. Elle explique que le nombre d'heures travaillées est de 53 heures entre le 9 et 16 janvier 2004, soit fr. 1'583,50 (53 heures à fr. 27,35 = 1'449,55 + 1'443,55*9,33%) et non fr. 1'613 retenu par les premiers juges.

S'agissant du treizième salaire pour l'année 2002, l'appelante invoque l'art. 3.4.1 de la CCT selon lequel « *le 13^{ème} salaire n'est pas payé aux travailleurs qui prennent des vacances supplémentaires en cours d'années sans avoir obtenu l'accord écrit de leur employeur* ».

- D. T_____ conclut à ce que E_____ SA soit déboutée de toutes ses conclusions. Sur appel incident, il conclut à l'annulation du jugement et à ce qu'E_____ SA soit condamnée à lui verser fr. 12'659,10 avec intérêts de 5% l'an dès le 17 janvier 2004, soit fr. 5'460,85 correspondant au salaire pour la période du 9 janvier au 3 février 2004, fr. 4'319,35 au titre du treizième salaire 2002 et fr. 2'878,90 au titre du treizième salaire 2003.

- E. Lors de l'audience devant la Cour d'appel du 14 juin 2005, E_____ SA a expliqué, se fondant sur l'art. 3.4.1 CCT, que T_____ ne pouvait prétendre au treizième salaire 2002 dès lors qu'il a pris davantage de vacances durant cette période que ce à quoi il avait droit.

De manière générale, E_____ SA a expliqué qu'elle ne souhaitait pas que ses collaborateurs prennent des vacances durant l'été en raison des contrats avec l'Etat I_____ durant cette période de l'année. Les vacances étaient inscrites sur un tableau après discussion avec les travailleurs. Selon E_____ SA, il est souvent arrivé de refuser des vacances demandées par un travailleur pour des rai-

sons d'organisations de travail. E_____ SA a encore indiqué qu'elle n'avait jamais eu un collaborateur qui lui avait demandé ses vacances par écrit.

T_____ a expliqué que s'il avait renoncé à demander un treizième salaire en 2003 en se fondant sur l'art. 3.4.1 c'était parce qu'il n'avait pas fait un calcul précis des vacances qu'il avait prises durant cette année. Selon lui, E_____ SA ne s'est jamais opposée par courrier à ce qu'il prenne des vacances supplémentaires qui n'étaient pas payées. L'accord était donné oralement.

- F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel principal est recevable. Il en va de même de l'appel incident (art. 62 al. 1 LJP et 61 al. 1 LJP), et de la réponse à ce dernier (art. 62 al. 2 LJP).

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.

2. Comme constaté par les premiers juges, les rapports des parties sont soumis à la Convention collective de travail des métiers du bâtiment, second oeuvre, édition 2001 (ci-après : CCT), et étendue par arrêté du 14 novembre 2001 du Conseil d'Etat à tout le territoire du canton de Genève.

Cette convention collective a été notamment prolongée jusqu'au 31 décembre 2004 par des avenants des 27 novembre 2002 et 16 avril 2003.

3. 3.1. L'appelante principale conteste en premier lieu le décompte d'heures dues pour la période du 9 janvier au 16 janvier 2004. Selon elle, qui se fonde sur le décompte mensuel de salaire du mois de janvier, l'intimé principal n'a fait que 53 heures pendant cette période de six jours et non 54 heures comme retenu par les premiers juges. L'appelante ne remet en revanche pas en cause le jugement en tant qu'il l'a condamné à payer la rémunération correspondant au 8 janvier 2004.

De son côté, l'intimé principal réclame en appel son salaire pour la période du 9 janvier au 3 février 2004 contestant par là implicitement son licenciement avec effet immédiat du 16 janvier 2004.

3.2. Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérés comme de justes motifs, 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 (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806; ATF 116 II 142 c. 5c; ATF 112 II 41 c. 3a; ATF 108 II 444 c. 2).

Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail (ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a); (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « *ultima ratio* » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92).

Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149; ATF 117 II 72 c. 3). Le comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271; ATF 111 II 245 c. 3; ATF 104 II 28 c. 1).

Lorsque le manquement est moins grave, il peut néanmoins donner lieu à une résiliation immédiate du contrat de travail lorsque le comportement est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur, constituant une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'art. 107 CO, soit une démarche nécessaire,

sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur que cette sommation serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO; ATF non publié du 3.1.95 N. c/ S. cause n° 4C.327/94). L'avertissement préalable doit être déclaré en termes clairs. La personne menacée du licenciement immédiat doit clairement comprendre, à travers l'avertissement, quels risques elle encourt. Il est nécessaire d'indiquer distinctement la sanction à laquelle le destinataire s'expose en cas de persistance du comportement critiqué (Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs, Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 56-57; CAPH du 4.7.95 en la cause no VI/402/94).

Ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que le comportement imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 127 III 153, consid. 1 c).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). 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 127 III 351 consid. 4a p. 354; 116 II 145 consid. 6a p. 150).

3.3. Les premiers juges ont d'abord considéré que l'intimé principal avait adopté un comportement relativement irrespectueux à l'égard de son employeur en ne l'informant pas préalablement de ses absences, en ne se présentant pas à son travail le premier jour qui suivait une période d'incapacité de travail de deux mois, arguant qu'il n'avait pas prêté attention à la date de reprise, et finalement en se disputant avec son chef de chantier et en le menaçant avant de quitter abruptement son poste de travail. S'agissant de l'appelante, les premiers juges ont aussi retenu qu'elle n'était pas restée inactive face aux manquements passés de l'intimé puisqu'elle lui avait adressé un avertissement en date du 28 août 2003 qui contenait une menace de licenciement avec effet immédiat en cas de récidive.

3.4. Les manquements constatés et le comportement de l'intimé principal établis par les témoignages et les pièces du dossier, qui, pris isolément, n'étaient pas suffisamment graves en soi pour permettre une résiliation immédiate, justifient, au vu de leur caractère répétitif et de l'avertissement explicite du 28 août 2003, le licenciement immédiat du 16 janvier 2004.

Il en découle que la décision entreprise doit donc être confirmée sur ce point.

3.5. L'appelante principale soutient, se fondant sur le décompte mensuel de salaire, que durant la période du 9 au 16 janvier 2004, l'intimé principal n'a effectué que 53 heures et non 54 heures comme retenu par les premiers juges qui ont multiplié le nombre de jour retenu par le nombre d'heures prévues.

Bien que l'intimé principal conclut sur ce point à la confirmation du jugement, il ne conteste pas l'exactitude de son décompte mensuel de janvier 2004.

Dans ces circonstances, la Cour retiendra que l'intimé principal a effectué 53 heures de travail au cours de la période du 9 au 16 janvier 2004 et non 54 heures et corrigera dans cette mesure le jugement du 1^{er} septembre 2004.

4. 4.1. L'appelante principale soutient en second lieu qu'elle n'est pas tenue de verser le treizième salaire au motif que l'intimé principal a pris plus de vacances que celles auxquelles il avait droit sans avoir obtenu l'accord écrit de sa part prévu par l'art. 3.4.1 de la CCT. Devant les premiers juges, l'appelante principale avait soutenu que l'intimé principal n'avait pas droit au treizième salaire parce que celui-ci était inclus dans son salaire horaire.

L'intimé principal réclame désormais le treizième salaire pour 2002 et 2003. Devant les premiers juges, l'intimé principal avait renoncé au treizième salaire pour 2003 en indiquant qu'il s'était accordé des vacances supplémentaires durant cette année sans avoir obtenu préalablement l'accord écrit de son employeur au sens de l'art. 3.4.1 CCT.

4.2. En premier lieu, la Cour relèvera que c'est à bon droit que le Tribunal des prud'hommes a considéré que la clause contractuelle incluant le treizième salaire était équivoque en ce qu'elle empêchait l'intimé principal de connaître le montant exact de son salaire brut.

En appel, l'appelante principale a indiqué lors de la comparution personnelle devant la Cour qu'elle n'avait jamais confirmé par écrit des dates de vacances demandées par ses collaborateurs. Elle a aussi indiqué qu'aucun collaborateur n'avait jamais demandé des vacances par écrit.

De son côté, l'intimé principal a expliqué qu'il n'y avait jamais eu de courrier de l'entreprise qui se serait opposé à ses vacances supplémentaires. Il a aussi expliqué, sans être démenti par l'appelante principale, qu'un accord oral lui avait été donné. Il a enfin souligné que ses congés supplémentaires n'étaient pas payés.

4.3. Dans ces circonstances, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de priver l'intimé principal de son droit au treizième salaire pour l'année 2002, l'appelante ayant renoncé, par son comportement, à l'exigence de la forme écrite prévue par l'article 3.4.1 CCT pour l'obtention de vacances supplémentaires non payées.

Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera donc également confirmé sur ce point.

4.4. Dans son appel incident, T_____ réclame désormais un treizième sa-

laire pour l'année 2003. Devant les premiers juges, l'appelant incident avait expliqué qu'il renonçait à réclamer un treizième salaire, dès lors qu'il avait pris des vacances supplémentaires en cours d'année sans avoir obtenu l'accord écrit de l'employeur, conformément à l'art. 3.4.1 de la CCT.

4.5. En vertu du principe de l'immutabilité du litige, l'article 312 de la Loi de procédure civile (ci-après LPC), applicable à titre supplétif à la procédure prud'homale (art. 11 LJP), prévoit que le juge d'appel ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges. Cet article pose le principe du double degré de juridiction qui veut que le litige soumis au juge d'appel soit identique à celui dont le premier juge avait été saisi : mêmes caractéristiques de personnes, de conclusions, d'allégués de fait et de preuves (CAPH du 2 juin 1997 en la cause X/806/96; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise ad art. 312).

4.6 Or en l'espèce, en réclamant le paiement du treizième salaire pour 2003 en appel, alors qu'il y avait explicitement renoncé en première instance, l'appelant incident a formellement amplifié sa demande, en violation des principes rappelés ci-dessus. Peu importe à cet égard que cette amplification soit la conséquence d'une erreur de calcul. En effet, le juge est lié par les conclusions des parties qui forment le cadre des débats. (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit., n° 8 ad art. 7 LPC).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par E_____ SA, d'une part, et déclare recevable l'appel incident interjeté par T_____, d'autre part, contre le jugement rendu par le Tribunal des Prud'hommes le, dans la cause C/28907/2002-5.

Au fond :

- Confirme le jugement en tant qu'il porte sur la demande principale;
- Annule ce jugement en tant qu'il porte sur la demande reconventionnelle.

Cela fait, statuant à nouveau sur ce point :

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme de Fr. 6'171,75 net avec intérêts à 5 % dès le 17 janvier 2004;

- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légale et usuelles.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président