



E_____Sàrl
Dom. élu : Maître Jacques ROULET
Boulevard des Philosophes 14
1205 Genève

Monsieur T_____
Dom. élu : SYNDICAT UNIA
Monsieur Eugenio LOPEZ
Chemin Surinam 5
Case postale 288
1211 Genève 14

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 20 juillet 2006

M. Richard BARBEY, président

Mme Suzanne BORGSTEDT VOGT et M. Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

MM. Mohamed DAFTRY et Jean-Pierre SEYDOUX, juges salariés

M. Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

A En 2001, A_____, qui exploitait à l'époque une entreprise individuelle de création et d'entretien de jardins à Genève, a engagé T_____, ressortissant portugais, en qualité de jardinier avec une rémunération horaire de 25 fr., à teneur d'un contrat conclu verbalement et sans que l'activité de l'employé ne soit déclarée à l'Office cantonal de la population. T_____ travaillait alors selon son dire à raison de 9 h. par jour, cinq jours par semaine; aucune autre rétribution ne lui était versée pour la part afférente aux vacances et il n'en percevait pas lorsqu'il était en congé. A_____ a précisé ne l'avoir employé qu'occasionnellement et seulement sur appel en 2001 (pv du 26.7.2005 p. 2-4).

Les rapports de travail existants ont perduré jusqu'en 2004. Des décomptes de salaire ont été établis, certains mentionnant une rémunération de 25 fr. l'heure et T_____ a parfois signé des quittances pour les montants reçus. Il lui est également arrivé de prêter de l'argent à A_____, lorsque celui-ci se trouvait démuné de liquidités (pv du 26.7.2005 et pièces déposées par le témoin B_____; pv du 23.3.2006 p. 3).

On précisera ici que le père régisseur de A_____, ainsi que sa secrétaire s'occupaient du règlement des salaires de son entreprise individuelle et d'établir les décomptes mensuels (pv du 23.3.2006 p. 3-4).

A l'époque, T_____ faisait ménage commun avec B_____, dans l'appartement de celle-ci sis au chemin _____ (pv du 26.7.2005 p. 4).

B/a. Le 23 juin 2004 en compagnie de C_____, A_____ a constitué E_____ Sàrl, dont il est devenu l'associé gérant et qui a repris l'entreprise individuelle qu'il exploitait jusque là.

Un contrat de travail non daté a alors été établi, à teneur duquel E_____ Sàrl engageait T_____ en tant que jardinier, avec un horaire hebdomadaire de 42 h. et un salaire mensuel brut de 4'500 fr. payable treize fois l'an. Simultanément,

l'employé s'est vu délivrer un livret pour étranger L (pièces 1-2 déf; pv du 26.7.2005 p. 2)

Durant l'été 2004, A_____ a hébergé gratuitement ou contre paiement d'un loyer l'employé, ainsi que sa nouvelle amie. Quelques semaines plus tard, en raison de plaintes de voisins, il leur a demandé de partir (pv du 26.7.2005 p. 2; du 23.3.2006 p. 4).

- b. A_____ expose avoir appris fortuitement en septembre 2004 que T_____ habitait désormais en France voisine. L'information lui a été communiquée par un de ses employés, D_____, domicilié à Sciez et qui lui a indiqué l'héberger.

N'acceptant pas ce changement, incompatible avec le permis de séjour L obtenu et qui nuisait à la ponctualité de l'horaire de travail convenu, A_____ a invité T_____ à revenir en Suisse, ce que celui-ci a refusé. Une altercation a opposé les deux intéressés le lundi 4 octobre 2004, durant laquelle A_____ aurait invité son interlocuteur à partir, selon la version présentée par ce dernier. L'associé gérant de E_____Sàrl a reconnu s'être emporté, ajoutant ne plus se souvenir ce qui s'était dit (pv du 25.7.2005 p. 3-4; du 23.3.2006 p. 2).

L'employé n'a alors plus réapparu au travail. A l'entendre, il est revenu voir A_____ à la fin d'octobre 2004 et lui a vainement réclamé un solde de salaire de 22'000 fr., assertion que celui-ci a contestée (pv du 25.7.2005 p. 3; du 23.3.2006 p. 3).

Après avoir consulté le syndicat UNIA, T_____ a formé opposition contre son licenciement immédiat par lettres des 16 novembre et 3 décembre 2004, en faisant savoir à E_____Sàrl qu'il se tenait à sa disposition pour reprendre son travail. Par courrier de son conseil du 15 décembre 2004, la société a reproché à l'employé d'avoir abandonné son poste (pièces 4-5 dem; 5 déf; pv du 23.3.2006 p. 2).

- C. Le 17 mars 2005, T_____ a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes contre E_____Sàrl, en paiement de 34'000 fr. 95 à titre de différence salariale conventionnelle de 2001 à 2003 - comprenant notamment le treizième mois -

ainsi que sa rémunération durant le préavis de résiliation, arrêtée à 14'664 fr. 45, outre des heures supplémentaires et un solde de vacances.

La défenderesse s'est opposée à la demande et a derechef reproché à sa partie adverse d'avoir abandonné son poste; elle a encore contesté une quelconque responsabilité pour les faits antérieurs à l'engagement décidé en 2004.

Les parties et un témoin ont été entendus à l'audience du 26 juillet 2005.

Par jugement du 5 novembre 2005, le Tribunal a considéré que la défenderesse restait redevable de 15'151 fr. brut pour les treizièmes salaires de 2001 à 2004, compte tenu des "usages" qui auraient été applicables si l'employé avait été engagé dès l'origine au bénéfice d'un permis de travail, ainsi que de la rémunération durant le préavis de résiliation (de octobre à décembre 2004) arrêtée à 13'500 fr. brut; aucun abandon de poste ne pouvait en effet être retenu dans la cas d'espèce. Les autres prétentions du demandeur ont été écartées.

- D. E_____Sàrl appelle de ce jugement, en reprenant son argumentation et ses objections de première instance.

A l'audience du 23 mars 2005, T_____ a conclu à la confirmation de la décision attaquée. Interrogé, il a précisé avoir retrouvé en mars 2005 un emploi d'ouvrier paysagiste, sans avoir bénéficié précédemment d'allocations de chômage.

EN DROIT

1. L'appel est recevable, ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits (art. 56 al. 1, 59 LJP).
2. L'appelante a repris, lors de sa constitution, l'entreprise individuelle précédemment exploitée par son associé gérant et a succédé dans le rapport de travail existant avec l'intimé au sens de l'art. 333 CO. Aussi est-elle responsable de la rémunération non versée entre 2001 et le premier semestre 2004 (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^{ème} éd. n. 8 ad art. 333 CO et les réf; AUBERT, Commentaire romand, n. 4 ad art. 333 CO).
3. Les art. 342 al. 2 CO et 9 OLE obligent l'employeur - qu'il ait requis ou non un permis de travail - à verser au travailleur étranger la rémunération usuelle dans la localité pour la profession considérée. En cas de travail "au noir" ou si l'activité usuelle exercée dans la réalité n'est pas celle autorisée, le juge civil doit déterminer à titre préjudiciel le salaire usuel (ATF 122 III 110; 129 III 618 consid. 5.1; STREIFF/VON KAENEL, op. cit, n. 8 ad art. 322 CO).

Les premiers juges se sont référé dans le cas d'espèce aux usages professionnels adoptés par l'OCIRT pour les entreprises de parcs et jardins non affiliées à la convention collective de la branche, qui reprennent pour l'essentiel les prescriptions de ce texte et qui prévoient, en leur art. 9, l'octroi d'un treizième mois égal à 8,3% du salaire brut annuel pour les travailleurs rémunérés à l'heure. Le calcul de la somme brute de 15'151 fr. (jugement p. 7) échappe dès lors à la critique, étant relevé que l'on peut en tous les cas admettre que le rapport de travail a débuté en 2001, le demandeur ayant même allégué avoir été engagé en 2000 (pv du 26.7.2005 p. 2).

- 4.1. L'abandon de poste au sens de l'art. 337d CO suppose une manifestation clairement exprimé par l'employé, de refuser à l'avenir et de manière définitive d'exécuter ses prestations (TF, SJ 1997 p. 149 consid. 2/c; STREIFF/VON KAENEL, op. cit, n. 2 ad art. 337d CO et les réf.).

Conformément à l'art. 8 CC, la preuve de son existence incombe à l'employeur (JAR 1991 p. 402).

Après le refus de l'associé gérant de l'appelante d'accepter que son employé se soit installé en France voisine et l'ordre lui intimant de revenir habiter en Suisse, une altercation a opposé les deux intéressés le 4 octobre 2004. La réalité d'un licenciement immédiat, allégué par le demandeur, n'a certes pas été établie, mais la même réflexion vaut pour le prétendu abandon d'emploi. L'employé a affirmé être revenu à la fin d'octobre pour réclamer un solde de salaire, ce qui a certes été contesté; aucun témoin n'a toutefois été cité, donnant à penser qu'il n'a pas réapparu. Le 16 novembre 2004, il a encore offert ses services, sans que l'associé gérant de l'appelante ne réagisse, au moins immédiatement. Enfin, devant la Cour et alors qu'il avait prétendu le contraire jusque là, l'associé gérant a admis qu'il disposait des informations nécessaires pour localiser l'intimé en France.

Dans de telles circonstances, il ne saurait être question de retenir que l'employé a, par actes concluants, définitivement refusé d'exécuter ses prestations.

- 4.2. L'intimé a par ailleurs indiqué avoir retrouvé un emploi au mois de mars 2005 et peut donc légitimement prétendre à sa rémunération durant le préavis de résiliation, dont la quotité n'a pas été contestée.

Le jugement attaqué sera donc intégralement confirmé.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

Reçoit l'appel du jugement rendu le 4 novembre 2005 par le Tribunal des prud'hommes dans la présente cause.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président