



E _____ SA
Dom. élu : Me Robert ZOELLS
14, rue des Cordiers
1207 Genève

Monsieur T _____

Partie appelante

Partie intimée

Caisse chômage SIT
16, rue des Chaudronniers
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRET

du vendredi 11 mars 2005

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Pierre-Jean BOSSON et Dominique BALTHASAR, juges employeurs

MM. Bernard CASEYS et Victor TODESCHI, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte du 21 juillet 2004, E _____ SA appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du jeudi 25 mars 2004 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 23 juin 2004, jugement par lequel le Tribunal condamne E _____ SA à payer à T _____ la somme brute de fr. 4'268 fr. 05 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2003 sous imputation de l'607 fr. 90 et à la CAISSE DE CHOMAGE DU SIT la somme de l'607 fr. 90 avec intérêts de 5% l'an dès le 22 avril 2003.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) T _____ a été engagé dès juillet 2000, sur base d'un contrat oral, par la société A _____ SA, en qualité de chauffeur auxiliaire. Suite à la faillite de cette société, l'activité a été reprise par E _____ SA, société anonyme ayant pour but la location d'automobiles et d'autobus, avec ou sans chauffeurs notamment, et dont le siège est à Genève. Le contrat de travail a été transféré à cette nouvelle société.

T _____ n'avait pas d'horaire de travail fixe et des missions lui étaient confiées selon les besoins de l'employeur.

b) Son salaire était composé d'un montant journalier fixe et d'un montant variable en fonction de la course. Jusqu'en été 2001, la rémunération mensuelle moyenne de T _____ s'est élevée à fr. 2'900.00. Par la suite, sa rémunération a baissé et il a perçu un salaire moyen de fr. 2'134.25 par mois.

c) En plus de son activité de chauffeur sur appel, T _____ s'est vu confier par E _____ SA différentes tâches administratives

d) Un litige est survenu le 27 décembre 2002 avec l'épouse de A. B _____, directeur de E _____ SA, qui fonctionne comme secrétaire comptable de cette société, dans le cadre de l'exécution de tâches administratives qui avaient été confiées à T _____. Lors de cet entretien, B. B _____ a demandé à T _____ de quitter les lieux en lui indiquant que sa présence n'était plus désirée.

Le 3 janvier 2003, T _____ a remis à B. B _____ son relevé d'heures.

Le licenciement a été confirmé oralement à T _____ par A. B _____ lors d'un entretien dans les locaux de E _____ SA le 7 janvier 2003.

e) Par lettre du 21 février 2003, T _____ a réclamé à son employeur le paiement des heures qu'il affirme avoir consacrées au travail administratif. Il

a également fait valoir qu'il avait été licencié le 27 décembre 2002, et libéré de son obligations de travailler. Il a exigé son salaire durant son délai de congé de deux mois.

f) E _____ SA a fait valoir qu'elle n'avait pas licencié T _____ et qu'elle ne manquerait pas de faire appel à lui, en tant que besoin. Elle a affirmé, dans un courrier ultérieur du 20 mars 2003, qu'elle avait tenté de le contacter à plusieurs reprises pour des missions et que soit le portable de ce dernier était fermé, soit il ne répondait pas.

g) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 17 avril 2003, T _____ a assigné E _____ SA en paiement de fr. 5'464.85 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2003. Cette somme se décompose comme suit :

- 4'440 fr. à titre de salaire durant le délai de congé ;
- 1'024 fr.85 à titre de différence de salaire pour décembre 2002.

La Caisse de Chômage du SIT est intervenue à la procédure en vertu de sa subrogation, à raison du montant net de fr. 1'607.90, plus intérêts à 5 % l'an dès le 22 avril 2003.

h) Les parties ont été entendues à l'audience du 20 août 2003. Dans ce cadre, T _____ a expliqué qu'il n'avait effectivement pas eu le temps d'effectuer la cinquième tâche administrative qui lui avait été confiée. Le 27 décembre 2002, la responsable, B. B _____, lui aurait enjoint de quitter les lieux, ajoutant que sa présence n'était plus désirée. Le 7 janvier il s'est rendu auprès de son employeur pour lui réclamer le paiement des heures effectuées en décembre 2002. Ce dernier a contesté son relevé d'heures et lui a demandé un décompte journalier complet que le demandeur a refusé d'établir. A. B _____ l'aurait alors traité de voleur et de menteur en ajoutant que ce n'était pas la peine de revenir et qu'il refusait de travailler avec des personnes comme lui. T _____ a interprété cette réaction comme la confirmation du licenciement signifié en décembre par B. B _____. Il s'est inscrit au chômage et a perçu des indemnités dès février 2003.

En ce qui concerne ses conditions de travail, T _____ a déclaré être libre de refuser certaines missions, mais il savait également que s'il en refusait plusieurs d'affilée, il ne serait plus appelé. En deux ans, il a refusé au maximum 5 ou 6 missions et estime à trois mois la période où il n'a pas travaillé, en raison de l'absence de travail ou en raison de son activité annexe dans le domaine de la sécurité.

Le représentant de E _____ SA, A. B _____ a réaffirmé qu'il estimait que le travail administratif confié à T _____ ne pouvait prendre plus de 12 heures, raison pour laquelle il avait réclamé un décompte détaillé à son

employé. Ce dernier avait refusé de faire suite à cette demande.

A. B_____ a également contesté les explications de T_____ sur la prétendue fin des rapports de travail. Il a affirmé avoir tenté de contacter ce dernier en janvier 2003 pour lui confier des missions. Selon lui, T_____ était systématiquement inatteignable.

- C. L'appelante conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 mars 2004 en tant qu'il la condamne à verser à l'intimé la somme de 4'268 fr. 50 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2003 sous imputation de 1'607 fr. 90 que l'appelante est condamnée à verser à la CAISSE DE CHÔMAGE DU SIT. Selon l'appelante, elle n'a pas licencié l'intimé bien qu'après son départ elle a découvert des éléments qui auraient pu justifier un licenciement pour justes motifs. L'appelante considère qu'elle n'est pas redevable du salaire pendant le délai de congé.
- D. L'intimé demande à la Cour d'appel de confirmer le jugement du Tribunal des prud'hommes.

La Caisse de chômage du SIT a également conclu à la confirmation du jugement par courrier du 19 octobre 2004.

- E. Lors de l'audience de comparution personnelle et d'enquêtes devant la Cour d'appel des Prud'hommes, A. B_____ a réaffirmé pour l'appelante ne pas avoir licencié T_____. Selon lui, ses collaborateurs et lui auraient cherché à plusieurs reprises à atteindre T_____ durant le premier trimestre 2003 pour lui confier des missions. A. B_____ a affirmé que les appels infructueux faisaient l'objet d'une note de dossier et que c'est sur cette base qu'il avait reconstitué la liste des appels infructueux produit à la procédure dans son courrier du 20 mars 2003.

T_____ a pour sa part confirmé avoir été licencié par l'épouse de A. B_____. Pour lui, il était clair le 27 décembre 2002 que B. B_____ le mettait à la porte et qu'il n'aurait plus de travail dans E_____ SA comme chauffeur. Selon T_____, B. B_____ ne l'aimait pas parce qu'il réclamait régulièrement son salaire en raison du non respect systématique par E_____ SA des dates de paiement des salaires. Selon T_____ encore, deux collaborateurs de E_____ SA étaient chargés d'appeler les chauffeurs pour leur confier des missions : C_____ et D_____. D'après T_____ aucune annotation n'était faite pour les appels infructueux. T_____ conteste avoir été appelé par E_____ SA durant le premier trimestre 2003 à l'exception d'un téléphone sur son portable en son absence début janvier 2003. Toujours selon lui, lorsqu'il a rappelé C_____ à la suite de ce téléphone manqué, celui-ci lui a

fait comprendre que ce n'était qu'un contact formel sollicité par A. B _____ mais qu'il n'y avait pas de travail pour lui.

T _____ s'est étonné que E _____ SA n'ait pas cité C _____ comme témoin. T _____ a encore indiqué s'être rapidement inscrit au chômage après son licenciement.

B. B _____ a contesté avoir licencié T _____ en décembre 2002. Selon elle, elle a seulement indiqué à T _____ le 27 décembre 2002 qu'il n'était pas nécessaire qu'il revienne pour terminer les tâches administratives qu'elle lui avait confiées. L'entretien s'est déroulé en tête à tête sans témoin. Elle a aussi indiqué avoir cherché à plusieurs reprises à atteindre T _____ durant le premier trimestre 2003 pour lui confier des missions. Selon elle, ni elle ni ses autres collègues de E _____ ne prenaient note des appels infructueux.

D _____, administrateur de E _____ SA et collaborateur au sein de l'entreprise, a affirmé qu'il avait été informé du licenciement de T _____ courant 2000. Il a également indiqué qu'il n'avait pas entendu que T _____ avait été sollicité pour des missions au début 2003, étant précisé qu'il partageait le bureau d'un autre collaborateur de E _____ SA présenté comme ayant cherché à atteindre téléphoniquement T _____ en mars 2003.

- 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 prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), l'appel est recevable.
2. Il n'est pas contesté par les parties que l'intimé est au bénéfice d'un contrat de travail sur appel. Le travailleur sur appel est tenu d'exercer l'activité convenue chaque fois que l'employeur fait appel à lui. Il s'agit d'un contrat de travail de durée indéterminée, pour lequel les délais de résiliation doivent être respectés, chaque engagement n'étant que la suite du précédent. Cette forme d'engagement doit néanmoins respecter les règles impératives du droit du travail (Favre/Munod/ Tobler, Le Contrat de travail Code annoté, Lausanne, 2001, ad. art. 319n. 2.4).
3. **3.1** La seule question encore en litige est celle de savoir si l'intimé a été licenciée le 27 décembre 2002 ce que conteste l'appelante. L'appelante soutient que l'épouse de son directeur qui s'occupe du secrétariat et de la comptabilité de

l'entreprise n'avait pas les pouvoirs de licencier l'intimé. Si elle admet ne pas avoir fait appel à l'intimé au début 2003, elle soutient aussi qu'elle a tenté à plusieurs reprises en vain, d'atteindre l'intimé pour lui confier du travail dès le 20 janvier 2003.

3.2 Celui qui prétend qu'un rapport juridique s'est éteint supporte le fardeau de la preuve des conditions de cette extinction, et, partant, les risques d'échec (Deschenaux, Le titre préliminaire du CC, p. 240).

3.3 A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO; art. 196 LPC à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP).

La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites, mais également de celles plus subjectives ou psychologiques telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984 p. 29).

Le principe de la libre appréciation des preuves n'est cependant pas la porte ouverte à l'arbitraire : bien que le juge puisse fonder sa décision sur sa libre conviction, il devra toujours la motiver (Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p. 368 et 432).

3.4 La volonté de résilier les rapports de service doit être exprimée de manière claire, de telle sorte que celui qui reçoit le congé comprenne sans ambiguïté le sens de la déclaration. Si une telle intention ne peut pas être établie, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée de son auteur en interprétant sa déclaration de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait lui donner (ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). Pour y parvenir, le juge peut notamment s'inspirer des circonstances ayant entouré la déclaration en cause ou des circonstances antérieures ou postérieures à celle-ci (cf. ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72 = JdT 1972 I 351; Gauch/Schluép/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n° 835 et ss). S'il subsiste un doute sur la volonté de mettre fin aux rapports de travail, la déclaration est interprétée en défaveur de son auteur (Brunner/Bühler/ Waeber, Commentaire du contrat de travail, Edition Réalités sociales, 1996, ad. art. 335, p. 171, note 4).

4. **4.1** S'agissant des pouvoirs de la secrétaire comptable de licencier l'intimé, il sera rappelé ce qui suit.

La représentation directe comprend deux éléments, à savoir le pouvoir de représenter et la volonté du représentant d'agir comme tel (ATF 88 II 191 consid. 2b).

4.2 Le pouvoir de représentation est le droit de faire un acte juridique pour

autrui. La procuration interne exprime la volonté du représenté d'être lié par les actes du représentant; autrement dit, elle manifeste le consentement du représenté quant à l'efficacité de la volonté du représentant d'agir pour lui (SJ 1996 p. 554/557). Il s'agit d'un acte unilatéral soumis à réception (Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 381 ; Tercier, Le droit des obligations, 2e éd., p. 64, n. 320). La procuration n'est soumise à aucune exigence de forme (ATF 99 II 159 consid. 2b). Elle peut donc être écrite, orale ou résulter d'un acte concluant (ATF 74 II 149 consid. 2 ; Engel, op. cit., p. 384).

Il convient de distinguer la procuration interne, telle que définie ci-dessus, de la procuration externe, envisagée par l'art. 33 alinéa 3 CO. La procuration externe " est la communication que le représenté fait (directement ou indirectement) au tiers des pouvoirs de représentation accordés au représentant " (Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du code des obligations, tome I, 2e éd., p. 181, n. 970). Elle entre en ligne de compte lorsque la communication au tiers, qui n'est en soi pas une condition de la validité de la représentation, n'est pas conforme à la procuration interne que le représenté a effectivement conférée au représentant, soit que le représenté n'ait donné aucun pouvoir au représentant, soit qu'il l'ait investi de pouvoirs moins étendus (Engel, op. cit., p. 384). Dans un tel cas, ce n'est pas la volonté du représenté qui est déterminante, mais le sens que le tiers pouvait donner de bonne foi au comportement du représenté et qu'il lui donna effectivement (ATF 85 II 22, JT 1959 I 530/532 ; SJ 1999 p. 253). En vertu du principe de la confiance, une personne représentée sans sa volonté doit être considérée comme obligée à l'égard d'un tiers si elle s'est comportée de manière telle que ce tiers pouvait en déduire de bonne foi l'existence d'une volonté de représentation déterminée (ATF 122 IV 332, JT 1998 IV 45/48). Ainsi, celui qui confère à une personne une position qui la fait apparaître envers autrui comme autorisée à gérer ses affaires dans certaines limites, est lié par les actes contractés dans ces limites (ATF 101 Ia 39, JT 1975 I 344/348).

4.3 Le second élément de la représentation, soit la volonté du représentant d'agir comme tel, nécessite que le tiers sache ou soit à même de savoir que le représentant agit non pas pour lui-même mais pour le représenté (SJ 1999 p. 557). La volonté d'agir au nom d'autrui peut se manifester de trois manières : le représentant agit expressément au nom du représenté, le tiers doit inférer des circonstances qu'il existe un rapport de représentation ou il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté (art. 32 al. 2 CO ; Engel, op. cit., p. 375). Ce qui est décisif, ce n'est pas la volonté interne effective du représentant, mais celle dont il fait naître l'apparence. Une volonté objectivement exprimée apparaît ainsi suffisante (ATF 120 II 200 consid. 2b/aa, JT 1995 I 197 ; cf. Honsell/ Vogt/Wiegand, Obligationenrecht I, 2e éd., art. 32, n. 18). Ainsi, il suffit que le tiers puisse inférer du comportement du représentant, interprété selon le principe de la confiance, qu'il existe un rapport de représentation. A cet égard, les relations d'affaires dans lesquelles s'inscrit le rapport de droit litigieux doivent être prises en compte (SJ 1996 p. 557).

4.4 En cas d'absence de pouvoir de représentation, le représenté est lié s'il ratifie le contrat (art. 38 al. 1 CO). La ratification n'est soumise à aucune exigence de forme; elle peut être expresse ou résulter d'actes concluants. La ratification a pour effet de lier le représenté.

- 5** **5.1** En l'occurrence, l'intimé a travaillé pendant deux ans de manière régulière pour l'appelante. Il a travaillé en moyenne une dizaine de jours par mois en 2002 si l'on tient compte d'un mois de vacances, et douze jours par mois durant le dernier trimestre 2002.

Selon l'intimé, le licenciement lui a été communiqué oralement par la comptable de l'appelante - également épouse du directeur de celle-ci - le 27 décembre 2002 lors d'un entretien orageux qui s'est déroulé sans témoin. Le licenciement lui a ensuite été confirmé par le directeur de l'appelante, également oralement, lors d'une rencontre le 7 janvier 2003. L'intimé indique encore qu'il n'a plus été fait appel à ses services en 2003.

Si l'appelante admet ne pas avoir fait appel à l'intimé début janvier, elle soutient avoir à plusieurs reprises en vain cherché à l'atteindre téléphoniquement pour lui confier des missions dès le 20 janvier 2003.

5.2 La Cour tient pour établi que l'intimé n'a plus travaillé pour l'appelante postérieurement à l'entretien litigieux avec la secrétaire comptable de l'appelante le 27 décembre 2002. Elle retient aussi que l'intimé a pu inférer du comportement de l'appelante qu'elle avait conféré à sa secrétaire comptable le pouvoir de l'engager dans ses relations avec le personnel. A cet égard, la Cour observera que plusieurs courriers de l'appelante concernant ce litige, notamment ceux des 16 janvier et 25 février 2003, sont signés de ladite secrétaire comptable.

En outre, l'intimé a pu légitimement comprendre les déclarations de la secrétaire comptable de l'appelante le 27 décembre 2002, de son directeur le 7 janvier 2003 et de l'attitude ultérieure de l'appelante, qu'il avait été licencié. Cette interprétation est corroborée par le fait que l'intimé s'est inscrit au chômage et a perçu des indemnités journalières dès février 2003.

Avec le Tribunal des prud'hommes, la Cour considère que l'appelante n'a pas établi avoir cherché à joindre l'intimé pour lui confier de nouvelles missions. A ce sujet, comme l'a relevé le Tribunal, l'appelante n'a jamais interpellé par écrit l'intimé au sujet de son prétendu refus de travailler. Ce n'est que le 20 mars 2003, en réponse au courrier de l'organisation syndicale de l'intimé qui prend acte du licenciement de son mandant, que l'appelante prétend pour la première fois avoir cherché en vain à lui proposer téléphoniquement des missions.

Au sujet de ses soi-disant appels téléphoniques entre le 20 janvier 2003 et le 16 mars 2003, le directeur de l'appelante a prétendu lors de la comparution personnelle du 19 octobre 2004 que les appels infructueux faisaient l'objet d'une

note au dossier alors que son épouse, secrétaire comptable dans l'entreprise, qui affirmait également avoir cherché à atteindre l'intimé a expliqué, lors de la même audience, que les appels infructueux ne faisaient jamais l'objet de notes de dossier.

Lors des enquêtes devant la Cour d'appel, un des administrateurs de l'appelante, cité comme témoin par l'appelante, qui travaille également au sein de celle-ci, a affirmé qu'il avait été informé du licenciement de l'intimé courant 2000, alors que celui-ci est intervenu le 27 décembre 2002. Ce même administrateur - qui partageait le bureau d'un autre collaborateur de l'appelante présenté comme ayant cherché à atteindre téléphoniquement l'intimé en mars 2003 mais qui lui n'a pas été cité comme témoin par l'appelante - a indiqué qu'il n'avait pas entendu que l'intimé avait été sollicité pour des missions au début 2003.

5.3 Au vu de ce qui précède, la Cour d'appel confirmera le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 25 mars 2004.

6. Les frais d'appel sont mis à la charge de l'appelante qui succombe.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite la délibération du 25 mars 2004 en la cause n° C/8134/2003 ;

Au fond :

- confirme ledit jugement ;
- condamne la E_____ SA au paiement de l'émolument de justice ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions ;

Le greffier de juridiction

Le président