

Les **juges cantonaux** se sont rendus coupables de **déni de justice formel** en **éludant une question centrale pour la résolution du litige**, à savoir déterminer s'il y avait entre les parties un accord valable prévoyant que le salaire convenu comprenait les vacances, jours fériés et autres prestations accessoires (c. 5).

Composition

Mmes les Juges fédérales Kiss, Présidente, Klett et Hohl.
Greffier : M. Piaget.

Participants à la procédure

A., représenté par Me Yves Nidegger,
recourant,

contre

1. B. Sàrl,
 2. A.C.,
- tous les 2 représentés par Me François Membrez,
intimés.

Objet

contrat de travail, prétentions fondées sur une convention collective,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 2 avril 2015.

Faits :

A.

A.a. Depuis février 2008, A. (ci-après: l'employé), maçon spécialisé dans les travaux acrobatiques, a travaillé pour B. Sàrl (ci-après: l'employeuse), société inscrite au registre du commerce genevois. La majeure partie de l'activité de cette société consiste en des travaux de maçonnerie, soit une activité visant le gros oeuvre.

A.C. et sa compagne, D., sont associés gérants de la société et tous deux sont actifs dans l'administration effective de celle-ci. La question de savoir si l'employé est, en plus de la société, aussi lié contractuellement à A.C. est encore litigieuse.

A.b. En 2012, l'employé, qui avait déjà travaillé pour l'employeuse de 2008 à 2010, puis en 2011, a signé un nouveau contrat de travail avec celle-ci, établi sur une formule de la Convention collective de travail romande du second oeuvre (CCT SOR) et dans lequel il était indiqué que l'employé percevait un salaire horaire de 45 fr. Le timbre apposé à la rubrique de l'employeur est libellé ainsi:

"B. Sàrl A.C., entreprise de travaux acrobatiques". L'employeuse soutient n'avoir pas prêté spécialement attention à cette formule qui lui avait été remise par la Caisse de compensation.

A.c. Les fiches de salaire qui étaient remises à l'employé étaient libellées au nom de B. Sàrl, ou ne comportaient pas d'en-tête.

A.d. L'employé a été en incapacité de travail depuis le 14 décembre 2012.

Le 18 janvier 2013, la Commission paritaire des métiers du bâtiment second oeuvre a indiqué à l'employé que l'activité de la société employeuse ne relevait pas du second oeuvre.

B.

Estimant, sur la base de la CCT SOR, qu'il avait droit à des prestations supérieures à celles qu'il avait reçues, l'employé (ci-après également: le demandeur), au bénéfice d'une autorisation de procéder, a conclu, le 27 mars 2013, à ce que A.C. et B. Sàrl soient condamnés, conjointement et solidairement, au paiement avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2010 des montants de 33'151 fr. 52 à titre d'indemnité pour vacances non prises, 15'394 fr. 50 à titre d'indemnité pour jours fériés, 25'954 fr. 15 à titre de 13e salaire, 12'400 fr. à titre d'indemnité forfaitaire de frais, 6'231 fr. 49 à titre de contribution à la retraite anticipée, 117'362 fr. 67 à titre de salaires, vacances, 13e salaire et participation à la retraite anticipée durant les périodes de demeure de l'employeuse, et 744 fr. 60 à titre de salaire maladie en décembre 2012. Il a encore conclu à la condamnation de ses parties adverses à lui fournir un certificat de travail conforme aux exigences légales et une attestation LACI conforme à ses revenus.

Considérant que la CCT SOR ne s'applique pas, A.C. et B. Sàrl ont conclu au déboutement de l'employé et au constat que le premier d'entre eux n'avait pas la qualité pour défendre.

Le 18 novembre 2013, l'employé a déposé un projet de certificat de travail intermédiaire que les deux parties adverses ont accepté.

Par décision du 15 mai 2014, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a déclaré la demande recevable (ch. 1 du dispositif) et dit que A.C. n'avait pas la qualité pour défendre (ch. 2). Admettant que la CCT SOR était applicable, il a condamné B. Sàrl à payer à l'employé les sommes brutes de 32'211 fr.05, 11'814 fr.38, 25'620 fr., 9'223 fr.75 et 5'973 fr.56, intérêts en sus (ch. 3 à 7), invité les parties qui en avaient la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 8), à délivrer un certificat de travail conforme au projet de l'employé (ch. 9), ainsi qu'une attestation LACI conforme à ses revenus (ch. 10), et il a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 11).

L'employeuse et l'employé ont chacun formé appel de cette décision.

Par arrêt du 2 avril 2015, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a annulé les chiffres 2 à 8 du jugement entrepris, et, admettant que la CCT Construction était applicable, elle a débouté l'employé de toutes ses conclusions dirigées contre A.C., confirmé le jugement entrepris en tant qu'il concerne les parties du dispositif visant le certificat de travail (ch. 9) et l'attestation LACI (ch. 10), et débouté les parties de toutes autres conclusions.

C.

L'employé, dont la demande n'a été admise par les juges cantonaux qu'en lien avec le certificat de travail et l'attestation LACI, exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et à ce qu'il soit réformé en ce sens que A.C. et B. Sàrl soient condamnés, conjointement et solidairement, à lui payer (sommes brutes) 32'211 fr.05 à titre de vacances non prises, 14'682 fr.92 à titre d'indemnité pour jours fériés, 25'620 fr.91 à titre de 13e

salaire, 9'223 fr.75 à titre d'indemnité forfaitaire de frais, ainsi qu'à lui fournir une attestation LACI conforme à ses revenus, sous suite de frais et dépens, ses parties adverses devant être déboutées de toutes autres conclusions.

Les intimés concluent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable, avec suite de frais et dépens.

Considérant en droit :

1.

1.1. Déposé en temps utile (art. 46 al. 1 let. a et 100 al. 1 LTF) par le demandeur qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu sur recours par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une contestation en matière de droit du travail dont la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

1.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Le recourant considère qu'il convient d'effectuer " quelques corrections " à l'état de fait dressé par la cour précédente, en particulier s'agissant de son salaire horaire et des mentions figurant sur le papier en-tête de la société employeuse. Il n'indique toutefois pas, conformément aux exigences strictes des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF, en quoi les constatations cantonales seraient arbitraires et il n'y a donc pas lieu de s'écarter de celles-ci.

Quant à la constatation selon laquelle l'associée gérante, au côté de A.C., est D. (actuelle compagne de celui-ci) et non B.C. (son ex-femme), elle procède d'une simple inadvertance de l'autorité précédente (reconnue par chacune des parties), laquelle a été corrigée dans l'état de fait (cf. supra let. A).

1.3. Le Tribunal fédéral applique d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal. Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation ne soit manifeste (ATF 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2).

2.

Le Tribunal des prud'hommes a retenu que A.C. n'avait pas la qualité pour défendre. Examinant la relation contractuelle établie entre l'employé et la société employeuse, il a notamment considéré que ce rapport était soumis à la CCT SOR, compte tenu de l'activité de la société, que l'employé, conformément à cette convention, avait droit à une indemnité pour les vacances qu'il n'avait pas prises (équivalant à 10,64% de son salaire brut total), à une indemnité pour jours fériés, au treizième salaire, ainsi qu'à une indemnité forfaitaire pour les frais.

La Cour de justice confirme l'absence de qualité pour défendre de A.C. et elle déboute l'employé des conclusions prises à son encontre (les premiers juges s'étant limités à procéder, dans leur dispositif, à

un simple constat). Observant que les deux parties ont fait état d'une activité relevant de façon majoritaire ou prépondérante de la maçonnerie, elle considère que la CCT SOR (second oeuvre) ne s'applique pas, mais que les parties sont soumises à la CCT Construction (gros oeuvre). Elle retient que l'employé a été rémunéré conformément à cette dernière convention en 2012, de même que les années précédentes, les montants perçus par l'employé étant largement supérieurs à ceux dus sur la base de la CCT Construction applicable en l'espèce.

3.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir mal appliqué le droit fédéral de la représentation en niant à tort la qualité pour défendre de A.C.

3.1. Force est de constater que le demandeur entreprend une nouvelle qualification juridique en se basant sur des faits "corrigés", notamment quant aux mentions figurant sur le papier en-tête de l'employeuse, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 1.2).

De l'état de fait établi par la cour cantonale, il ne résulte pas que A.C. aurait fondé la société employeuse ou conclu le contrat de travail avec l'employé en ayant d'ores et déjà l'intention d'échapper à ses obligations personnelles. **Il ressort des constatations cantonales que le contrat de travail a été conclu avec la seule société, représentée par A.C., lequel disposait du pouvoir de représentation nécessaire. L'activité économique a clairement été exercée par la société en tant que personne morale distincte, A.C. n'étant d'ailleurs pas le seul associé gérant, ni la seule personne active dans l'administration effective de la société.**

Il n'y a donc aucune trace d'un abus de droit, et l'une des conditions permettant de faire abstraction de l'indépendance juridique entre un associé et la personne morale n'est par conséquent pas remplie (arrêt 4A_417/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.3, résumé in JdT 2012 II 121).

En réalité, le demandeur a dirigé son action également contre l'associé gérant parce qu'il présume l'insolvabilité de la société (acte de recours p. 9). **Or, l'incapacité pour une société de payer ses dettes ne suffit pas, en soi, pour qu'il soit fait application de la théorie de la transparence** (arrêt 4A_417/2011 ibidem).

3.2. **La qualité pour agir et pour défendre dans un procès civil appartient, en règle générale, au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice et son absence entraîne, non pas l'irrecevabilité de la demande, mais son rejet** (ATF 125 III 82 consid. 1a p. 84).

C'est donc à bon droit que la cour cantonale, après avoir considéré que le défendeur A.C. n'a pas la qualité pour défendre, a débouté le demandeur de toutes ses conclusions dirigées contre ce défendeur.

L'arrêt cantonal, en tant qu'il concerne le défendeur A.C., doit être confirmé.

4.

4.1. Le recourant soutient que, dès lors que l'employeuse a exécuté à Genève et à titre principal des travaux d'étanchéité, de couverture et de façades, notamment le traitement de la carbonation, son activité entre dans la catégorie "second oeuvre" et qu'elle est obligatoirement soumise à la CCT SOR. Il en infère que la cour cantonale a "violé le droit fédéral" en écartant l'application de cette convention.

Le raisonnement du recourant se fonde sur des faits qui divergent de ceux établis par la cour

cantonale. En effet, l'autorité précédente a fait état d'une activité relevant de façon majoritaire ou prépondérante de la maçonnerie, constat qui a également été fait par les témoins entendus (arrêt entrepris consid. 3.3 p. 12). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur la critique (cf. supra consid. 1.2).

4.2. Le recourant estime que, même si l'activité de l'employeuse n'était pas soumise de façon obligatoire à la CCT SOR, il n'en demeure pas moins que les parties ont voulu soumettre leur relation contractuelle à cette convention. Il estime que la cour précédente a entrepris une appréciation arbitraire en retirant tout effet à la déclaration contenue dans le formulaire rédigé en avril 2012.

4.2.1. La cour cantonale constate que, même si l'employeuse a utilisé la formule se référant à la CCT SOR, elle n'avait pas l'intention de se soumettre au texte conventionnel précité et qu'elle n'avait même pas informé l'employé d'une telle intention. On peut comprendre que la cour cantonale - qui a d'ailleurs pris en compte des circonstances postérieures à la conclusion du contrat (soit le contenu des fiches de salaire de l'employé), ce qui présuppose qu'elle entendait établir la volonté subjective des parties (arrêt 4A_186/2009 du 3 mars 2010 consid. 5.2 et les arrêts cités) - a établi la réelle et commune intention des parties (soit une question de fait) selon laquelle les parties ne s'étaient pas soumises à la CCT SOR (cf. art. 18 CO; cf. aussi dans le contexte de la simulation: arrêt 4A_429/2012 du 2 novembre 2012 consid. 4.2).

Sous cet angle, le recourant se borne à affirmer que l'intention de l'employeuse d'être liée par la CCT SOR résulte d'un "texte parfaitement clair". Il procède ainsi à une affirmation purement appellatoire, sans démontrer en quoi les constatations cantonales auraient été établies arbitrairement, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 1.2).

4.2.2. En ce qui concerne le droit à la preuve, également évoqué par le demandeur dans ce contexte, on peine à discerner, à la lecture de son mémoire de recours, en quoi consisterait la violation. En particulier, dans ses explications confuses, on ne voit pas en quoi il serait contraire au droit à la preuve d'avoir exclu un accord, entre les parties, sur l'application de la CCT SOR. Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur cette critique.

Enfin, toujours sous l'angle de la violation du droit à la preuve, le demandeur soutient qu'il aurait supporté "la conséquence procédurale du refus de l'employeur de coopérer à l'administration des preuves", le demandeur étant d'avis qu'il appartenait à l'employeuse de remettre au juge l'exemplaire de la convention (rédigée sur une formule de la CCT SOR et comprenant, selon lui, la signature de l'employé). Pour autant qu'on la comprenne, cette critique se révèle, à la lumière des considérations qui précèdent effectuées sous l'angle de l'art. 18 CO, sans aucune consistance, les parties n'ayant pas eu l'intention (réelle et commune) de s'affilier à la CCT SOR.

4.3. Le recourant affirme encore que, quand bien même la déclaration de l'employeuse d'avril 2012 consisterait en une "stipulation unilatérale", il n'est "pas contestable" que cette déclaration "lie l'employeur contractuellement" et que la cour cantonale "ne pouvait en tout état de cause pas priver cette déclaration de toute portée juridique".

A supposer que le demandeur entende, par ces affirmations, soulever un moyen distinct de ceux qui viennent d'être examinés, le grief, qui ne fait l'objet d'aucune motivation, doit être déclaré irrecevable.

5.

Le recourant invoque également un déni de justice. Il observe que la cour cantonale a annulé le jugement de première instance (rendu en application de la CCT SOR) en indiquant que seule la CCT Construction était applicable. Il reproche alors à la cour cantonale de n'avoir pas statué à nouveau

sur les prétentions qu'il a élevées en application de la convention retenue.

5.1. Après avoir conclu que la CCT SOR ne s'appliquait pas en l'espèce, la cour cantonale a retenu que, durant trois mois en 2012, l'employé avait été rémunéré conformément à la CCT Construction et que, pour les périodes précédentes (où le salaire conventionnel de base était moindre qu'en 2012), un constat similaire pouvait être opéré, puisque l'employé avait régulièrement touché, depuis le début de son emploi, entre 40 fr. et 45 fr. de l'heure, soit des montants largement supérieurs à ceux dus sur la base de la CCT Construction.

Force est ici de constater, avec le recourant, que les juges cantonaux ont éludé une question pourtant centrale pour la résolution du litige. Il s'agissait en effet de savoir s'il existait entre les parties un accord valable prévoyant que le salaire convenu englobait les vacances, les jours fériés et les autres prestations accessoires, question qui avait été tranchée par la négative (sous l'angle de la CCT SOR) par les premiers juges.

Le raisonnement des magistrats cantonaux à cet égard n'est pas clair. Ils semblent être partis du principe que, sous l'empire de la CCT Construction, le taux horaire comprenait les vacances, le treizième salaire, la pause et les jours fériés (arrêt entrepris let. C.b p. 4, et consid. 3.3 p. 12). Dans un autre paragraphe, dans la partie "en fait" de l'arrêt attaqué, ils indiquent cependant que le travailleur avait reçu 499 fr. en avril 2012 et 3'645 fr. au titre d'indemnités pour jours fériés afférents aux années 2011 et 2012 (let. C.f), ce qui semble plutôt indiquer que ces postes ne sont pas compris dans le taux horaire.

Cela étant, les juges précédents ont considéré que le demandeur avait globalement reçu davantage que ce à quoi il pouvait prétendre sur la base de la CCT Construction, sans toutefois résoudre une question (préalable) centrale (visant les vacances, les jours fériés et d'autres prestations accessoires), qui faisait pourtant précisément l'objet des conclusions du demandeur.

5.2. La question de savoir si l'on se trouve en présence d'un refus de statuer ou d'une violation du devoir de motiver peut demeurer indécise (cf. arrêt 5P.373/2005 du 31 mai 2006 consid. 2.3.3, qui retient ce double fondement); il s'agit, dans les deux situations, d'un déni de justice formel, qui entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (pour le refus de statuer: ATF 133 III 537 consid. 4.3; pour la violation du droit d'être entendu: ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 et les arrêts cités).

Le recours en matière civile, en tant qu'il concerne la société employeuse, est déclaré bien fondé, le jugement cantonal, en tant qu'il concerne cette société, est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité précédente pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

6.

Le demandeur, en tant qu'il a recouru contre le défendeur A.C., succombe. En tant qu'il a recouru contre la société défenderesse, il obtient partiellement gain de cause. Cela étant, les frais judiciaires seront repartis par moitié entre le demandeur (2'000 fr.) et la société défenderesse (2'000 fr.).

Quant aux dépens, ils seront compensés entre le demandeur, d'un côté, et les parties défenderesses, de l'autre, celles-ci étant représentées par le même avocat.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis, l'arrêt attaqué est annulé en tant qu'il concerne la société

intimée et la cause est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge du demandeur à raison de 2'000 fr., et à la charge de la société défenderesse à raison de 2'000 fr.

3.

Les dépens sont compensés.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes.

Lausanne, le 9 septembre 2015

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

Le Greffier : Piaget