



E_____

Dom. élu : Me Florence YERSIN
Etude YERSIN & LORENZI
Bd Saint-Georges 72
1205 Genève

Partie appelante

Monsieur T_____

Dom. élu : Me Roger MOCK
Rue du Conseil-Général 18
1205 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 14 octobre 2009

M. Guy STANISLAS, président

Mme Suzanne BORSTEDT-VOGT et M. Tito VILA, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Mohammad-Ali DAFTARY, juges salariés

Mme Chantal MARGAN, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par jugement du 1^{er} décembre 2008, le Tribunal des prud'hommes a condamné E___ à verser à T___ les sommes brutes de fr. 73'500.- (sous déduction de fr. 34'000.-) à titre d'arriérés de salaire et de fr. 11'900.- à titre d'heures supplémentaires, le tout avec suite d'intérêts à 5% l'an dès le 31 mai 2007. En substance, le Tribunal a considéré que T___ aurait dû recevoir à titre de salaire, à teneur du contrat de travail et des attestations-quitances de l'administration fiscale cantonale (service de l'impôt à la source) pour les années concernées, les sommes de fr. 35'000.- pour l'année 2005 et fr. 38'500.- pour l'année 2006 ; ayant reçu, pour la même période, des salaires à concurrence de fr. 34'000.-, E___ restait redevable du solde à titre d'arriérés. Le Tribunal a en outre considéré que l'employé pouvait prétendre à une indemnité à titre d'heures supplémentaires pour avoir effectué un service de piquet auprès du client de son employeur. Par le même jugement, le Tribunal a condamné T___ à verser à E___ la somme nette de fr. 3'600.- à titre de remboursement de factures de téléphones effectués à titre privé. Les réclamations complémentaires de l'employé (frais de déplacements) et les prétentions reconventionnelles de l'employeur (frais de location d'un véhicule, remboursement de contraventions) ont été rejetées.
- B.** A l'encontre de ce jugement, notifié aux parties le 2 décembre 2008, E___ interjette appel par acte déposé au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 2 janvier 2009. En substance, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu que T___ avait travaillé au sein de l'entreprise pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006 alors qu'il s'était mis en disponibilité pour pouvoir assumer une activité professionnelle dans l'établissement public « A___ » que son frère avait ouvert à Genève. L'appelante indique que les témoignages recueillis dans la procédure permettent de retenir que l'employé n'avait pas travaillé au sein de l'entreprise E___ pendant la période concernée. L'appelante fait également grief au Tribunal d'avoir retenu que T___ avait effectué des heures sup-

plémentaires en ayant été à disposition la nuit auprès du client de son employeur alors que l'hébergement de l'employé dans la résidence du client répondait à des convenances personnelles de T___ qui ne disposait plus de logement pendant la période considérée. E___ sollicite ainsi que le jugement du Tribunal des prud'hommes du 1^{er} décembre 2008 soit annulé, que T___ soit débouté de ses conclusions et que, à titre reconventionnel, il soit condamné à lui payer les sommes nettes de fr. 4'500.- à titre de location du véhicule de l'entreprise utilisé à titre privé pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006, fr. 1'060.- à titre de remboursement de contraventions et fr. 8'292.60 à titre de remboursement de frais de téléphone effectués à titre privé.

- C.** Par mémoire de réponse du 18 février 2009, T___ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.
- D.** Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants :
- a)** E___ (ci-après E___) est une société ayant pour but la location de véhicules avec ou sans chauffeur.
- b)** T___ a été employé par la société E___ du 1^{er} mars 2005 au 30 novembre 2006 en qualité de chauffeur. Aucun contrat de travail n'a été signé entre les parties.
- c)** Dans le cadre de ses activités, T___ intervenait comme principal adjoint de B___, animateur de E___.
- d)** Selon courrier du service du contentieux de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 5 juin 2008 adressé à E___, l'entreprise a déclaré pour T___ un salaire de fr. 35'000.- pour l'année 2005 (mars à décembre) et de fr. 38'500.- pour l'année 2006 (janvier à novembre). De même, selon une liste récapitulative

du service de l'impôt à la source pour les années 2005 et 2006 et des attestations-quittances pour les mêmes années, le salaire perçu par l'employé s'est élevé à fr. 35'000.- en 2005 et à fr. 38'500.- en 2006.

E. Par demande du 31 mai 2007, amplifiée le 26 juin 2007, T___ a assigné E___ en paiement de :

- fr. 31'833.- à titre d'arriérés de salaire pour les mois de mars 2005 à novembre 2006.
- fr. 3'000.- à titre de frais de déplacement
- fr. 32'340.- à titre d'heures supplémentaires pour la période du 30 mars 2006 au 27 juillet 2006,

Dans la même demande il reconnaissait devoir à E___ à titre de factures de téléphone à titre privé une somme de fr. 3'600.-.

T___ a indiqué avoir travaillé de façon ininterrompue pendant la période de mars 2005 à novembre 2006 et n'avoir reçu, à titre de salaire, qu'un montant de fr. 27'000.- pendant la période concernée en dépit de l'assurance de l'employeur de lui verser les montants dus à titre de salaire. Il a également indiqué avoir effectué une mission ininterrompue durant 119 jours, soit du 29 mars 2006 au 27 juin 2006, auprès de l'épouse du roi de C___ à raison de 16 heures par jour, y compris la nuit.

F. E___ s'est opposée à la demande, invoquant avoir réglé les salaires de son employé avec régularité et indiquant que les rapports de travail avaient été suspendus, à la demande de l'employé, pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006 durant laquelle T___ avait travaillé pour son frère au restaurant « A___ » à Genève. E___ a formulé une demande reconventionnelle en paie-

ment d'une somme de fr. 13'852.60 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2005 composée de (i) fr. 1'060.- à titre de remboursement de contraventions (ii) fr. 4'500.- à titre de paiements pour la location de deux véhicules de l'entreprise utilisés à titre privé (iii) fr. 8'292.60 à titre de remboursement de communications téléphoniques effectuées à titre privé. A l'appui de cette demande reconventionnelle, E___ a indiqué que T___ avait utilisé deux véhicules de l'entreprise pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006 durant laquelle il ne travaillait pas pour son employeur mais s'occupait du restaurant de son frère ; il avait également utilisé le téléphone mis à sa disposition par E___ à des fins privées pour effectuer des communications internationales dont les coûts s'élevaient à fr. 8'292.60 selon récapitulatif des factures D___ ; enfin, pendant la période concernée, les véhicules utilisés par T___ avaient été verbalisés pour infraction aux règles de la circulation routière pour des contraventions ascendant à fr. 1'060.-.

- G.** Dans le cadre de l'instruction du litige, le Tribunal a procédé à l'audition de plusieurs témoins.

F___ a indiqué avoir travaillé en qualité de chauffeur à temps complet pour E___ pendant la période d'octobre 2005 à juillet 2007 et avoir régulièrement perçu son salaire. Il a indiqué avoir su que T___ et son frère avaient ouvert un restaurant à Genève.

G___ a indiqué avoir travaillé pour E___ de 2004 à 2006 et y avoir régulièrement perçu son salaire. Il a indiqué avoir su que T___ travaillait au restaurant de son frère pour une période déterminée sans pouvoir se prononcer si, pendant la même période, il continuait à travailler pour E___.

H___, ancien employé de E___, a confirmé que, durant la mission pour la famille du roi de C___, T___ avait logé au palais en précisant qu'il ne disposait apparemment pas de logement pendant cette période.

I___, chauffeur, a indiqué se rendre régulièrement au restaurant « A___ » mais n'avoir jamais vu T___ y travailler.

J___, chauffeur, a indiqué avoir travaillé pour E___ d'avril à juin 2006, époque pendant laquelle T___ était responsable des chauffeurs. Il a précisé que, durant la mission pour la famille du roi de C___, il dormait sur place pour être disponible.

K___, chauffeur, a indiqué que T___ était responsable des chauffeurs et distribuait le travail. Il a précisé avoir également participé à la mission auprès de la famille du roi de C___ et confirmé que T___ logeait sur place, dans un bungalow, en raison des exigences des clients qui demandaient une disponibilité permanente.

- H.** Le 1^{er} décembre 2008, le Tribunal des prud'hommes a rendu le jugement entrepris. Les premiers juges ont considéré que les débats ne permettaient pas de retenir que les rapports de travail avaient été suspendus pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006, T___ continuait à s'occuper du parc des véhicules automobiles pendant cette période, effectuant diverses missions pour des clients, véhiculant notamment un client à Paris et continuait à distribuer le travail auprès des chauffeurs. Le Tribunal a estimé, sur la base des décomptes de salaires, des attestations-quittances pour l'impôt à la source et des communications de la Caisse cantonale genevoise de compensation que T___ aurait dû percevoir un salaire brut de fr. 35'000.- pour l'année 2005 correspondant à 10 mois d'activité à raison de fr. 3'500.- par mois (mars à décembre) et de fr. 38'500.- pour l'année 2006 (correspondant à 11 mois d'activité de janvier à novembre).

Le Tribunal a retenu, sur la base des acomptes versés à l'employé que ce dernier avait reçu pendant la période incriminée un montant de fr. 34'000.-, le solde lui restant alors dû. S'agissant des heures supplémentaires, les premiers juges ont considéré qu'il ressortait des enquêtes que T___ était à disposition de la famille royale de C___ de façon permanente et qu'il dormait effectivement dans l'enceinte du palais pouvant être appelé à n'importe quelle heure de la nuit. Le Tribunal a considéré à ce sujet que T___ avait effectué un travail de piquet au sens de l'art. 14 OLT 1 et qu'il avait été à disposition de la famille royale au moins 16 heures par jour. Le Tribunal a relevé que, selon les usages admis dans la profession de chauffeur, la mise à disposition pendant la nuit est généralement rémunérée au prix de fr. 100.- par nuit. T___ ayant travaillé 119 jours, il pouvait prétendre à une rémunération brute de fr. 11'900.- à titre d'heures supplémentaires.

La prétention reconventionnelle de E___ en paiement de fr. 4'500.- à titre de frais de location d'un véhicule a été rejetée au motif que la preuve de cette créance ne ressortait pas des débats. De même, faute de preuves, la réclamation reconventionnelle en paiement de fr. 1'060.- à titre de remboursement de contraventions a également été rejetée. Enfin, la réclamation reconventionnelle en paiement de fr. 8'292.60 à titre de remboursement de factures D___ a été admise à concurrence de fr. 3'600.-, montant reconnu par l'employé.

- I.** A la demande des parties, la Cour d'appel des prud'hommes a procédé à l'audition de plusieurs témoins.

H___, déjà entendu en première instance, a confirmé se souvenir qu'un jour déterminé, T___ n'était pas venu assumer son activité auprès de la société E___ au motif qu'il travaillait au restaurant de son frère ; il a indiqué ne pas se souvenir si cet épisode s'était répété. Il a précisé avoir remplacé au pied levé T___ qui effectuait une mission pour un diplomate libyen qu'il avait interrompu compte te-

nu de son activité au restaurant de son frère. Il a enfin indiqué que T___ lui avait précisé qu'il ne disposait plus de logement et qu'il logeait dans les dépendances du palais pour des raisons de convenances.

F___, également entendu en première instance, a indiqué que T___ était l'adjoint de B___ et qu'il l'avait régulièrement vu dans les locaux de la société même si, à son souvenir, il était moins présent en été 2006. Il a indiqué avoir vu T___ à la caisse du restaurant de son frère lorsqu'il effectuait diverses visites dans cet établissement mais n'avoir pas su si T___ avait quitté son emploi de chauffeur pour travailler dans cet établissement.

L___ a indiqué avoir travaillé pour E___ d'avril à juillet 2006 et avoir été affecté à la mission du Royaume de C___ en compagnie de T___ qui dirigeait les opérations. Il a précisé que ce dernier intervenait comme chauffeur de nuit, notamment pour remplacer les collègues qui étaient absents et qui ne souhaitaient pas sortir, de sorte que T___ intervenait quasiment toutes les nuits.

M___ a indiqué avoir travaillé dans le restaurant « A___ » et précisé que T___ ne travaillait pas dans cet établissement et qu'il continuait son activité de chauffeur.

A l'issue de l'audience, E___ a sollicité l'audition complémentaire de trois témoins qui pourraient éclairer la Cour d'appel des prud'hommes sur les heures supplémentaires prétendument effectuées par son ancien employé.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel de E___ est recevable.

2. La procédure prud'homale obéit à des motifs de simplicité et rapidité. S'agissant des témoins en procédure d'appel, l'art. 64 LJP stipule que la Cour d'appel ne procède à l'audition de témoins que dans la mesure où les parties l'ont sollicitée dans leurs écritures, respectivement d'appel et de réponse. La procédure prud'homale ne connaît pas la prorogation d'enquêtes sauf si le juge, dans le cadre de l'établissement des faits, estime nécessaire de devoir y procéder d'office. La requête en audition de témoins formulée par l'appelante à l'issue de l'audience devant la Cour d'appel sera ainsi rejetée.

3. E___ conteste devoir des arriérés de salaire à T___ au motif qu'elle aurait versé l'intégralité des salaires dus et que les rapports de travail aurait été suspendus pendant la période de mars 2005 à novembre 2006 impliquant une absence de rémunération de l'employé pendant cette période.
 - a) Dans le cadre de l'aménagement de leurs rapports de travail, l'employeur et l'employé peuvent convenir que les rapports de travail seront suspendus pendant une période déterminée, à savoir que l'employé bénéficie d'un congé sans solde pendant une période déterminée sans que cette situation implique nécessairement une résiliation de service. En espèce, E___ invoque une suspension des rapports de service au motif que T___ aurait cessé toute activité au sein de l'entreprise pour pouvoir se consacrer à une activité de restauration dans l'établissement que son frère venait d'ouvrir à Genève. T___ indique avoir continué à accomplir ses tâches au sein de E___ même s'il a pu à l'occasion, donner un « coup de main » dans le restaurant de son frère.

Appréciant le résultat des mesures probatoires, la Cour d'appel relève que les témoins M___ et I___ ont clairement indiqué, pour fréquenter le restaurant, l'un en qualité d'employé, l'autre en qualité de client assidu, n'avoir jamais constaté que T___ y travaillait. Les témoins H___ et F___ ont certes indiqué, de façon

vague, que T___ travaillait dans l'établissement, mais leurs déclarations sont trop ténues pour pouvoir être retenues ; le témoin H___ a en effet indiqué s'être souvenu qu'à une occasion déterminée, T___ ne s'était pas présenté à son travail chez E___ au motif qu'il travaillait dans le restaurant de son frère sans toutefois pouvoir indiquer s'il s'agissait d'un épisode isolé ou si cette situation s'était réitérée. Le témoin F___ a indiqué que, à son souvenir, T___ avait moins travaillé chez E___ en été 2006 alors que cette période ne concerne pas la période litigieuse de suspension du contrat qui, aux dires de l'employeur, se serait déroulée du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006. Ces deux témoignages sont donc trop flous et incomplets pour pouvoir être retenus.

La Cour d'appel relève d'ailleurs que, pendant cette même période, T___ a accompli des activités pour le compte de son employeur puisqu'il ressort des pièces fournies à la procédure qu'il a effectué des transferts et véhiculé des clients. De plus, selon les propres déclarations de l'employeur, ce dernier a attesté auprès des organismes compétents le paiement des salaires pour la période incriminée démontrant par là qu'aucune suspension des rapports de service n'avait été convenue avec son employé. C'est donc à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a retenu que les rapports de service n'avaient pas été suspendus pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006 et que le salaire restait dû à T___ pendant cette période.

- b)** La rémunération de l'employé ayant été arrêtée à fr. 3'500.- par mois, c'est à bon droit et conformément d'ailleurs aux déclarations de l'employeur auprès des organismes compétents que le Tribunal a retenu que T___ avait droit, à titre de salaire à un montant de fr. 35'000.- pour l'année 2005 et un montant de fr. 38'500.- pour l'année 2006 d'où il convenait de déduire une somme de fr. 34'000.- déjà versée. Le jugement serait ainsi confirmé sur ce point.

4. L'appelante conteste devoir une indemnité pour rétribution d'heures supplémentaires au bénéfice de T___ au motif qu'il n'était pas affecté à une mission de nuit auprès de la résidence royale de la famille royale.
- a) Les heures supplémentaires sont définies comme les heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel. L'obligation d'effectuer des heures supplémentaires est régie par l'art. 321 c CO. Les heures supplémentaires doivent être effectuées dans l'intérêt de l'employeur. Il en est ainsi des heures supplémentaires accomplies à la demande de l'employeur, même si le travailleur les a sollicitées ou approuvées en raison des revenus supplémentaires qu'elles lui procurent. Lorsqu'elles ont été effectuées à l'initiative du travailleur, elles ne constituent des heures supplémentaires que si elles sont objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, qu'elles sont justifiées et qu'elles sont portées à la connaissance de ce dernier ou qu'il ne peut ignorer leur accomplissement. Ne constituent pas des heures supplémentaires celles qui sont accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que des circonstances exceptionnelles ne les justifient dans l'intérêt de l'employeur (Wylser, Droit du travail, 2^{ème} éd p. 117 ; JAR 2001 p. 164 ; ATF 116 II 69 ; arrêt du TF du 13 août 2004 dans la cause 4C 92/2004). De plus, le travailleur qui attend de longs mois ou la fin des rapports de travail pour annoncer de prétendues heures supplémentaires ne peut exiger leur rémunération, l'employeur n'étant dans ce cas pas informé et n'ayant pas la possibilité de s'opposer à l'accomplissement de telles heures. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires (première condition) et où il n'a pas de raison de savoir que de telles heures supplémentaires ont été effectuées (seconde condition), le Tribunal fédéral admet que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 = JT 2003 I 241 ; Wylser, loc cit. p. 117).

- b) Il ressort de la procédure que E___ avait affecté trois véhicules avec chauffeurs auprès de la famille royale de C___ pour permettre une utilisation des véhicules de nuit en cas de nécessité. Il n'est pas contesté que T___ n'était pas affecté à cette tâche spécifique et le représentant de E___ a indiqué n'avoir jamais instruit son employé de passer les nuits au palais royal dès lors que trois voitures avec chauffeurs y étaient déjà pourvus. Il ressort toutefois des débats que T___ a logé, pendant cette mission, dans les dépendances royales sans qu'il ait été clairement établi si cette situation répondait à une motivation de commodité personnelle au motif que l'employé n'avait plus de logement ou si cela répondait à un impératif professionnel. Les témoignages recueillis à ce sujet dans la procédure sont contradictoires. Certains témoins indiquent que l'intimé y résidait sur place pour organiser le travail (témoins J___, K___, L___), d'autres indiquent que l'intimé logeait sur place par pure commodité au motif qu'il ne disposait pas d'un logement pendant cette période (témoins H___, F___). La Cour d'appel relève que, même si en sa qualité d'adjoint de B___ T___ pouvait être amené à organiser le travail des chauffeurs pendant l'importante mission pour la famille royale de C___, cette situation ne l'obligeait à loger dans les dépendances du palais et l'employé n'avait reçu à ce sujet aucune instruction de son employeur. E___ n'ayant pas instruit T___ d'effectuer un service de nuit à la résidence royale et n'ayant pas été formellement informée par son employé de l'accomplissement d'une telle activité, l'employeur était légitimé à s'opposer à la rémunération de ces heures supplémentaires pour lesquelles T___ a attendu la fin des rapports de travail pour en réclamer le paiement, n'ayant formulé aucune revendication auparavant (ATF 129 III 171 = JT 2003 I 241). La Cour d'appel relèvera ainsi que l'employé n'a pas pu établir la preuve d'avoir effectué des heures supplémentaires instruites, ou à tout le moins tolérées par son employeur, il sera débouté de sa réclamation à ce sujet.
5. L'appelante réclame, dans une demande reconventionnelle, une somme de fr. 1'060.- à titre de participation à des contraventions notifiées à son employé. A

l'audience de ce jour, ce dernier a reconnu une somme de fr. 400.- qui lui serait imputable pour diverses infractions aux règles de la circulation routière. Ce montant sera pris en considération par la Cour d'appel ; tout surplus étant rejeté comme non prouvé.

6. C'est à bon droit que le Tribunal a rejeté la prétention reconventionnelle de E___ en paiement d'une somme de fr. 4'500.- pour location d'un véhicule automobile pendant la période du 1^{er} octobre 2005 au 31 janvier 2006 liée à la suspension des rapports de service. En effet, la Cour d'appel a retenu que les rapports de service n'avaient pas été suspendus pendant cette période de telle sorte que le véhicule automobile mis à disposition de l'employé n'a pas pu être utilisé à des fins exclusivement privées. La réclamation de l'employeur sur ce point sera rejetée.

S'agissant des factures téléphoniques, c'est également à bon droit que le Tribunal a considéré qu'une somme de fr. 3'600.- reconnue par l'intimé devait être mise à sa charge. Les parties ne se sont accordées sur les numéros de téléphone attribués à l'employé pour les appels professionnels et l'employeur a échoué dans la preuve du préjudice imputable à T___ qu'il lui incombait d'établir.

7. En conséquence, le jugement du Tribunal des prud'hommes sera partiellement réformé. E___ sera condamnée à verser à T___ la somme de fr. 73'500.-, sous déduction de fr. 34'000.-, à titre d'arriérés de salaires. T___ sera condamné à verser à E___ les sommes nettes de fr. 3'600.- et fr. 400.- à titre de remboursement de factures de téléphones et de contraventions. Ces derniers paiements porteront intérêts au taux légal à compter du 15 février 2008, date de la demande reconventionnelle formulée par E___ et non à compter du 1^{er} mars 2005 correspondant au début des relations de travail qui ne peuvent faire naître l'exigibilité de ces créances.

8. L'émolument d'appel sera mis à la charge de l'appelante.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E___ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 1^{er} décembre 2008 dans la cause C/11477/2007-3.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

1. Condamne E___ à verser à T___ la somme brute de fr. 73'500.- avec intérêts de 5% l'an dès le 31 mai 2007, sous déduction d'une somme nette de fr. 34'000.- déjà versée;
2. Condamne T___ à verser à E___ la somme nette de fr. 4'000.- avec intérêts de 5% l'an dès le 15 février 2008;
3. Autorise les parties à compenser leurs créances respectives;
4. Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales légales usuelles;

5. Laisse l'émolument d'appel à la charge de E___;
6. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président