



E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Dominique LEVY  
Rue Prévost-Martin 5  
1205 Genève

T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Jacques EMERY  
Boulevard Helvétique 19  
1207 Genève

**Partie appelante sur appel principal et  
et partie intimée sur appel incident**

**Partie intimée sur appel principal et  
partie appelante sur appel incident**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

Du mardi 20 décembre 2005

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

MM. Pierre KLEMM et Thierry ULMANN, juges employeurs

MM. Igor BERGER et M. André MOLNAR, juges salariés

Mme Myriam LAMBERT, greffière d'audience

**EN FAIT**

La Cour reprend, pour l'essentiel, les faits retenus par le Tribunal fédéral :

**A.** E\_\_\_\_\_ SA a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité de coursier, dès le 18 février 1999. Un contrat en la forme écrite a été établi en date du 24 février 1999, à teneur duquel, le salaire mensuel brut de l'employé a été fixé à fr. 1'380.- bruts, pour une activité évaluée à soixante-deux heures par mois. Sa tâche consistait en la livraison d'enveloppes à la clientèle.

T\_\_\_\_\_ percevait au surplus une indemnité forfaitaire mensuelle de fr. 420.- nets de son employeur, du fait qu'il utilisait son propre véhicule pour se déplacer.

**B.** En raison de l'augmentation de la charge de travail, E\_\_\_\_\_ a spontanément revu la rémunération de son coursier à la hausse, et ce à deux reprises (soit, fr. 1'500.- dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, et fr. 2'000.- dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001). Son indemnité mensuelle pour ses frais professionnels est passée de fr. 425.- lors de son engagement à fr. 525.- dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Par ailleurs, T\_\_\_\_\_ a perçu une gratification (de fr. 1'500.-, puis de fr. 3'000.-) pour les années 1999 à 2001, mais pas pour 2002.

**C.** Par courrier du 28 janvier 2003, E\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail de son coursier avec effet au 30 avril suivant ; le coursier a été immédiatement libéré de son obligation de travailler.

**D.** Le 7 juillet 2003, T\_\_\_\_\_ a déposé une demande au greffe de la Juridiction des prud'hommes, par laquelle il a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de fr. 22'745.-. Cette somme se décomposait comme suit :

- fr. 19'500.- à titre d'arriérés de salaire et de gratification pour 2002
- fr. 2'470.- à titre de frais de voiture et d'essence
- fr. 775.- à titre de frais divers

A l'appui, il alléguait, notamment, que la durée de son temps de travail et les distances parcourues avaient continué d'augmenter après janvier 2001, et qu'en dépit de ses doléances répétées auprès de son employeur, sa rétribution n'avait plus été adaptée.

La demande tendait en outre à l'établissement d'un certificat de travail en sa faveur.

**E.** Lors de l'audience de conciliation du 12 août 2003, une ordonnance préparatoire a été rendue, selon laquelle les parties étaient tenues de produire diverses pièces. En particulier, la défenderesse devait remettre, le 29 août 2003 au plus tard, les listes au sujet des enveloppes distribuées par le travailleur, durant la période de février 1999 à janvier 2003.

Après l'échec de la tentative de conciliation, la cause a été renvoyée au Tribunal.

- F.** Dans son mémoire réponse, E \_\_\_\_\_ a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions, et n'a pas remis les pièces susmentionnées.
- G.** Le demandeur a déclaré, lors de l'audience tenue le 9 octobre 2003, qu'il s'était rendu compte, au mois de mars 2002, qu'il était insuffisamment payé au regard de l'horaire qu'il effectuait, et des frais professionnels qu'il assumait.

Il a indiqué que les nouveaux destinataires des enveloppes étaient géographiquement répartis de telle sorte qu'il y consacrait plus de temps qu'auparavant. Il a ajouté qu'il amplifiait sa demande en ce qu'il réclamait, en sus de ses conclusions précédentes, une gratification *prorata temporis* pour l'année 2003, ainsi qu'une indemnité pour licenciement abusif.

La défenderesse, quant à elle, a expliqué qu'une augmentation des livraisons était effectivement intervenue à la fin 1999 et au début 2000, mais qu'elle en avait tenu compte en augmentant le salaire du coursier.

En revanche, selon ses statistiques, le nombre de ses clients destinataires n'avait pas augmenté pendant les années 2000 à 2003.

Il a été procédé à l'audition, en tant que témoin, d'un ancien collaborateur de la défenderesse, qui avait travaillé comme coursier remplaçant de 1999 à fin 2000. Il a notamment expliqué qu'il devait se rendre de plus en plus vers l'extérieur de la ville et que les arrêts s'étaient multipliés. Selon ses souvenirs, il consacrait au début environ deux heures et demie par tournée, pour passer progressivement à quatre heures.

- H.** Par jugement du 3 novembre 2003, le Tribunal des prud'hommes a condamné la défenderesse à délivrer un certificat de travail complet à T \_\_\_\_\_, ainsi qu'au versement, avec intérêts moratoires de 5% l'an, dès l'introduction de la demande, de :

- la somme brute de fr. 12'150.- à titre de complément de salaire
- la somme nette de fr. 2'470.- à titre de frais de voiture et d'essence

Le Tribunal a constaté que le nombre des enveloppes à distribuer par le coursier n'avait pas sensiblement augmenté. Toutefois, il a retenu qu'au cours des années 2001 et 2002, les destinataires étaient situés de plus en plus loin du centre de Genève, ce qui avait provoqué un accroissement important de la durée du travail du demandeur, ainsi que de ses frais d'essence.

- I.** Par mémoire déposé le 24 juin 2004, E \_\_\_\_\_ a formé appel contre ledit jugement.

Il a principalement critiqué le fait que le Tribunal s'était basé uniquement sur des pièces produites pas l'intimé après son licenciement, et que l'employeur n'avait pas pu les vérifier.

Dans ses écritures datées du 2 août 2004, T \_\_\_\_\_ a répondu à l'appel en requérant l'annulation du jugement disputé et en y joignant un appel incident, par lequel il a conclu à ce que E \_\_\_\_\_ soit condamné à lui verser la somme totale de fr. 25'406.-, à titre de complément de salaire en raison de l'augmentation de son temps de travail, de gratification et d'indemnité pour licenciement abusif.

Il a fait valoir, entre autres, que l'appelante n'avait pas donné suite à l'ordonnance du 12 août 2003, tendant à ce qu'elle produise la liste des enveloppes et de leurs destinataires. Il en inférait que les faits qu'il avait allégués, même s'ils avaient été contestés par l'autre partie, devaient être tenus pour établis, conformément à l'art. 186 al 2 loi de procédure civile genevoise.

- J.** La Cour d'appel s'est prononcée le 10 février 2005. Hormis l'obligation de fournir un certificat de travail, elle a donné entièrement gain de cause à l'appelante.

A son avis, l'intimé n'avait pas prouvé une augmentation de sa charge de travail après la dernière adaptation de son salaire.

En effet, les tableaux et les graphiques qu'il avait produits n'étaient pas concluants, d'une part, parce qu'il les avait établis lui-même pour les produire plus de deux mois après son licenciement, et d'autre part, parce que la défenderesse n'avait pas eu l'occasion de les vérifier pendant les rapports de travail. De surcroît, ces documents comportaient des lacunes et des invraisemblances.

Néanmoins, les statistiques produites par la défenderesse révélaient une diminution des livraisons en 2001, suivie d'une nouvelle augmentation en 2002.

La Cour a en outre retenu que l'accroissement des livraisons antérieures avaient été valablement compensées par des augmentations de salaire et que les heures supplémentaires de travail n'étaient pas établies. Le même raisonnement s'appliquait à l'indemnité forfaitaire pour le véhicule.

La motivation de l'arrêt ne comporte aucune allusion à l'ordonnance préparatoire du 12 août 2003.

- K.** Le 16 mars 2005, T \_\_\_\_\_ a formé un recours de droit public, par lequel il a conclu à l'annulation de l'arrêt du 10 février 2005 (*supra*), et à la condamnation E \_\_\_\_\_ aux frais de la cause et aux dépens.

Le recourant a invoqué le fait que la Cour avait violé son droit d'être entendu, soit l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale en ne tenant pas compte de la deuxième circonstance qu'il avait invoquée à l'appui de l'augmentation de son temps de travail, soit la dispersion accrue de la clientèle dans le voisinage de Genève.

Le deuxième grief qu'il a soulevé consiste en l'application arbitraire (art. 9 Cst.féd.) de l'art. 186 al. 2 LPC. En effet, selon lui, le fait que la Cour lui ait fait supporter le fardeau de la preuve, sans en invoquer les motifs, alors qu'il avait été ordonné E \_\_\_\_\_ de produire des pièces, heurte le sentiment de justice et de l'équité de manière choquante.

Invitée à répondre, la partie intimée a conclu au rejet du recours.

La Cour d'appel a également présenté des observations en ce sens.

- L.** Par arrêt du 20 juin 2005, le Tribunal fédéral a admis le recours au motif de motivation insuffisante et a annulé l'arrêt déféré, de sorte qu'elle a renvoyé le dossier à la Cour d'appel des prud'hommes.

Le Tribunal fédéral relève que le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.féd., confère le droit à une partie d'exiger une décision motivée, lorsqu'une instance rejette des preuves pertinentes et déterminantes quant au dénouement du litige. Ce d'autant plus que, dans le cas d'espèce, E \_\_\_\_\_ s'était refusé, sans raison apparente, à produire des pièces qui auraient pu permettre d'établir la dispersion géographique des clients, et ainsi éventuellement fonder les conclusions du travailleur.

A ce titre, selon le Tribunal fédéral, il s'imposait donc que la Cour indique succinctement pour quels motifs elle jugeait que les allégations de T \_\_\_\_\_, relatives à l'éloignement des clients, devaient être rejetées.

Il a en outre condamné E \_\_\_\_\_ à verser une indemnité de fr. 2'000.- à T \_\_\_\_\_, à titre de dépens.

- M.** Par ordonnance préparatoire du président de la Cour d'appel, datée du 22 septembre 2005, les parties ont été invitées à déposer des conclusions relatives à la problématique soulevée par le Tribunal fédéral. L'ordonnance indique qu'elle les invite à se prononcer de manière précise sur l'augmentation du temps de travail, qui aurait pu découler de l'allongement des trajets à effectuer lors des livraisons, après le début de l'année 2001.

E \_\_\_\_\_, dans ses écritures du 6 octobre 2005, conclut à l'annulation du jugement de première instance en tant qu'il le condamne à verser à T \_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 12'150.- et la somme nette de fr. 2'470.-, plus intérêts à 5% l'an, dès le 7 juillet 2003.

Au surplus, il conclut au déboutement de T \_\_\_\_\_ de toute autre conclusion, avec suite de frais et dépens.

L'appelant a également remis les pièces relatives aux destinataires des enveloppes pour les années 1999 à 2003.

Dans ses écritures du 26 octobre 2005, T \_\_\_\_\_ conclut au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions et à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 3 novembre 2003, en tant qu'il condamne E \_\_\_\_\_ à lui payer la somme brute de fr. 12'150.- et le montant net de fr. 2'470.-, avec intérêts à 5% l'an, dès le 7 juillet 2003.

Il demande que la Cour d'appel condamne E \_\_\_\_\_ à lui verser la somme de fr. 10'739.- avec intérêts à 5% l'an, dès le 30 avril 2003.

Pour le surplus, il conclut à la confirmation du jugement.

N. Sur ce, la cause a été gardée à juger par la Cour de céans.

### **EN DROIT**

1. Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé l'arrêt attaqué. Partant, la Cour de céans est compétente pour se prononcer.
2. T \_\_\_\_\_ précise dans sa demande en première instance, ainsi que dans son chargé de pièces complémentaires du 26 octobre 2005, les kilomètres qu'il a parcourus pendant la plupart des mois, durant les rapports de travail.

**2.1** A titre liminaire, la Cour rappellera qu'elle dispose d'un plein pouvoir de cognition ainsi que d'une large liberté pour l'appréciation des preuves. De surcroît, à teneur de l'art. 29 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP), la procédure prud'homale est régie par la maxime inquisitoire (sociale), selon laquelle la juridiction établit d'office les faits, sans être limitée par les offres de preuve des parties.

A teneur de l'art. 126 al. 2 de la LPC, et du commentaire de cet article par Bertossa/Gaillard/Guyet, chiffre 2, la partie qui allègue un fait doit se plier avant tout aux exigences de la précision (SJ 1974 120 ; 1976 100), lesquelles sont dictées, non seulement par la nécessité de déterminer de manière sûre le contenu de l'allégué et l'objet de la preuve à apporter, mais aussi pour permettre à l'adversaire l'apport de la preuve contraire. Comme la plupart des dispositions régissant la preuve, l'art. 126 LPC ne s'applique dans toute sa rigueur qu'aux causes où le juge n'est pas tenu par le droit fédéral ou cantonal de procéder lui-même et d'office à l'établissement des faits.

Selon l'art. 186 al. 2 LPC, le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige, de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré.

Le commentaire susmentionné de la LPC, au sujet de l'article 186 al.2, sous chiffre 4, précise que la production d'une pièce qui contient elle-même des allégués de faits, ne saurait suffire à établir la réalité de ces faits eux-mêmes, pas plus qu'elle ne démontre l'existence de faits extérieurs à ce qui résulte de son apparence. Il ajoute, sous chiffre 5, que l'al. 2 de l'art. 186 LPC concrétise une exception devant être appliquée avec prudence, de manière à éviter les abus qu'elle pourrait entraîner (également Memorial 1987, p.1574). Plus encore, le juge s'imposera une retenue toute particulière lorsque le contenu exact de la pièce, dont l'apport a été ordonné, est inconnu de lui, ou que cette production n'aurait pas permis de toute manière, de parvenir à une preuve déterminante (*Solus et Perrot* : Droit judiciaire privé, tome III, 1991, n. 664).

**2.2** En l'occurrence, il s'agit de l'établissement d'un fait. Le principe qui régit cet établissement consiste en la maxime inquisitoire. Cette dernière, même dans la mesure où elle atténue le fardeau de l'allégation, ne l'écarte pas complètement. Ainsi, la partie qui se prévaut d'un fait, doit tout de même préciser ses allégués dans une moindre mesure. Il sied de relever ici que les parties au litige sont toutes deux assistées d'un conseil.

Or, en l'espèce, T\_\_\_\_\_ n'explique pas comment il obtient ses chiffres. Dans son écriture du 26 octobre 2005, il n'expose pas non plus en quoi de plus grandes distances parcourues auraient engendré un temps de travail plus long.

Par exemple, on peut s'étonner que l'intimé se souvienne en 2005 (cf. son chargé de pièces complémentaires du 26 octobre 2005, pièce 27), du nombre de kilomètres parcourus en octobre 1999, alors qu'il n'en avait pas fait mention dans son relevé du 24 mars 2003 (cf. demande du 7 juillet 2003, pièce 5).

Concernant le fardeau de la preuve, E\_\_\_\_\_ n'a certes pas transmis les pièces exigées par le Tribunal des prud'hommes dans le temps imparti par ce dernier. Toutefois, ces dernières ont finalement été versées, suite à l'ordonnance présidentielle du 22 septembre 2005, de sorte que la Cour a pu en prendre connaissance.

Ces dernières ne permettent pas d'établir s'il y a eu allongement des trajets pour le travailleur durant les années 2001 à début 2003. En effet, les listes énoncent uniquement les noms des destinataires des courriers, le médecin qui les traite, et la radiologie concernée. Le témoignage du collaborateur lors de l'audience du 9 novembre 2003 n'apporte pas d'indice non plus, puisqu'il n'a pas travaillé au sein E\_\_\_\_\_ après 2000, soit durant la période qui nous occupe.

Considérant que l'al. 2 de l'art. 186 LPC n'énonce qu'une possibilité et non une obligation, que l'intimé n'a pas allégué avec suffisamment de précision, ni prouvé à satisfaction de droit ses arguments, que les pièces fournies par ce dernier n'ont pas emporté la conviction

du juge, et que la production tardive des listes par l'appelante n'aurait de toute manière permis de parvenir à une preuve déterminante (cf. **lit. 3** ci-après), la Cour était fondée à ne pas appliquer cette disposition.

3. L'intimé fait valoir que l'allongement des trajets, durant la période de 2001 à début 2003, a engendré une augmentation de son temps de travail, ainsi que des frais de voiture et d'essence plus élevés.

**3.1** Même dans l'hypothèse où la Cour de céans aurait admis les chiffres relatifs au kilométrage invoqués par T\_\_\_\_\_, on ne voit pas comment on en déduirait systématiquement une augmentation du temps de travail.

En effet, le travailleur n'a livré que des données relatives à des distances, sans tenir compte du temps qu'il faut pour les parcourir, c'est-à-dire la vitesse à laquelle il peut circuler. Or, il est notoire que, dans la campagne genevoise, il est plus aisé de circuler et de s'arrêter qu'au centre ville, où les embarras de la circulation sont nombreux.

Les pièces produites par le coursier sont également lacunaires à propos des horaires de déplacements, alors que ces derniers pourraient renseigner sur la fluidité du trafic.

De plus, il n'est pas établi que le coursier a toujours emprunté le chemin le plus court et/ou le plus adéquat pour atteindre sa destination, de sorte à limiter le temps de parcours.

Ainsi, on ne peut retenir que l'intimé a prouvé que l'allongement des parcours a eu une incidence sur la durée de son temps de travail.

**3.2** Au sujet des frais d'essence et de véhicule, il est également inexact d'affirmer qu'ils augmentent systématiquement et proportionnellement au regard des kilomètres parcourus.

La Cour relèvera que cela dépend de la vitesse à laquelle le conducteur se déplace, des arrêts plus ou moins fréquents qu'il opère, de la manière de conduire, de l'état des routes, de l'utilisation de la climatisation, du nombre de cylindres du véhicule, de la fréquence de fortes montées ou descentes, de la charges du véhicule, et enfin mais surtout, de l'évolution du prix de l'essence.

**3.3** Force est de constater que dans ses écritures, T\_\_\_\_\_ n'apporte à aucun moment des indications sur ces nombreux facteurs, déterminants pour apprécier le bien-fondé de ses prétentions, dans le cas où les faits qu'il allègue auraient été admis.

Partant la Cour déboute T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions sur appel incident.

4. E\_\_\_\_\_ conclut à la condamnation de l'intimé au paiement des frais et dépens.

**4.1** L'art. 76 al.1<sup>er</sup> LJP consacre la gratuité de la procédure. Cependant l'art. 60 LJP, déroge à ce principe, en prévoyant un émolument de mise au rôle en cas d'appel, conformément au tarif fixé par l'Etat, lorsque le montant encore litigieux excède fr. 30'000.-. A teneur de l'art. 78 al.1<sup>er</sup> LJP, les indemnités aux témoins, les frais des expertises demandées par les parties et l'émolument d'appel sont mis à la charge de la partie qui succombe, à moins que le Tribunal ou la Cour d'appel n'en décide autrement. De par sa formulation, l'art. 78 al.1<sup>er</sup> LJP laisse, dans tous les cas, un large pouvoir d'appréciation au juge en matière de répartition des frais.

A l'exception du cas du plaideur téméraire, la procédure prud'homale ne prévoit pas le versement de dépens comprenant une participation aux frais d'avocat d'une des parties. Ce postulat découle du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, la représentation par avocat demeurant exceptionnelle (art. 12 et 13 LJP ; ATF du 20 décembre 1994 en la cause 4P.250/1994). Les droits des parties sont en effet réputés suffisamment sauvegardés par la maxime d'office (art. 29 LJP et 343 al.4 CO). Une partie souhaitant l'assistance d'un avocat est donc censée, à teneur du droit actuel, prendre les frais en découlant à sa charge (note d'Aubert in SJ 1987, p. 574).

**4.2** En l'espèce, T\_\_\_\_\_ est la partie qui succombe pour l'essentiel. Le montant litigieux en appel étant inférieur au montant prévu par l'art. 60 LJP, l'intimé ne peut être condamné à des frais de procédure puisque aucun émolument n'a été perçu à ce titre.

Il n'y a pas d'autre dérogation envisageable au principe de gratuité de la procédure, en raison du principe de la comparution personnelle des parties en matière prud'homale, aucune des parties ne pouvant être considérée comme plaideur téméraire.

**4.3** Au vu de ce qui précède, la conclusion E\_\_\_\_\_ tendant à la condamnation de T\_\_\_\_\_ aux frais et dépens est rejetée.

- 5.** La condamnation E\_\_\_\_\_ à délivrer un certificat de travail complet à l'employé, par le Tribunal des prud'hommes n'a pas été contesté. Partant, la Cour confirme le dispositif du jugement TRPH/881/2003 sur ce point.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

**A la forme**

Déclare recevables les écritures complémentaires des deux parties, soit les conclusions déposées par E\_\_\_\_\_ SA, le 6 octobre 2005, ainsi que les conclusions motivées et le chargé de pièces complémentaires de T\_\_\_\_\_, remis au greffe le 26 octobre 2005 ;

**Au fond**

Confirme l'arrêt de la Cour d'appel du 10 février 2005, en ce qu'il a annulé le jugement du 3 novembre 2003 dans la cause C/13837/2003-5, et l'a confirmé pour le surplus ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président