



Monsieur T _____

Dom. élu :

Me Jean-Bernard WAEBER

Rue d'Aoste 1

Case postale 3647

1211 GENEVE 3

E _____

Dom. élu : Me Philippe PROST

Rue du Rhône 61

Case postale 3127

1211 GENEVE 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

Du mercredi 21 mai 2003

M. Pierre Yves DEMEULE, président

MM. Alain BILLAUD et Peter MEDILANSKI, juges employeurs

MM. René BRUNNER et Robert STUTZ, juges salariés

Mme Emmanuelle DE CLERMONT-TONNERRE, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 18 juillet 2001, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 47'583.—, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 28 février 2001. Ladite somme se décompose comme suit :

fr.	28'440.—	à titre d'indemnité pour licenciement abusif,
fr.	10'000.—	à titre de tort moral,
fr.	6'745.55	à titre d'indemnité pour heures de travail supplémentaires,
fr.	2'397.45	à titre d'indemnité pour vacances non prises.

Il a par ailleurs conclu à ce qu'il soit ordonné à E_____ de lui rédiger un nouveau certificat de travail.

Devant le Tribunal, le demandeur a réduit ses prétentions d'heures supplémentaires à fr. 5'347,80, soit l'équivalent de 157 heures, et a renoncé à l'obtention d'un nouveau certificat de travail.

B. Par jugement du 3 juin 2002, le Tribunal a condamné E_____ à payer à T_____ fr. 247,--a titre d'indemnité pour heures supplémentaires, fr. 2'397,45 à titre d'indemnité pour solde de vacances, fr. 1'508,--à titre de solde de salaire, et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, le Tribunal n'a pas retenu l'atteinte à la personnalité prétendument subie par le demandeur. Ce faisant, il a rejeté sa demande d'indemnité pour congé abusif. S'agissant des heures supplémentaires, le Tribunal a jugé que le demandeur ne pouvait prétendre au paiement des heures effectuées après le 7 décembre 2000, dès lors qu'à cette date l'employeur lui avait interdit de faire des heures supplémentaires. Se fondant sur les décomptes préparés par le défendeur (pièces 24 à 31 déf.) et établis sur la base des feuilles de présence signées par le demandeur (pièces 32.1 à 32.234 déf.), le Tribunal a estimé à 7,25 les heures supplémentaires effectuées par T_____, donnant encore lieu à indemnisation (correspondant aux fr. 247,--accordés).

Constatant que T_____ avait commencé à travailler au début du mois de juin 2000 et que l'employeur ne lui avait versé qu'une partie de son salaire, le Tribunal a considéré qu'E_____ restait lui devoir le solde de son salaire du mois de juin 2000, soit fr. 1'508,-- .

Enfin, le Tribunal a alloué au demandeur l'indemnité pour solde de vacances, estimant, sur la base des propos tenus, par le représentant d'E_____ : A_____, à l'audience du 1^{er} novembre 2001, qu'E_____ avait reconnu la créance. (p.-v. d'audience du 1^{er} novembre 2001, p. 5 §4; *contra* pièce 14 dem.).

- C. Contre ce jugement, expédié pour notification par pli recommandé du greffe le 17 septembre 2002, T_____ a interjeté appel le 17 octobre 2002. Dans son mémoire d'appel, l'appelant ne remet en question que le calcul des heures supplémentaires établi par le Tribunal. Il lui reproche de ne pas avoir pris en compte les heures effectuées après le 7 décembre 2000 alors que T_____ était dans l'obligation de les effectuer pour assurer le bon fonctionnement de l'établissement. Au surplus, il estime qu'E_____ a tacitement accepté ces heures, notamment lorsque T_____ a été obligé de remplacer, le 17 décembre 2000, B_____ qui était malade. Il reproche encore au Tribunal d'avoir omis de tenir compte, dans son calcul des heures compensées, du fait qu'E_____ a de manière erronée compensé les jours d'absences de T_____ dans les semaines où celui-ci avait fait plus de 40 heures. Il estime, pour la période de juin 2000 à janvier 2001, à 175,25 les heures compensées qui ne pouvaient pas l'être. De ce fait, il estime à 321,50 les heures supplémentaires impayées qui lui sont dues par E_____. Il conclut donc à l'annulation du jugement en tant qu'il ne lui alloue pas l'entier de ses conclusions, et à la condamnation d'E_____ au paiement de fr. 10'951,10 plus intérêts à 5% l'an dès le 18 juillet 2001, cela fait à la confirmation du jugement pour le surplus.
- D. Par mémoire réponse déposé 12 décembre 2002, l'intimé a conclu, au déboutement des conclusions formées par l'appelant et à la réouverture des enquêtes sur la question du solde des jours de vacances dû à la date du licenciement. E_____ reproche en effet au Tribunal d'avoir mal interprété la déclaration de A_____ du 01.11.01. Il soutient que E_____ n'a jamais admis devoir les 11 jours de vacances non prises puisqu'il estime que T_____ a eu largement le temps de prendre ses vacances dans le délai de congé. Au surplus, il estime ne devoir aucune heure supplémentaire aux 50, 25 reconnues, pas plus que le solde du salaire de juin admis comme créance de salaire par le Tribunal. Ce faisant, il a formé appel incident et demandé l'annulation du jugement rendu le 3 juin 2002 en tant qu'il le condamne à payer fr. 2'644,45 à T_____, et la confirmation du jugement pour le surplus.
- E. Par mémoire réponse à l'appel incident du 15 janvier 2003, l'appelant principal persiste dans sa demande.
- F. Par courrier du 28 mars 2003, reçu le 31 mars du même mois au greffe de la juridiction des prud'hommes, l'appelant a adressé un nouveau chargé de pièces.
- G. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour retiendra les faits pertinents suivants :
- a) T_____ a été engagé par E_____, dès le 12 juin 2000, en qualité de responsable du service accueil (pièce 1 dem.).

Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à fr. 4'740.—.

b) Dans le cadre de ses activités, il devait en principe être secondé par deux adjoints, ainsi que par du personnel temporaire (pièce 2 dem.).

A son entrée en fonction, l'un des postes d'adjoint était assuré par C_____ et le second effectué provisoirement par des intérimaires dans l'attente de l'engagement d'un employé fixe.(p.-v. d'audience du 10 janvier 2002, p. 2 §4, p. 3 §8 et p. 8 §2, ainsi que p.-v. d'audience du 2 mai 2002, p. 2 ch.8).

c) Le 1^{er} septembre 2000, D_____ a été nommée au poste de secrétaire générale d'E_____ avec entre autre charge celle d'assurer la surveillance de ses subordonnés, dont T_____.

d) Mécontente du travail de T_____, D_____ lui a adressé divers griefs et l'a invité à modifier sa manière de procéder. Elle lui a ainsi indiqué à plusieurs reprises qu'il lui incombait de préparer un horaire de travail – pour lui-même et pour ses collaborateurs – permettant de limiter dans la plus grande mesure possible le nombre d'heures de travail supplémentaires (p.-v. d'audience du 1^{er} novembre 2001, p. 6 §2 et p.-v. d'audience du 10 janvier 2002, p. 4-5).

Constatant le nombre considérable des heures supplémentaires produites dans les décomptes de T_____ à fin octobre 2000, elle a finalement exigé de lui par Email du 7 décembre 2000 qu'il cesse d'effectuer des heures supplémentaires.

Malgré cela, T_____ a, par la suite, continué à accumuler des heures de travail supplémentaires.

e) Par lettre recommandée du 22 décembre 2000, E_____ a averti formellement T_____ de l'inadéquation de son comportement d'avec son poste et ses responsabilités. Il lui était fait divers reproches, notamment son manque de coopération avec ses supérieurs hiérarchiques et ses collaborateurs, un nombre d'heures de travail supplémentaires excessif, ainsi qu'une mauvaise exécution de ses tâches (pièce 8 dem.).

f) Par courrier réponse du 8 janvier 2001, T_____ a nié avoir commis quelque faute que ce soit (pièce 9 dem.). Il a expliqué le nombre important des heures supplémentaires effectuées par le manque d'effectifs d'E_____ qui ne peut fonctionner correctement sans cette mise à disposition forcée. S'agissant de ses relations avec la Secrétaire générale, il a déclaré ne pas comprendre l'hostilité dont elle faisait preuve à son égard.

g) Le 23 janvier 2001, estimant que l'attitude de D_____ envers sa personne restait inadmissible, T_____ s'est plaint à la direction d'E_____, en priant celle-ci de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la protection de sa

personnalité (pièce 11 déf.).

h) Par courrier du 29 janvier 2001, E_____ a informé T_____ de son licenciement fondé entre autres griefs sur son incapacité à remplir correctement ses fonctions, ses refus répétés de suivre les instructions de son employeur, sa mauvaise influence sur l'ambiance générale de travail et le manque de respect envers ses supérieurs hiérarchiques et notamment envers D_____ (pièce 12 dem.). Le congé était donné pour fin février 2001.

i) Le 9 février 2001, T_____ a fait opposition à ce congé qu'il estimait abusif (pièce 13 dem.).

j) Le 13 février 2001 T_____ a porté plainte contre E_____ auprès de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) pour harcèlement psychologique de la part de son adjointe C_____ et de sa supérieure hiérarchique D_____.

k) Ultérieurement, le 13 juillet 2001, E_____ a admis devoir à T_____ le salaire afférent à 50,25 heures de travail supplémentaires et lui a versé un montant de fr. 1'719.— à ce titre (pièces 18 à 20 dem.). Pour le surplus, E_____ a contesté devant le Tribunal tout acte de harcèlement psychologique et expliquait le licenciement de T_____ par ses manquements professionnels graves et répétés.

l) A l'audience du 1^{er} novembre, le demandeur a expliqué que divers événements l'avaient forcé à accomplir des heures de travail supplémentaires, dont notamment diverses effractions dans le musée, le départ abrupt d'un collaborateur ou encore la maladie prolongée d'un collègue.

A_____ s'exprimant pour le E_____ a, pour sa part, nié la nécessité pour T_____ d'accomplir autant d'heures supplémentaires et rappelé que ce dernier avait la responsabilité d'organiser son horaire de travail. Il a par ailleurs relevé diverses carences dans le travail du demandeur, notamment à l'égard de la communication entre celui-ci et les autres employés d'E_____, de la manipulation de la caisse enregistreuse, ou encore de l'accomplissement de divers travaux inutiles ou hors de ses attributions.

m) Au cours de l'audience du 10 janvier 2002, F_____, conservatrice en chef d'E_____, a déclaré que T_____ avait vraisemblablement accompli certaines heures supplémentaires, de même que tous les autres employés, sans toutefois pouvoir préciser si celles-ci avaient été compensées.

Le témoin D_____ – secrétaire générale d'E_____ et supérieure hiérarchique directe du demandeur – a, quant à elle, expliqué les heures supplémentaires de T_____ par le manque d'organisation de celui-ci, responsable de la planification de son propre emploi du temps. Elle a de surcroît réfuté les accusations de

harcèlement portées à son encontre par le demandeur, relevant que c'était au contraire l'attitude de celui-ci qui n'avait pas toujours été correcte envers certains employés, et notamment vis-à-vis de C_____.

Enfin, C_____, adjointe du demandeur, a déclaré avoir été l'objet de comportements dégradants de la part de T_____. Elle a expliqué que divers problèmes organisationnels trouvaient leur source dans la personne de T_____, dont notamment ceux relatifs à la caisse du musée, ou encore aux heures supplémentaires.

n) A l'audience du 2 mai, G_____ – inspecteur du travail à l'OCIRT – a déclaré en substance que l'enquête menée auprès d'E_____ ne lui avait pas permis d'établir l'existence d'un harcèlement de D_____ contre le demandeur, ni la réalité de nombreuses heures supplémentaires.

Au terme de l'audience, le tribunal a rendu une ordonnance préparatoire par laquelle il impartissait aux parties un délai au 31 mai 2002 pour déposer leurs conclusions après enquêtes, et déclarait garder la cause à juger dès cette date.

o) Entendu par la Cour de Céans à l'audience du 14 avril 2003, A_____ a précisé que le Tribunal l'avait mal compris en retenant qu'il avait admis que T_____ devait encore prendre 11 jours de vacances. Il estime que T_____ aurait dû les prendre pendant le mois où il a été libéré de travailler.

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 de T_____ et l'appel incident d'E_____ sont recevables.
2. L'appelant estime que le Tribunal a arbitrairement calculé le nombre d'heures supplémentaires lui donnant droit à une indemnisation. Il soutient avoir été obligé de faire les heures supplémentaires alléguées et conclut à ce qu'elles lui soient payées.
 - a) A teneur de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1).

L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail

supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2).

L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

En outre, c'est au travailleur qu'il appartient d'apporter la preuve de l'exécution et de l'ampleur des heures supplémentaires, du fait qu'elles ont été ordonnées et qu'elles étaient nécessaires à la bonne marche de l'entreprise. Plus précisément, les heures de travail accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur, ne sont pas considérées comme supplémentaires, sauf si des circonstances exceptionnelles les justifient, dans l'intérêt de l'employeur (Wylér, Droit du travail, Berne 2002, p. 83 avec les références; voir aussi : Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2^{ème} éd., Lausanne 1996, p. 32 N3 et Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail code annoté, Lausanne 2001, p. 35 ch. 1.10 et 1.12).

- b) En l'espèce, l'intimé a formellement interdit à l'appelant de faire des heures supplémentaires et ceci dès le 7 décembre 2000. Partant, celui-ci devait, après cette date, impérativement obtenir l'autorisation de son employeur pour en effectuer de nouvelles. La Cour ne peut dès lors que constater, à la suite du Tribunal, que le travail accompli ultérieurement en sus de l'horaire normal ne saurait être qualifié « d'heures supplémentaires » à moins qu'elles n'aient été formellement autorisées.

Il faut cependant relever qu'en date du 17 décembre 2000, T_____ s'est vu contraint de remplacer un de ses collègues, malade. Il a effectué 10,30 heures supplémentaires à cette occasion au vu et au su de la direction d'E_____ qui ne lui en a fait aucun reproche. On doit dès lors admettre qu'il a reçu une autorisation tacite de la part de son employeur, de sorte que ces heures doivent lui être rétribuées en dépit de l'interdiction d'effectuer des heures supplémentaires après le 7 décembre 2000. S'agissant des autres heures supplémentaires effectuées selon T_____ après le 7 décembre 2000, la Cour estime, à la suite du Tribunal, qu'elle ne saurait en tenir compte dès lors que l'appelant n'a pas été en mesure de prouver qu'elles étaient autorisées par son employeur. Ses allégations tendant à prétendre que E_____ ne pouvait fonctionner sans cette mise à disposition supplémentaire n'ont pas été démontrées; il en résulte que la Cour estime que l'appelant ne peut prétendre au paiement d'autres heures supplémentaires.

Du calcul des heures supplémentaires

La Cour constate que, sous réserve de l'arrêt du décompte au 6 décembre 2002, le décompte des heures supplémentaires effectué par le Tribunal a été admis par l'appelant. On doit admettre qu'il en va de même pour l'intimé, dans la mesure où le Tribunal s'est fondé sur le décompte établi par E_____ (pièce 26 dem.), sous

réserve de deux jours omis par l'intimé en décembre 2000, qui ont donné lieu à 5,5 heures supplémentaires qui s'ajoutent au décompte figurant sous pièce 26 dem. (pièce 26.30 dem.)

Il s'ensuit que la Chambre d'appel s'appuiera sur le chiffre établi par le Tribunal qui fixe à 422,25 le nombre d'heures supplémentaires, auquel il ajoutera les 10,30 heures dues pour le remplacement du 17 décembre 2000 (pièce 22 déf.)

- c) Il convient de rappeler que le principe de l'immutabilité du litige, qui découle de l'article 312 de la loi de procédure civile et qui est applicable à titre supplétif à la procédure prud'homale (art. 11 LJP), prévoit que le juge d'appel ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges. Cet article pose le principe du double degré de juridiction qui veut que le litige soumis au juge d'appel soit identique à celui dont le premier juge avait été saisi : mêmes caractéristiques de personnes, de conclusions, d'allégués de fait et de preuves (CAPH du 2.6.97 S. c/ O. cause n° X/806/96; Bertossa/Gaillard/Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise ad art. 312).

d) **Du calcul des heures récupérées**

S'agissant des heures récupérées, la Cour constate que l'appelant n'avait pas critiqué en première instance, les chiffres retenus par le Tribunal, sous réserve du mois de juin 2000 (mémoire du 30 mai 2002, p. 5-7). En appel, il ne remet plus en cause le calcul du mois de juin 2000, mais il invoque un fait nouveau, à savoir que l'intimé a comptabilisé comme jours récupérés les jours d'absence de T_____ dans les semaines où il avait déjà effectué 40 heures de travail. Il s'ensuit que la demande de l'appelant de tenir compte de ce fait aboutit à faire une nouvelle conclusion sur laquelle le Tribunal de Première Instance n'a pas eu à se prononcer. Dès lors, la Cour ne peut en connaître. Elle s'appuiera donc sur les chiffres retenus par le Tribunal de première instance, soit 366,50 heures récupérées.

En conclusion, E_____ doit à l'appelant un total de 66,05 heures supplémentaires (soit 422,25 + 10,30 heures supplémentaires - 366,50 heures récupérées) à la fin des rapports de travail.

e) En l'espèce, E_____ a payé à T_____ l'équivalent de 50,25 heures supplémentaires le 13 juillet 2001. Le Tribunal a ensuite admis que l'intimé était encore débiteur de T_____ pour l'équivalent de 1,75 heure supplémentaire. Pour sa part, la Cour estime qu'il convient d'y ajouter les 10,30 heures dues pour le 17 décembre 2000 de sorte qu'elle estime le montant dû à T_____ à titre d'heures supplémentaires à $((66,05 - 50,25) \times 27,25) + (1,75 \times 27,25) \cdot (125/100)$ soit fr. 597,80. (soit : heures supplémentaires \times salaire horaire \times majoration d'un quart du salaire).

En conclusion, la Chambre d'appel admet partiellement les conclusions de l'appelant tendant au paiement de ses heures supplémentaires et condamne l'intimé à payer à l'appelant la somme de fr. 597,80 à ce titre.

3. Aux termes de l'article 329a al.1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances aux moins.

En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises lors du délai de congé; l'employeur ne peut contraindre le salarié à les reporter après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO; ATF 106 II 154 = JdT 1980 I 603). Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail, s'agissant de l'emploi considéré, et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (ATF du 24 novembre 1992 cité par Aubert in SJ 1993 p. 354; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, ad art. 329d CO N° 4; Aubert, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129/130; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 329c CO N° 11).

En l'espèce, le Tribunal a alloué au demandeur le solde de vacances de 11 jours croyant à tort que cette créance avait été reconnue par le défendeur. Devant la Cour, l'intimé a contesté l'interprétation des propos tenus par son représentant à l'audience du 1^{er} novembre 2001. E_____ a en effet expliqué à la Cour qu'il n'entendait nullement reconnaître la créance. Il estime en effet que T_____ avait le temps de prendre ses vacances dans le délai de 20 jours laissé à celui-ci.

La Cour ne peut suivre l'intimé sur ce point. En effet, l'appelant a bénéficié d'un délai de congé d'un mois, ce qui constitue une période très courte pour retrouver un nouvel emploi, surtout dans une période de crise où il est particulièrement difficile de retrouver du travail. Dans ces conditions, on doit admettre que l'employeur ne pouvait exiger de son employé qu'il prenne 11 jours de vacances dans un délai de congé si court.

Par conséquent, la Cour estime que le solde de vacance devait être payé par l'employeur en espèce. Il confirmera donc la condamnation de l'employeur au paiement du solde de vacances, soit fr. 2'397.45, par substitution de motifs.

Pour plus de clarté, le dispositif sera annulé dans son entier.

PAR CES MOTIFS

A la forme :

- Déclare recevables l'appel interjeté par T_____ et l'appel incident interjeté par E_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 3 juin 2002

Au fond :

- Annule ce jugement

Et statuant à nouveau :

- Condamne E_____ à payer à T_____ les sommes brutes suivantes avec intérêts à 5% l'an dès le 18 juillet 2001 :
 - fr. 597,80 (cinq cents nonante six francs dix centimes),
 - fr. 2'397,45 (deux milles trois cents nonante sept francs quarante cinq centimes),
 - fr. 1'508,-- (mille cinq cent huit francs).
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles;
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président