



T _____
Dom. élu : Me Laurence CRUCHON
Rue des Eaux-Vives 23
Case postale 6384
1211 Genève 6

Partie appelante

E _____ SA
Dom. élu : Me Jean-Marie F _____
Rue de la Rôtisserie 2
Case postale 3809
1211 Genève 3

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du mercredi 6 juin 2007

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Yves GLAUSER, juges employeurs

MM. Peter HUSI et Roland PLOCHER, juges salariés

M. Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

Par jugement TRPH/689/2006-2, le Tribunal des Prud'hommes, groupe 2, a condamné E_____ SA à verser à T_____ 4'376 fr. 45 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2005, à titre d'indemnité pour jours fériés et congés non pris durant les années 2003 à 2005 et à lui remettre un certificat de travail.

Ce jugement a été rendu dans le cadre d'une action en paiement déposée par T_____ le 26 janvier 2006, et tendant à la condamnation de E_____ SA à lui verser 260'923 fr. 60 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2005, à titre de différence de salaire, salaire durant le délai de congé, vacances, jours fériés et jours de congé non pris, enfin rémunération d'heures supplémentaires, pour la période de 1999 à mai 2005.

En substance, le Tribunal de Prud'hommes a retenu que les prétentions de T_____ pour la période antérieure au 26 janvier 2001 étaient prescrites. Pour la période postérieure à cette date, les premiers juges ont retenu que rien n'était dû au titre de différence de salaire et de paiement d'heures supplémentaires; pour ce faire, ils se sont fondés sur les fiches de salaire et sur les relevés d'heures établies par E_____ durant les années 2003 à 2005, documents signés par T_____, et ont refusé de tenir pour probants les agendas de travail remplis par ce dernier. Ils ont de même retenu que T_____ pouvait prétendre, pour la période ultérieure à mai 2003, à une indemnité pour congés non pris correspondant à 4'376 fr. 45 brut. Enfin, ils ont rejeté les prétentions de T_____ tendant au paiement de son salaire pendant le délai de congé, considérant qu'il avait résilié son contrat de travail avec effet immédiat sans motifs suffisants et considéré que ses conclusions en remise de ses fiches de salaire étaient devenues sans objet, ces pièces ayant été déposées à la procédure; enfin, ils ont condamné E_____ SA à remettre à T_____ un certificat de travail.

L'appelant réclame en sus devant la Cour, 22'634 fr. 40 à titre d'indemnité pour jours de congé et vacances non prises, ainsi que pour travail durant les jours fériés, pour les années 2001 et 2002. A l'appui de sa position, il fait valoir que, contrairement à ce que les premiers juges ont retenu, il n'a pas interrompu son activité pour E_____ SA, mais a bien travaillé pour cette dernière en 2001 et 2002, et fonde ses prétentions sur les relevés d'heures établis par ses soins, et auxquels les premiers juges ont dénié toute valeur probante, ainsi que sur deux témoignages recueillis en première instance (témoins L_____ et S_____).

L'intimée conclut au rejet de l'appel.

Les éléments suivants résultent du dossier:

- A. E_____ SA, société inscrite au Registre du Commerce de Genève (et dont la raison sociale était précédemment H_____ SA, puis I_____ SA), exploite depuis 1998 le restaurant à l'enseigne "E_____", sis au Boulevard Georges Favon à Genève. La société est depuis 2003 administrée par R_____. O_____, secrétaire hors conseil, dispose d'une signature individuelle.
- B. A l'appui de la présente action en paiement, T_____ a fait valoir qu'il avait été engagé comme plongeur par E_____ SA dès septembre 1999 et que son engagement s'était poursuivi jusqu'au 20 mai 2005, date à laquelle il avait donné son congé avec effet immédiat, en raison du paiement tardif de son salaire. A l'appui de sa position, T_____ a produit des agendas de travail du SIT, remplis par ses soins et portant sur la période de septembre 1999 à mai 2005, sans interruption, à l'exception de celle courant du 22 juin au 5 juillet 2003, du 1^{er} au 11 juillet et du 16 au 25 août 2004.

T_____ explique s'être inscrit au SIT en 2005, mais avoir déjà précédemment, sur les conseils d'un ami, dont il n'a ni indiqué le nom, ni requis l'audition, rempli les agendas de travail susmentionnés au fur et à mesure. Il résulte de l'examen de ces documents que la mention des heures travaillées a dans l'ensemble été apportée d'une même main, d'un même stylo pendant de longues périodes, et vraisemblablement d'un même jet. T_____ admet n'avoir jamais soumis ces documents à l'appelante.

E_____ SA a admis avoir employé T_____ en 1999 et 2000, puis à nouveau de mars 2003 à mai 2005; en revanche, ce dernier n'avait pas travaillé pour elle dans l'intervalle, à l'exception de quelques jours en été 2002, à l'occasion des Fêtes de Genève. Elle a produit à la procédure d'une part des fiches de salaire pour les mois de mars 2003 à mai 2005, documents signés par T_____ (à l'exception de celles afférant aux mois de mars, juin 2004 et décembre 2004), d'autre part des "feuilles de contrôle du travail", indiquant les horaires travaillés durant ces mêmes périodes, celles relatives à l'année 2003 étant également contresignées par T_____. Ce dernier a confirmé avoir bien signé lesdites feuilles de présence, mais affirme n'avoir pas eu connaissance de leur contenu.

Devant la Cour, E_____ a expliqué qu'antérieurement à mars 2003, elle procédait de manière "artisanale", en faisant signer une quittance aux employés

recevant leur salaire dans un carnet noir. Ces carnets noirs n'avaient toutefois pas été conservés. La comptable a expliqué qu'elle remplissait les feuilles de salaire des employés déclarés conformément aux renseignements qui lui étaient fournis par Mme O _____, et qu'elle ignorait s'il y avait des employés non déclarés.

Le dernier salaire mensuel brut de T _____ s'élevait à fr. 3'500.-. Les sommes nettes de fr. 198.- et de fr. 650.- ou de fr. 700.- étaient automatiquement déduites de son salaire brut à titre de frais de nourriture et de logement. Les charges sociales, depuis mars 2003 en tous cas, ont été régulièrement prélevées et, aux dires de E _____, également versées aux institutions concernées. Pour les années 2001 et 2002, T _____ fonde toutefois son calcul sur un salaire mensuel brut de fr. 3'200.-.

C. Les témoignages suivants ont été recueillis:

- S _____ (qui a été entendu dans une autre procédure sous l'identité de U _____), a déclaré avoir travaillé pour E _____ SA depuis mai 2000, durant 15 ou 16 mois; T _____ y travaillait déjà au début de son engagement et y travaillait encore à la fin de celui-ci. Durant les années 2002 et 2003, il lui était arrivé de le rencontrer trois ou quatre fois dans l'année et il travaillait alors toujours pour E _____ SA. S _____ travaillait 6 jours par semaine, au début, sont quatre ou cinq mois, de 8 à 17 h puis de 17h à 2h.

- L _____ a remplacé S _____ et a travaillé pour E _____ SA deux ans "entre 2001 et 2002"; T _____ y travaillait également et faisait les mêmes horaires que lui, soit de 8 heures à minuit. Il ignore si T _____ est parti en France ou en Allemagne. Il avait un jour de congé par semaine. Selon lui T _____ n'a pris aucun jour de congé du temps où il travaillait pour E _____ SA.

- H _____ a travaillé à E _____ du 2 février 2000 au 30 janvier 2002; durant toute cette période, T _____ était son collègue. Au début, ce dernier travaillait de jour, jusque vers 17h, 17h30, puis de 17heures à la fermeture et avait congé le mardi. Le témoin ne remplissait pas de carnet indiquant ses horaires et il n'avait pas vu T _____ en remplir. Il n'avait pas pris de vacances durant cette période, et T _____ non plus.

- A _____, responsable du fonctionnement de la cuisine depuis 1997, a déclaré sous serment que T _____ avait travaillé dans l'établissement de fin 1999 au printemps 2000, puis à nouveau depuis 2003; dans l'intervalle il avait travaillé "durant quelques mois" courant 2002, alors qu'il rentrait d'Allemagne et qu'il s'appêtait à partir pour Paris; plus spécifiquement, il avait travaillé sur un stand

prêtait à partir pour Paris; plus spécifiquement, il avait travaillé sur un stand de la société aux Fêtes de Genève. Dans l'ensemble, T_____ faisait le service de midi (de 11h00 à 14h30) et celui du soir (de 17h à minuit), l'établissement pouvant toutefois rester ouvert jusqu'à 2h00. Le témoin a affirmé avoir lui-même fait passer la frontière à T_____, dépourvu de papiers pour aller en France, où il était demeuré 5 mois maximum après avoir fait un séjour en Allemagne.

- F_____, directeur de salaire depuis avril 1999, a déclaré que T_____ avait travaillé pour E_____ SA depuis 2000 "sauf erreur", jusqu'en mai 2005, avec des interruptions: la première de quelques mois, pratiquement une année, passée en Allemagne et une seconde de quatre ou cinq mois passée en France. Ses horaires étaient les suivants: 11 h à 14h30 et le soir de 18h jusqu'à la fermeture.

- P_____ est client régulier de l'établissement, où il se rend deux fois par semaine en moyenne et moins en été. T_____ y était, comme cuisinier, "neuf fois sur dix", et également en 2001 et 2002, ceci sans interruption prolongée.

D. Le 20 mai 2005, T_____ a donné son congé avec effet immédiat.

Le 20 mai 2005, il a réclamé ses fiches de salaire et les décomptes de vacances pour les années 1999 à 2005.

S'en est suivi l'introduction de la présente action, T_____ réclamant paiement des montants suivants:

- fr. 63'020.- (différence de salaire pour la période courant de septembre 1999 à décembre 2005) ;
- fr. 3'300.- (salaire durant le délai de congé) ;
- fr. 18'240.10 (indemnité pour vacances non prises) ;
- fr. 4'357.20 (indemnité pour jours fériés non pris) ;
- fr. 32'839.40 (indemnité pour jours de congé non pris) ;
- fr. 139'166.90 (paiement des heures supplémentaires).

Il a également réclamé que lui soient remises ses fiches de salaire et un certificat de travail.

Ultérieurement, il a renoncé à réclamer la différence de salaire pour la période de mars 2003 à mai 2005.

E_____ SA s'est engagée à lui fournir un certificat de travail et a admis lui devoir une indemnité pour 32.89 jours de congés, sous déduction toutefois de 9 jours payés en trop. Elle a conclu au rejet de la demande pour le surplus.

EN DROIT

1. L'appel a été déposé dans le délai et suivant la forme prescrite. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour est complète.

2. L'appelant ne conteste pas le jugement attaqué, en tant qu'il le déboute de ses prétentions en paiement d'une différence de salaire, du salaire afférent au délai de congé et d'une indemnité pour heures supplémentaires, enfin de ses conclusions tendant à la remise de ses fiches de salaire. Il ne le conteste pas davantage, en tant qu'il arrête à 4'376 fr. 45 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2005 le montant qui lui reste dû à titre d'indemnité pour congés non pris pour la période postérieure à mai 2003.

La Cour est ainsi dispensée de revoir ces questions.

3. L'appelant réclame devant la Cour une indemnité pour jours de congé, jours fériés et vacances non prises, pour les années 2001 et 2002.

En l'espèce, l'intimée a été condamnée à verser à l'appelant une indemnité correspondant à 32.89 jours de vacances, jours fériés et repos hebdomadaire non pris, pour la période postérieure à mars 2003. Aucun montant n'a en revanche été alloué pour les années 2001 et 2002, non atteintes par la prescription.

L'appelant fait toutefois valoir qu'il a également travaillé pour l'intimée durant les années 2001 et 2001, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges.

Sur le sujet, la Cour relève que l'intimée ne saurait s'appuyer sur le fait qu'elle n'a établi des fiches de salaire pour l'appelant que depuis mars 2003 pour affirmer que celui-ci ne travaillait pas pour elle avant cette date. Selon ses propres déclarations

en effet, antérieurement elle n'établissait pas de fiches de salaire et les travailleurs signaient un carnet noir lorsqu'ils recevaient leur salaire; ce carnet n'aurait pas été conservé et n'a pas été produit à la procédure. Les déclarations de la comptable de l'intimée, à teneur desquels le paiement de salaire à l'appelant ne figurait pas dans la comptabilité de l'entreprise, ne sont pas davantage probantes, ladite comptable ayant par ailleurs déclaré qu'elle ignorait si l'intimée employait des travailleurs "au noir".

Les carnets horaires du SIT produits par l'appelant sont également dépourvus de valeur probante. Ils n'ont pas été signés par l'employeur et l'appelant n'est pas crédible, lorsqu'il affirme les avoir remplis au jour le jour, tout en ne s'inscrivant au SIT qu'en 2005; il n'a pas fait entendre comme témoin l'ami qui, selon son dire, lui aurait conseillé de procéder ainsi dès le début de son engagement et aucun des collègues de travail entendus ne l'a vu remplir de tels documents.

Le témoignage de S_____ doit être considéré avec une certaine réserve, ce témoin ayant comparu sous une autre identité dans une autre procédure; il en est de même des déclarations de témoins A_____ et F_____, qui travaillent toujours pour l'intimée; au demeurant, le fait que l'un de ces témoins ait affirmé avoir aidé l'appelant à se rendre en France ne signifie pas encore que c'était dans le but d'un séjour prolongé en ce pays.

L'activité de l'appelant en 2001 et 2002 et en revanche attestée par le témoignage de deux autres de ses collègues de travail (tém. L_____ et H_____), ainsi que par un client de l'établissement (tém. P_____). Sur la base de ces témoignages, la Cour retient que l'appelant a bien travaillé pour l'intimée en 2001 et 2002, comme il l'allègue.

4. Aux termes de l'article 17 al. 1^{er} CCNT 98, le collaborateur a droit à cinq semaines de vacances par année. L'alinéa 2 précise que lorsque l'année de travail est incomplète, les vacances sont calculées proportionnellement à la durée du temps de travail. Selon l'alinéa 5, à la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison d'un trentième du salaire mensuel brut en 2001 (art. 18 al. 3 CCNT 98) et d'un vingt-deuxième du salaire mensuel brut en 2002 (art. 18 al. 3 CCNT, état au 1^{er} janvier 2002).

L'appelant admet avoir eu 2 jours de vacances en 2002 et l'intimée ne justifie pas, par la production de plannings ou d'autres documents, que l'appelant aurait

bénéficié de davantage de vacances en 2001 et 2002. Une rémunération se justifie dès lors de ce chef.

L'appelant calcule ses prétentions pour vacances non prises comme suit, sur la base d'un salaire mensuel brut de 3'200 fr. par mois: en 2001 et 2002, soit d'un salaire horaire de 1/30 ou fr. 106.67, x 35 jours de vacances = 3'733 fr. 45 par an. Devant les premiers juges, il a toutefois admis avoir pris deux jours de vacances en 2002, ce dont il ne tient pas compte dans son décompte. Le montant dû à ce titre représente ainsi 3'733 fr. 45 pour 2001 et 3'620 fr. 10 pour 2002 ou **7'353 fr. 55** brut en totalité.

5. Selon l'article 18 al. 1^{er} CCNT 98, le collaborateur a droit à six jours fériés payés par an. En cas d'année de travail incomplète, le nombre de jours fériés à accorder est déterminé par la durée des rapports de travail. Si les jours fériés ne sont ni accordés, ni compensés par un jour de repos supplémentaire, ils doivent être payés au plus tard à la fin des rapports de travail, à raison d'un trentième du salaire mensuel brut en 2001 et d'un vingt-deuxième du salaire mensuel brut.

L'intimée ne justifie pas, par la production de plannings de travail, avoir accordé à l'appelant une compensation en temps libre des jours fériés travaillés. Une rémunération se justifie dès lors de ce chef.

L'appelant, prenant en compte les jours fériés selon la CCNT à l'exclusion du 1^{er} janvier, qu'il admet ne pas avoir travaillé, calcule comme suit sa rémunération pour les jours fériés travaillés en 2001 et 2002: $3'200 : 22 = 145.45 \times 5$ jours fériés par an = 727 fr. 25 par an. Le calcul est exact pour 2002. Pour 2001, il y a toutefois lieu de tenir compte d'un salaire journalier correspondant à 1/30 du salaire mensuel, soit 106.67, ce qui correspond, pour 5 jours fériés travaillés, à fr. 533.35. Le montant total dû à ce titre s'élève dès lors à **fr. 1'260,60 brut** en totalité.

6. Selon l'art. 16 al. 1 CCNT, le travailleur a droit à 2 jours de repos par semaine. Les jours de repos non pris et non compensés doivent être rémunérés à la fin des rapports de travail, à raison de un trentième du salaire mensuel brut en 2001 (art. 16 al. 5 CCNT 98) et de un vingt-deuxième du salaire mensuel brut en 2002 (art. 16 al. 5 CCNT 98, état au 1^{er} janvier 2002).

L'appelant admet avoir eu un jour de congé par semaine, alors que l'appelante ne justifie ni lui avoir octroyé un second jour de congé hebdomadaire, ni du temps libre compensatoire. Une rémunération se justifie dès lors de ce chef.

L'appelant calcule sa prétention comme suit: 47,14 jours par an ou 3'200 fr. : 22 x 47,14 = fr. 6'856.50. Son calcul, qui tient compte des cinq semaines de vacances annuelle et qui se fonde sur un salaire journalier de fr. 145,45 (soit 1/22ème du salaire mensuel), est exact pour 2002. Pour 2001, il y a toutefois lieu de tenir compte d'un salaire journalier de fr. 106.67 (soit 1/30ème du salaire mensuel; le montant dû représente ainsi à fr. 5'028.40. Le montant total dû à ce titre représente ainsi **fr. 11'884.90 brut**.

7. Il est en définitive dû à l'appelant, pour les années 2001 et 2002, les sommes suivantes: 7'353.55 + 1'260.60 + 11'884.90 brut, soit fr. 20'499.05 brut, en sus des montants alloués par les premiers juges. Ce montant porte intérêts à 5% l'an dès la cessation des rapports de travail, soit dès 1^{er} juin 2005.

E_____ SA sera en outre condamnée, conformément aux conclusions de l'appelant, à lui délivrer une attestation de salaire pour les années 2001 et 2002.

Elle sera enfin condamnée à lui délivrer un certificat de travail pour toute la durée de l'engagement.

Le jugement entrepris sera corrigé en conséquence.

Compte tenu de la valeur litigieuse, la procédure reste gratuite.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2,

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement TRPH/689/2006-2, rendu le 12 septembre 2006 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 2, dans la cause C/1952/2006- 2.

Au fond :

Confirme ce jugement en tant qu'il condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme brute de fr. 4'376.45 (quatre mille trois cent septante-six francs et quarante-cinq centimes) avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2005.

La condamne en sus à verser à T_____ la somme brute de fr. 20'499.05 (vingt mille quatre cent nonante-neuf francs et zéro cinq centimes) brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2005.

Invite E_____ à opérer toutes déductions légales et sociales usuelles.

La condamne à remettre à T_____ des attestations de salaire pour les années 2001 et 2002 ainsi qu'un certificat de travail pour toute la durée de l'engagement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente