

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20372/2015-1

CAPH/156/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 3 OCTOBRE 2017

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 8 décembre 2016 (JTPH/447/2016), comparant par M^e Hervé CRAUSAZ, avocat, Chabrier Avocats SA, Rue du Mont-Blanc 3, Case postale 1363, 1211 Genève 1, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'une part,

et

B_____ **SA**, sise _____, intimée, comparant par M^e Werner GLOOR, avocat, Place Claparède 5, Case postale 292, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 octobre 2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPH/447/2016 du 8 décembre 2016, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 15 février 2016 par A_____ contre B_____ SA (chiffre 1 du dispositif), a débouté A_____ des fins de sa demande (ch. 2), a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 3), a arrêté les frais de la procédure à 1'830 fr. (ch. 4), les a mis à la charge de A_____ (ch. 5), les a compensés avec l'avance de frais de 1'830 fr. effectuée par ce dernier (ch. 6), n'a pas alloué de dépens (ch. 7) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).
- B.**
- a.** Le 24 janvier 2017, A_____ a formé appel contre ce jugement, reçu le 9 décembre 2016. Il a conclu à l'annulation des chiffres 2 à 8 de son dispositif et à la condamnation de B_____ SA à lui verser les sommes de 63'515 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2015 à titre d'indemnité pour licenciement abusif et de 50'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2015, avec suite de frais de première instance et d'appel à la charge de B_____ SA.
- b.** Dans sa réponse du 9 mai 2017, B_____ SA a conclu au déboutement de A_____ de ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais.
- c.** Les parties ont été informées par avis du 8 juin 2017 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Chambre des prud'hommes:
- a.** B_____ SA, dont le siège est situé à Genève, a pour but _____. Son administrateur président est C_____.
- b.** A_____, né le _____ 1973, actuellement domicilié à _____ (Vaud) et précédemment à _____ (Vaud) a travaillé pour B_____ SA en tant que sertisseur à compter du 1^{er} septembre 2001. Aucun contrat écrit, conclu à cette date, n'a été versé à la procédure. En revanche, B_____ SA a produit un contrat établi le 1^{er} janvier 2006, qui prévoyait une durée de travail de 40 heures par semaine, le fait que l'employé était rémunéré à la tâche (le contrat faisant référence aux articles 326 et 326a CO), le salaire minimum mensuel brut garanti par l'employeur s'élevant à 4'500 fr.
- Par courrier du 31 mai 2009, A_____ a résilié son contrat de travail pour le 31 juillet 2009. Il a ensuite exercé une activité indépendante sous la raison sociale "D_____".

A compter du 2 mai 2011, A_____ a à nouveau été engagé, à sa demande, par B_____ SA, à plein temps, sans qu'un contrat écrit ne soit signé. A partir du mois de septembre 2012, il a travaillé à son domicile, se rendant dans les locaux de B_____ SA pour y chercher les pièces à sertir et les y rapporter.

Il ressort des pièces produites par A_____ que celui-ci a réalisé, en 2012, un salaire brut de 140'258 fr. 35, indemnité de vacances comprises. Ce salaire s'est élevé à 135'801 fr. 50 en 2013 et à 134'216 fr. 65 en 2014.

c. A_____ a été incapable de travailler pour cause de maladie du 12 décembre 2013 au 5 janvier 2014, puis du 22 au 29 septembre 2014, un certificat médical établi le 25 septembre 2014 par le Dr E_____ ayant été versé à la procédure.

d. Par courrier du 31 octobre 2014 reçu le même jour par A_____, B_____ SA a résilié son contrat de travail pour le 31 décembre 2014. Ce congé était motivé par des raisons économiques, la qualité du travail fourni n'étant pas en cause. B_____ SA précisait que plusieurs clients avaient annoncé une baisse de leur volume d'affaires pour l'exercice 2015.

e. A_____ a été incapable de travailler pour cause de maladie du 19 décembre 2014 jusqu'à la fin du mois de février 2015.

Les parties s'accordent sur le fait que les rapports de travail ont pris fin le 31 mars 2015.

f. A_____ a contesté le congé par courrier du 23 mars 2015, indiquant qu'il le considérait abusif.

g. Le 28 septembre 2015, A_____ a adressé à la Juridiction des prud'hommes une requête en conciliation dirigée contre B_____ SA, concluant à la condamnation de cette dernière à lui verser la somme nette de 70'000 fr. avec intérêts de 5% l'an dès le 31 mars 2015 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ainsi que 113'257 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2015; il a également sollicité la délivrance d'un contrat de travail.

Une autorisation de procéder a été délivrée à A_____ à l'issue de l'audience du 30 octobre 2015.

h. Le 15 février 2016, A_____ a saisi le Tribunal des prud'hommes d'une demande en paiement, reprenant les conclusions formées en conciliation.

Le montant de 70'000 fr. réclamé pour licenciement abusif, car motivé selon lui par ses absences pour cause de maladie, correspondait à six mois de salaire. Quant à la somme de 113'257 fr., elle était constituée de 13'297 fr. au titre de la différence de salaire pour les années 2013 et 2014, car il considérait avoir travaillé

tout autant qu'en 2012 et avoir par conséquent droit à la même rémunération annuelle de 140'000 fr., de 40'000 fr. au titre d'heures supplémentaires et de 60'000 fr. d'indemnité kilométrique.

Dans sa demande, A_____ a affirmé à la fois que son salaire était fixé "d'après le travail fourni" et qu'il avait été convenu qu'il réaliserait un salaire de 140'000 fr. par an, indemnités vacances comprises. Selon lui, son mode de rémunération était obscur et il ne l'avait pas compris. Entre 2009 et 2014, il avait fait environ 7,5 heures supplémentaires par semaine, lesquelles n'avaient jamais été ni compensées, ni rémunérées, ce qui équivalait, au taux horaires de 67 fr. 36, à la somme de 40'000 fr. qu'il réclamait. S'agissant de l'indemnité kilométrique, elle correspondait à la somme de 1'000 fr. par mois depuis le mois de décembre 2009.

i. Dans sa réponse du 25 mai 2016, B_____ SA a conclu à ce que la prétention portant sur le paiement d'une indemnité pour licenciement abusif soit déclarée irrecevable et pour le surplus au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais.

B_____ SA a soulevé la question du respect, par A_____, du délai de trois mois prévu par l'art. 209 al. 3 CPC pour introduire l'action devant le Tribunal à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder. Par ailleurs, A_____ n'avait pas respecté le délai de 180 jours prévu par l'art. 336b al. 2 CO, ayant expédié le pli contenant la requête de conciliation le 181^{ème} jour après la fin des rapports de travail. Sur le fond, B_____ SA a contesté le caractère abusif du congé, confirmant les raisons économiques invoquées. Il a enfin indiqué avoir remis un certificat de travail, le 31 mars 2015, à son ancien employé.

j. Le Tribunal des prud'hommes a convoqué une audience de débats d'instruction le 7 juillet 2016 et les parties ont été entendues lors de l'audience de débats principaux du 5 septembre 2016.

A_____ a allégué que lors de son engagement par B_____ SA en 2011, C_____ lui avait promis un salaire annuel de 140'000 fr. F_____, frère de C_____ et responsable des finances et des ressources humaines de B_____ SA, lui avait fait une remarque lorsqu'il avait repris le travail au début du mois de janvier 2014, sous-entendant qu'il s'était volontairement mis en congé maladie avant les vacances de Noël. Il avait également été en incapacité de travail pour cause de maladie du 22 septembre 2014, alors qu'il était en vacances, jusqu'au 28 septembre. Le 29 septembre, F_____ l'avait reçu et lui avait indiqué qu'il serait licencié s'il présentait à nouveau un certificat médical et qu'en cas de licenciement économique, il serait "le premier sur la liste". Le 31 octobre 2014, il avait été convoqué par F_____, lequel lui avait expliqué que l'entreprise subissait une baisse de la conjoncture et qu'il devait le licencier car il avait été malade et lui avait coûté 2'000 fr. La lettre de licenciement lui avait été présentée et il avait

accepté de la signer. Pendant cet entretien, il avait laissé son téléphone allumé, à l'insu de son interlocuteur, de sorte que la conversation avait été entendue par l'un de ses amis, G_____. A_____ a encore précisé avoir travaillé en atelier et non à domicile du 2 mai 2011 jusqu'à fin août 2012.

F_____, entendu lors de la même audience, a déclaré ne pas se souvenir avoir fait une remarque à A_____ au sujet de son congé maladie de décembre 2013 lorsque celui-ci avait repris le travail. Pour le surplus, il estimait être en droit de demander des explications à un employé ayant présenté un certificat médical. Il a contesté avoir menacé son employé de licenciement pour cause de maladie, mais a en revanche admis avoir, en septembre 2014, relevé le fait que A_____ avait été malade à deux reprises durant une période de vacances. Il a confirmé que le licenciement de cet employé avait été motivé par la mauvaise conjoncture, le groupe H_____, principal client de B_____ SA, ayant annoncé, dans le courant de l'automne 2014, une baisse des commandes qui allait durer deux ans. Une autre sertisseuse, I_____, avait elle aussi été licenciée à la fin du mois d'octobre 2014 pour cette même raison. Un autre sertisseur, J_____, avait pour sa part été licencié en septembre 2015 et une secrétaire avait perdu son emploi durant la même période. Pour le surplus, F_____ a expliqué qu'il n'était jamais facile de déterminer quel employé allait être licencié. A_____, qui avait quitté la société de 2009 à 2011, n'était pas l'employé le plus ancien et son délai de congé était de deux mois et non de trois. Les sertisseurs qui travaillaient à domicile ne percevaient aucune indemnité kilométrique, ce qui aurait créé une inégalité avec les sertisseurs travaillant en atelier. A_____ ne lui avait jamais présenté un décompte d'heures supplémentaires et à aucun moment B_____ SA ne lui avait promis un salaire annuel de 140'000 fr.

C_____, entendu le 28 septembre 2016, a confirmé que A_____ n'avait jamais rien reçu au titre d'heures supplémentaires, les employés ayant un horaire libre. La société n'indemnisait pas les frais de déplacement entre ses locaux et le domicile de ses employés. Le contrat-type de travail pour les sertisseurs mentionnait un salaire minimum garanti de 4'500 fr. par mois. Lui-même n'avait jamais évoqué un salaire annuel de 140'000 fr. avec A_____. Le marché des montres de luxe avait connu une importante "dégringolade" à partir de 2014. Afin d'anticiper les difficultés économiques, B_____ SA avait dû se séparer de deux sertisseurs en octobre 2014, puis d'un troisième six mois plus tard. Il avait personnellement désigné les employés qui devaient être licenciés. Il ne se souvenait pas des raisons pour lesquelles son choix s'était porté sur A_____ ; il tenait compte de la situation personnelle de l'employé, ainsi que de l'ancienneté. Il était évident que A_____ et I_____ avaient été licenciés pour des raisons économiques.

k. Le Tribunal des prud'hommes a entendu quatre témoins, dont les déclarations pertinentes peuvent être résumées comme suit:

K_____, responsable logistique au sein de B_____ SA depuis 1997, a confirmé que tous les sertisseurs étaient rémunérés en fonction du travail qu'ils exécutaient et qu'il n'était tout simplement pas question d'heures supplémentaires. A sa connaissance, A_____ n'en avait pas faite. Aucune indemnité pour le déplacement de l'employé entre son domicile et l'atelier n'avait été ni convenue, ni même discutée. Le témoin a confirmé que A_____ et I_____ avaient été licenciés le même jour pour des raisons économiques. Elle ignorait les raisons qui avaient conduit B_____ SA à licencier A_____ plutôt qu'un autre sertisseur. A sa connaissance, il n'avait reçu aucune remarque des administrateurs de B_____ SA au sujet de ses absences pour cause de maladie.

L_____, sertisseuse au service de B_____ SA depuis 1999, a expliqué être payée à la pierre sertie. Si elle travaillait davantage, elle sertissait plus de pierres, ce qui augmentait son revenu. Un salaire mensuel minimum de 4'000 fr./4'500 fr. lui avait été garanti. Elle n'avait jamais réclamé le paiement d'heures supplémentaires puisqu'elle était rémunérée à la pièce. Lorsqu'elle travaillait à domicile, elle n'était pas indemnisée pour ses frais de déplacement pour aller chercher et rendre les pièces.

M_____, sertisseur employé par B_____ SA depuis vingt-cinq ans, a précisé avoir effectué des heures supplémentaires mais n'en avoir pas réclamé le paiement, puisqu'il était rémunéré pour le travail qu'il exécutait et pas pour le temps qu'il passait à le faire. Son salaire minimum garanti était de 4'500 fr. par mois; il avait été de 8'000 fr. des années auparavant. Il était toujours parvenu à gagner davantage que le salaire minimum garanti. Il avait subi une opération du cœur au mois d'octobre 2014. Il savait qu'à cette même période B_____ SA avait licencié trois sertisseurs, dont A_____. A sa connaissance, un sertisseur de la société N_____ était venu dans l'atelier de B_____ SA et avait par la suite travaillé pour celle-ci. Il était possible que ce sertisseur soit venu pour le remplacer durant son congé maladie; à son retour, ledit sertisseur avait continué de travailler pour B_____ SA pendant quelques temps, puis avait été licencié avec un autre employé.

I_____ a travaillé pour B_____ SA de 2010 à 2014 en qualité de sertisseuse. Son salaire mensuel minimum garanti était de 4'500 fr. Elle travaillait tous les jours de 8h00 ou 9h00 jusqu'à 17h00 ou 18h00, voire 20h00 et parfois le week-end, à raison de trois ou quatre heures, en fonction de la quantité de travail et de son retard par rapport au délai de livraison. Elle n'avait jamais demandé le paiement d'heures supplémentaires puisque ses heures n'étaient pas comptées et qu'elle était rémunérée à la pièce. Elle avait été licenciée à la fin du mois d'octobre 2014; sa lettre de congé faisait état de raisons économiques. Elle avait entendu dire qu'un sertisseur de N_____ était venu travailler dans l'atelier de B_____ SA après son départ.

Les témoins L_____, M_____ et I_____ ont également expliqué qu'à réception des pièces qu'ils devaient sertir, ils recevaient un ticket de B_____ SA, lequel mentionnait la rémunération du sertisseur. Au moment de la restitution de la pièce sertie à B_____ SA, un second ticket était remis au sertisseur, sur lequel figurait la rémunération brute pour ladite pièce. L'addition des montants figurant sur ces tickets permettait de connaître, à la fin du mois, la rémunération due au sertisseur.

G_____, ami de A_____, a déclaré avoir utilisé pour ses propres besoins, durant un mois et demi à deux mois vers fin 2010-2011, l'établi que ce dernier avait à son domicile. Il avait constaté durant cette période que A_____ se rendait quotidiennement dans les locaux de B_____ SA pour y chercher des pièces ou pour rester travailler; il se déplaçait en voiture ou en scooter. A_____ commençait à travailler tôt le matin et il lui arrivait de finir tard la nuit. Le témoin avait entendu la conversation entre A_____ et un dénommé O_____ (prénom) le 31 octobre 2014. Ce dernier avait expliqué que le marché était tendu et que B_____ SA devrait se passer des services de A_____, lequel avait alors demandé s'il était licencié en raison du fait qu'il avait été malade. Le dénommé O_____ lui avait répondu : "C'est quand même gonflé de produire un certificat médical après les vacances; ça nous a coûté 2'000 fr. Quand je suis malade personne ne me paie. Toi, tu es malade à la maison et tu es payé".

I. La cause a été gardée à juger par le Tribunal des prud'hommes à l'issue de l'audience du 28 septembre 2016.

- D. a.** Dans le jugement litigieux, le Tribunal des prud'hommes a écarté les déclarations de G_____ de la procédure, au motif que celui-ci avait écouté une conversation privée entre A_____ et le représentant de B_____ SA, à l'insu de ce dernier, une telle écoute étant illicite au sens de l'art. 179bis al. 1 CP. Son témoignage devait par conséquent être considéré comme une preuve illicite. Or, dans une cause de nature patrimoniale soumise à la maxime des débats, l'intérêt au respect du domaine secret et privé devait prévaloir face à l'intérêt à la découverte de la vérité.

Le Tribunal des prud'hommes a également retenu que les rapports de travail ayant pris fin le 31 mars 2015, le délai de 180 jours de l'art. 336b al. 2 CO pour ouvrir action était arrivé à échéance le 28 septembre 2015, la veille de cette date étant un dimanche. A_____, qui avait déposé sa requête en conciliation le 28 septembre 2015, avait par conséquent agi en temps utile.

Il ressortait des témoignages que B_____ SA rencontrait des difficultés économiques au moment du licenciement de A_____, de sorte que les motifs économiques invoqués par l'employeur étaient avérés, l'employé n'étant pas parvenu à rendre vraisemblable que son licenciement lui avait été signifié en

raison de ses absences pour raison de maladie. Il devait par conséquent être débouté de ses conclusions portant sur le versement d'une indemnité pour cause de licenciement abusif.

A_____ n'avait pas davantage établi avoir convenu avec son employeur du paiement d'un salaire de 140'000 fr. par année. Il n'était dès lors pas fondé à réclamer le versement de la somme de 13'297 fr.

L'employé n'avait pas non plus prouvé avoir effectué des heures supplémentaires au service de B_____ SA, de sorte que sa prétention à ce titre était infondée.

S'agissant de l'indemnité kilométrique réclamée par A_____, ce dernier n'était pas parvenu à établir l'existence d'un accord avec son employeur au sujet de la prise en charge par ce dernier des frais de déplacement de l'employé entre l'atelier et son domicile. De surcroît, les travailleurs occupés au sein des locaux de l'entreprise n'étaient pas indemnisés pour leur déplacement jusqu'au lieu de travail, ce qui justifiait d'autant plus de débouter A_____ de ses conclusions sur ce point.

Un certificat de travail conforme aux exigences légales avait été remis à l'employé le 31 mars 2015; ce dernier devait donc être débouté de ses conclusions.

b. Dans son appel, A_____ a reproché au Tribunal d'avoir écarté à tort le témoignage de G_____ et de ne pas avoir retenu le congé abusif. Il ressortait des déclarations de C_____, de F_____ et de G_____, ainsi que d'autres éléments tels que la proximité temporelle du licenciement et de sa dernière incapacité de travail, que le choix de le licencier lui et non un autre employé était motivé par les deux incapacités de travail qu'il avait subies durant ses périodes de vacances et par l'indemnisation qui en avait découlé. Ceci était d'autant plus vrai que la qualité de son travail n'avait jamais été critiquée, qu'il était ancien dans l'entreprise, qu'il était le seul soutien de famille et que B_____ SA avait, postérieurement à son licenciement, donné du travail à un sertisseur venant de la société N_____. L'appelant a sollicité le versement, au titre d'indemnité pour licenciement abusif, de la somme nette de 63'515 fr. correspondant à six mois de salaire.

C'était également à tort que le Tribunal des prud'hommes ne lui avait alloué aucune indemnité pour ses frais de déplacement pour la période allant de septembre 2012 jusqu'à la fin de la durée de son contrat de travail, et ce contrairement à l'art. 5 LTrD. Il a réclamé à ce titre le versement de 1'000 fr. par mois durant vingt-sept mois, sous déduction des mois de vacances et des périodes de maladie correspondant au total à trois mois; le montant réclamé à ce titre s'élevait dès lors désormais à 24'000 fr. C'était également à tort que le paiement d'heures supplémentaires lui avait été refusé. Or, en raison de ses déplacements et de ceux-ci exclusivement, il avait effectué 17,3 heures supplémentaires par mois, multipliées par vingt-quatre mois, ce qui correspondait à 415 heures

supplémentaires; c'est par conséquent une indemnité de l'ordre de 26'000 fr. qui aurait dû lui être allouée à ce titre.

EN DROIT

- 1. 1.1** L'appel est dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur litigieuse de plus de 10'000 fr. au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Il a été déposé dans le délai imparti par la loi compte tenu des fêtes judiciaires de fin d'année (art. 145 al. 1 let. c et 311 al. 1 CPC) et respecte au surplus la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC).

L'appel est ainsi recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416) dans les limites posées par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) applicables à la présente cause, laquelle est régie par la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 a contrario CPC), dans la mesure où elle porte sur une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr.

- 2. 2.1** Le demandeur est en droit de porter l'action devant le tribunal dans un délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC).

Lorsqu'un délai est fixé en mois, il expire le jour du dernier mois correspondant au jour où il a commencé à courir (art. 142 al. 2 CPC).

Les délais légaux et les délais fixés judiciairement ne courent pas notamment du 18 décembre au 2 janvier inclus (art. 145 al. 1 let. c CPC). La suspension des délais ne s'applique pas à la procédure de conciliation (art. 134 al. 2 let. a CPC).

Les délais pour ouvrir action ensuite de la délivrance d'une autorisation de procéder après échec d'une tentative de conciliation (art. 209 al. 3 et 4 CPC) sont suspendus pendant les fêtes (ATF 138 III 615).

S'agissant du calcul de la suspension d'un délai en mois, tel celui de l'art. 209 CPC, il doit être compté selon l'art. 142 al. 2 1^{ère} phrase, puis l'on y ajoutera – en jours – la période de suspension (soit 15 jours pour Pâques, 32 jours pour l'été et 16 jours pour Noël) (HOFMANN/LÜSCHER, Le code de procédure civile, 2^{ème} éd. 2015 p. 121).

2.2 Dans le cas d'espèce, l'autorisation de procéder a été remise à l'appelant par l'autorité de conciliation à l'issue de l'audience du 30 octobre 2015. En saisissant

le Tribunal des prud'hommes le 15 février 2016, l'appelant a respecté le délai fixé par l'art. 209 al. 3 CPC, suspendu durant seize jours entre Noël et Nouvel an.

- 3. 3.1.1** Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (BRÖNNIMANN, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, n. 43 ss ad art. 152 CPC; RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, 2009, p. 116 n. 234, p. 121, n. 248, p. 122 n. 252, p. 126 n. 260). Conformément à l'art. 152 al. 2 CPC, la preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité (HASENBÖHLER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^{ème} éd. 2013, n. 40 ad art. 152 CPC p. 1058).

3.1.2 Celui qui, sans le consentement de tous les participants, aura écouté à l'aide d'un appareil d'écoute ou enregistré sur un porteur de son une conversation non publique entre d'autres personnes, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 179bis al. 1 CP).

3.2 Dans le cas d'espèce, une partie du témoignage de G_____ a été obtenue illicitement, puisque celui-ci a écouté, au moyen du téléphone de l'appelant, sans le consentement de F_____, une conversation à caractère privé. La prise en compte des déclarations litigieuses dépend par conséquent de la prépondérance de l'intérêt à la manifestation de la vérité. Cette question peut toutefois demeurer indécise dans la présente cause et ce pour les raisons qui seront explicitées ci-après, étant précisé que le témoignage de G_____ est quoiqu'il en soit admissible pour tout ce qui ne concerne pas la conversation du 31 octobre 2014.

- 4. 4.1** Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif au sens des arts. 336 ss CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_2/2014 du 19 février 2014 consid. 3.1; ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116).

Selon l'art. 336 al. 1 let. a. CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que

cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

La maladie est une raison inhérente à la personnalité au sens de la disposition précitée. Toutefois, si elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Ainsi, la résiliation des rapports de travail en raison d'une incapacité prolongée perdurant au-delà du délai de protection de l'art. 336 c CO n'est pas abusive, à tout le moins si l'incapacité ne trouve pas sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur et pour autant que l'employeur n'exerce pas son droit d'une manière rendant le licenciement abusif (WYLER/ HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 630 et les références citées).

L'art. 336 CO énumère d'autres cas dans lesquels la résiliation est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables par leur gravité aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO. Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi, lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur, quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (arrêt du Tribunal fédéral 4A_2/2014 du 19 février 2014 consid. 3.1; ATF 136 III 513 consid. 2.3 et les nombreux arrêts cités).

Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité adéquat entre le motif illicite et le licenciement. Il faut donc que le motif ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat, cette décision pouvant par ailleurs reposer sur plusieurs motifs. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer, si, sans ce motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié (SJ 1995 p. 798); en d'autres termes, le juge doit examiner lequel des motifs en concours était le motif prédominant et déterminant pour la décision de licencier (arrêts du Tribunal fédéral 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012 consid. 2.1; 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 consid. 3; 4P.205/2000 du 6 mars 2001 in: ARV/DTA 2001 p. 46 = JAR 2002 p. 238; ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 265; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 20 ad art. 336 CO).

4.1.2 En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 123 III 246 consid. 4b). Dans ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a

donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les références citées).

4.2 Dans le cas d'espèce et à l'instar du Tribunal, la Chambre des prud'hommes considère que l'appelant n'est pas parvenu à établir le caractère abusif du congé qui lui a été notifié.

L'intimée a en effet allégué, tant dans la lettre de congé que dans le cadre de la procédure, que le licenciement de l'appelant avait été motivé par des raisons économiques, F_____ ayant expliqué, lors de son audition devant le Tribunal des prud'hommes, que le principal client de l'intimée, soit le groupe H_____, avait annoncé dans le courant de l'automne 2014 une baisse des commandes devant durer deux ans. Or, il ressort de l'instruction que l'appelant n'a pas été le seul sertisseur à être licencié durant cette période, puisque I_____, également sertisseuse, a été licenciée le même jour que lui. Un autre sertisseur et une secrétaire ont eux aussi perdu leur emploi quelques mois plus tard, ce qui confirme le fait que l'intimée entendait réduire sa masse salariale. Le témoin M_____ a certes indiqué qu'un sertisseur venant de la société N_____ était venu travailler pour l'intimée. Celui-ci est toutefois arrivé à un moment où M_____ était absent pour cause de maladie et il avait par la suite également été licencié. Il ne peut donc être admis qu'il a durablement remplacé l'appelant.

Lors de son audition, F_____ a par ailleurs expliqué que l'appelant n'était pas l'employé le plus ancien et que son délai de congé était de deux mois et non de trois, ce qui pouvait expliquer que le choix de le licencier se soit porté sur lui. Il ressort en effet de la procédure que l'appelant avait donné son congé à l'intimée pour la fin juillet 2009 et avait été réengagé, à sa demande, à compter du mois de mai 2011. Au moment de son licenciement, il ne travaillait pour l'intimée de manière ininterrompue que depuis un peu plus de trois ans. Il ne pouvait donc se prévaloir d'une longue ancienneté et son délai de congé était effectivement de deux mois et non de trois, étant relevé que I_____, licenciée le même jour que lui, avait été engagée en 2010 et pouvait dès lors être considérée comme plus "ancienne". L'instruction de la cause n'a pas porté sur la situation personnelle de tous les autres sertisseurs employés par l'intimée. Il est toutefois établi que L_____, engagée en 1999, avait une ancienneté plus importante que l'appelant; il en allait de même de M_____, employé depuis plus de vingt ans et malade durant l'automne 2014. La décision de résilier le contrat de travail de l'appelant et non celui des témoins L_____ et M_____ n'est dès lors pas critiquable.

Il résulte de ce qui précède que l'instruction de la cause a permis d'établir la réalité des motifs économiques invoqués à l'appui du congé donné à l'appelant et le caractère non abusif de celui-ci.

Cette appréciation des faits ne serait pas modifiée même en retenant les déclarations de G_____ qui ont été écartées par les premiers juges. Il ressort en effet de celles-ci que F_____, lors de l'entretien avec l'appelant, lui a expliqué d'entrée de cause que le marché était "tendu", ce qui correspond à la motivation toujours alléguée par l'intimée et par ailleurs établie par l'instruction. Ce n'est qu'en réponse à une question de l'appelant, qui a demandé s'il était licencié en raison du fait qu'il avait été malade, que F_____, sans répondre par l'affirmative, a mentionné la production d'un certificat médical après une période de vacances, procédé qu'il trouvait "gonflé" et qui avait coûté de l'argent à l'entreprise. Cette remarque ne suffirait pas à retenir, compte tenu des éléments relevés ci-dessus, que le licenciement de l'appelant n'était pas motivé par la conjoncture économique mais était en réalité un congé repréailles. Ceci est d'autant plus vrai que l'appelant n'est pas parvenu à établir que son employeur l'avait menacé de licenciement s'il produisait un autre certificat médical, ni qu'il serait le premier sur la liste en cas de licenciement économique, l'employeur ayant contesté avoir tenu de tels propos, lesquels n'ont pas été confirmés par les témoins auditionnés.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le Tribunal n'a pas retenu le caractère abusif du congé notifié à l'appelant et l'a débouté de ses prétentions en versement d'une indemnité à ce titre.

5. L'appelant a réduit ses prétentions en paiement d'une indemnité pour ses frais de déplacement, puisqu'il ne réclame plus désormais à ce titre que la somme de 24'000 fr.

5.1.1 L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires à son entretien (art. 327a al. 1 CO). Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires (art. 327a al. 2 CO).

Il s'agit de toutes les dépenses nécessaires encourues pour l'exécution du travail : frais postaux, frais de téléphone, frais de déplacement ou vêtements professionnels spéciaux (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd. 2014, p. 298).

Ne sont pas considérés comme des frais imposés par l'exécution du travail les moyens nécessaires au travailleur pour se déplacer de son domicile à son lieu de travail, de sorte qu'il ne peut prétendre à aucune indemnisation de ce chef.

L'absence d'indemnisation pour les déplacements entre le domicile et le lieu de travail se justifie par le fait que le travailleur est libre de choisir son lieu de domicile et de déterminer ainsi les frais qu'il encourra pour se rendre à son travail et en revenir (WYLER/HEINZER, op. cit. p. 299).

L'employeur doit rembourser au travailleur à domicile tous les frais imposés par l'exécution du travail, en particulier ceux qui ont été engagés pour les instruments de travail, les matériaux et leur transport (art. 5 al. 1 LTrD).

5.1.2 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

5.2 Il résulte de la procédure que l'appelant a travaillé dans l'atelier de l'intimée du 2 mai 2011 jusqu'à la fin du mois d'août 2012, puis, à partir de septembre 2012, à son domicile. L'appelant n'a pas établi avoir convenu avec l'intimée que ses frais de déplacement entre son domicile et les bureaux de son employeur lui seraient remboursés dès septembre 2012. La prétention qu'il émet, si elle lui était accordée, aurait par ailleurs pour conséquence une augmentation de ses revenus à partir de septembre 2012, alors même que travaillant à son domicile il n'effectuait pas plus de trajets que s'il avait continué de pratiquer dans l'atelier de l'intimée, dans lequel il se rendait auparavant quotidiennement, effectuant ainsi un aller-retour par jour. Or, l'appelant n'a ni établi, ni même allégué avoir effectué plus d'un aller-retour par jour à compter du mois de septembre 2012.

L'appelant n'a par ailleurs pas établi les frais allégués dont il demande le remboursement, se contentant de réclamer le versement d'un montant forfaitaire, non prévu contractuellement, sans préciser de quelle manière la somme de 1'000 fr. par mois a été calculée, le témoin G_____ ayant expliqué que l'appelant se déplaçait soit en voiture, soit en scooter, le coût d'utilisation de ces deux véhicules n'étant pas identique. L'appelant n'a ainsi pas respecté la règle de l'art. 8 CC et ne saurait tirer aucun argument utile de l'art. 5 al. 1 LTrD qu'il a invoqué.

L'appel est infondé sur ce point.

- 6.** L'appelant a enfin sollicité le versement de 26'000 fr. au titre d'heures supplémentaires, alors qu'il réclamait 40'000 fr. à ce titre en première instance. En appel, il a fait valoir le fait que les heures supplémentaires alléguées étaient liées au temps de déplacement uniquement, soit 17,3 heures supplémentaires par mois, effectuées en plus de l'horaire de travail normal. En première instance, l'appelant avait prétendu avoir travaillé "de très nombreuses heures par jour, dépassant les 60 heures par semaine", sans lier les heures supplémentaires à ses déplacements entre son domicile et l'atelier.

6.1 Selon l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne 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 application de l'article 8 CC, il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires et qu'elles ont été annoncées à l'employeur ou que celui-ci avait connaissance ou devait avoir connaissance de leur existence (ATF 129 III 171 consid. 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2; WYLER, op. cit., p. 93).

S'il n'est plus possible de prouver avec exactitude combien d'heures supplémentaires le travailleur a effectuées, le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO pour en estimer le nombre. Afin toutefois de ne pas détourner la règle de preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêt du Tribunal fédéral 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, consid. 5.2.1).

6.2 La Chambre des prud'hommes relève en premier lieu que l'appelant ne saurait à la fois réclamer l'indemnisation de ses frais de trajet entre son domicile et les locaux de l'intimée au titre de remboursement de frais professionnels et d'heures supplémentaires, ce qu'il n'a pourtant pas hésité à faire.

A partir du moment où l'appelant a commencé à travailler à domicile, il n'était plus astreint à des horaires et pouvait organiser librement son temps de travail, à condition de respecter les délais impartis par l'intimée pour la restitution des pièces serties. Par ailleurs et comme l'a expliqué le témoin L_____, le fait de travailler davantage augmentait son revenu, puisque les sertisseurs employés par l'intimée étaient rémunérés "à la pierre sertie". L'accomplissement d'heures supplémentaires apparaît peu compatible avec ce type d'organisation du travail.

L'appelant n'a par ailleurs fourni aucune indication utile concernant ses horaires de travail, se contentant, en appel, de faire état d'une durée de déplacement entre son domicile et les locaux de l'intimée, alors qu'en première instance et pour autant que la Chambre des prud'hommes ait compris son argumentation, il

affirmait dépasser les soixante heures de travail par semaine, sans inclure dans celles-ci le temps passé à se déplacer. L'instruction du dossier n'a, quoiqu'il en soit, fourni aucune indication utile sur les horaires effectués par l'appelant. Sur ce point, les déclarations du témoin G _____, lequel a affirmé avoir constaté durant un mois et demi à deux mois, vers fin 2010-2011, que l'appelant commençait à travailler tôt le matin et finissait parfois tard la nuit doivent être appréciées avec circonspection. En effet, d'une part l'appelant ne travaillait pas pour l'intimée à la fin de l'année 2010 et au début de l'année 2011 et d'autre part les déclarations de ce témoin sont trop vagues pour que la Chambre des prud'hommes puisse retenir, sur cette seule base, l'exécution régulière d'heures supplémentaires, ce d'autant plus que l'appelant a exclusivement fait état, en appel, d'heures supplémentaires en lien avec les trajets effectués.

L'appel apparaît également infondé sur ce point.

7. Les frais de l'appel, arrêtés à 1'200 fr. (art. 71 RTFMC), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe intégralement (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec l'avance de même montant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ contre le jugement JTPH/477/2016 rendu le 8 décembre 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/20372/2015.

Au fond :

Le rejette et confirme le jugement attaqué.

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Monsieur Pierre-Alain L'HÔTE, juge employeur; Monsieur Ivo VAN DOORNIK, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.