

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22737/2015-5

CAPH/5/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 17 JANVIER 2017

Entre

A_____ SA, sise c/o _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 9 juin 2017 (JTPH/240/2017), comparant par M^c Pascal JUNOD, avocat, Rue de la Rôtisserie 6, Case postale 3763, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié Rue Sismondi 16, 1201 Genève, intimé, comparant par M^c Eric STAMPFLI, avocat, STAMPFLI Avocats, Route de Florissant 112, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 janvier 2017.

EN FAIT

- A. Par jugement du 9 juin 2017, communiqué aux parties le jour même, le Tribunal des prud'hommes a condamné A_____ SA à payer à B_____ la somme de 10'000 fr. net avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 (ch. 3 du dispositif), condamné A_____ SA à payer à B_____ la somme de 24'365 fr. 25 brut avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 (ch. 4), condamné A_____ SA à payer à B_____ la somme de 8'560 fr. 85 brut avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 (ch. 5), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 6), prononcé mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer notifié le 14 août 2015 dans la poursuite n° C_____ de l'Office des poursuites de Genève à concurrence du montant de 24'365 fr. 25 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 et dit que la poursuite ira sa voie à hauteur du montant précité (ch. 7 et 8) et débouté les parties de toute autre conclusion sous suite de frais (ch. 9 à 15).

Sur le seul point contesté en appel, soit celui des indemnités pour vacances non prises en nature, le Tribunal a considéré que l'employeur n'avait pas démontré que l'employé avait pu prendre des vacances durant la durée du contrat de sorte qu'une indemnité pour vacances non prises pendant cinq ans et dix mois devait lui être allouée à hauteur de 24'365 fr. pour les cinq premières années et de 4'060 fr. 85 pour les dix derniers mois.

- B. a. Par mémoire expédié le 12 juillet et reçu le 13 juillet 2017 par le greffe de la Cour de justice, A_____ SA a formé appel contre le jugement en question. Il conclut à l'annulation "*du point 5 du dispositif du jugement du 9 juin 2017 en ce qu'il condamne l'appelante à payer les sommes de 24'365 fr. avec intérêts moratoires à 5% dès le 30 avril 2015 ainsi que 4'060 fr. 85 avec intérêts moratoires à 5% dès le 31 octobre 2015 à titre d'indemnité pour vacances non prises*", sous suite de frais et dépens, la partie adverse devant être déboutée de toutes ses conclusions.

En substance, elle fait grief au Tribunal d'avoir constaté les faits de manière inexacte, voire arbitraire, en ayant estimé que l'intimé n'avait pris aucun jour de vacances durant les cinq ans et dix mois qu'avait duré le contrat, alors que celui-ci pouvait organiser son temps très librement.

- b. Par réponse expédiée le 15 et reçue le 18 septembre 2017 au greffe de la Cour, B_____ a conclu au déboutement de l'appelante de ses conclusions et à la confirmation intégrale du jugement du Tribunal, sous suite de frais et dépens. Il considère que le Tribunal a fait une saine application des règles sur le fardeau de la preuve, l'appelante n'ayant en rien prouvé, alors qu'elle le devait, qu'elle avait mis à disposition à l'employé le temps légal prévu pour des vacances.

Par réplique du 10 octobre et duplique du 2 novembre 2017 les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Il résulte pour le surplus du dossier, les faits pertinents suivants:

a. A_____ SA est une société anonyme de droit suisse dont le but est notamment la création, l'achat, la vente, l'exploitation de cafés, de restaurants, de débits de boissons, de dancings, de cantines, d'hôtels, de pensions et de salons de massage; son siège est à Genève.

Au cours de l'année 2009, D_____, un administrateur de A_____ SA, a indiqué à B_____, né en 1960, qu'il projetait de mettre en place des vitrines au centre de Genève dédiées à la prostitution. A la suite de discussions, ils sont convenus que, à partir du mois d'octobre 2009, B_____ viendrait à Genève pour aider à concrétiser le projet de vitrines alors que D_____ le financerait entièrement avec son associé E_____.

B_____ a ainsi été engagé à plein temps par la société A_____ SA dès le mois d'octobre 2009 afin de s'occuper de la gestion courante d'un salon de massage, le F_____.

Le salaire mensuel convenu était de CHF 4'500.- brut payable en treize mensualités.

A la fin de l'année 2009, le F_____ comprenait six chambres au rez-de-chaussée et dix chambres à l'étage, lesquelles étaient louées par A_____ SA aux prostituées pour exercer leur métier. Le nombre de chambre a ensuite été porté à 24 au début de l'année 2011

Au cours de l'année 2010, A_____ SA a commencé l'exploitation d'un bar dans l'arcade attenante au F_____, dénommé le G_____, lequel était ouvert 365 jours par an, de 10 heures à 2 heures.

B_____ était en charge de la gestion courante dudit bar, lequel employait trois personnes.

b. B_____ a fait notifier en date du 5 août 2015 à A_____ SA un commandement de payer, poursuite n° C_____, pour les montants suivants:

- 24'365 fr. 25 avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2015, à titre d'indemnité pour les vacances non prises ces cinq dernières années ;
- 9'971 fr. 60 avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2015, à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés ces cinq dernières années ;

-
- 10'555 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2015, à titre d'indemnité pour les heures supplémentaires effectuées ces cinq dernières années ;
 - 69'247 fr. 15 avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2015, à titre d'indemnité pour les dimanches travaillés ces cinq dernières années.

A_____ SA a fait opposition à ce commandement de payer le 14 août 2015.

c. Par courrier du 28 août 2015, A_____ SA a résilié le contrat de travail de B_____ avec effet au 31 octobre 2015, ce dernier étant libéré de son obligation de travailler à partir du 31 août 2015.

B_____ a accusé réception de ce courrier, et a précisé que de nombreux arriérés pour les cinq années précédentes lui étaient encore dus.

Par courrier du 26 octobre 2015, B_____ a formé opposition à son congé conformément à l'article 336 let. b CO et a indiqué être disposé à continuer à travailler pour A_____ SA.

d. Par demande ordinaire déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 11 mai 2016, B_____ a assigné A_____ SA en paiement de la somme totale de CHF 287'666.45, avec suite de frais et dépens. Ladite somme se décompose comme suit :

- 24'365 fr. 25 à titre d'indemnité pour les vacances non prises, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 ;
- 10'555 fr. à titre d'indemnité pour les heures supplémentaires, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 ;
- 9'971 fr. 60 à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 ;
- 69'247 fr.15 à titre d'indemnité pour les dimanches travaillés, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 ;
- 3'751 fr. 73 à titre d'indemnité pour les vacances non prises, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 ;
- 27'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 ;
- 107'381 fr. à titre de rémunération pour les heures supplémentaires, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 ;
- 5'892 fr. 20 à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 ;

-
- 25'002 fr. 52 à titre d'indemnité pour les dimanches travaillés, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 ;
 - 4'500 fr. à titre d'arriéré de salaire non payé, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015.

L'intimé a encore conclu à ce que la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer notifié le 14 août 2015 dans la poursuite n° C_____ de l'Office des poursuites de Genève soit prononcée, et à ce qu'un certificat de travail lui soit délivré.

A l'appui de ses conclusions, l'intimé a, en substance, allégué que pour le compte du salon de massage il revêtait le rôle de personne responsable au sens de la loi genevoise sur la prostitution, cette tâche demandant une présence quotidienne dans les locaux aux fins d'aviser les autorités des personnes pratiquant le métier de prostituée au sein du salon de massage et pour démontrer en cas de contrôle de police que les hôtes sont en règle avec la législation. Son cahier des charges consistait à contrôler les arrivées et les départs des prostituées, à les annoncer auprès de la Brigade des mœurs et à l'Office cantonal de l'emploi, à fournir des explications aux prostituées quant à la location des chambres et au système de vitrines, à effectuer le décompte des heures de location, à tenir la comptabilité, et à gérer le personnel d'entretien et de nettoyage des chambres. La durée de travail convenue était de 40 heures par semaine sur cinq jours. Cependant, en raison des heures d'ouverture du salon de massage, soit 24h sur 24h et sept jours sur sept, et des tâches qui lui étaient confiées, il avait dû travailler tous les jours depuis le début des rapports de travail, de jour comme de nuit, sans prendre le moindre jour de congé ni le moindre jour de vacances. Il effectuait ainsi 12 heures supplémentaires par semaine, soit 624 heures supplémentaires par année de service. Son volume de travail avait encore augmenté à partir de 2011 suite à l'augmentation du nombre de chambre. En outre, suite à l'ouverture du bar G_____ dont il était chargé de la gestion courante, sa présence était nécessaire de manière quotidienne dans les deux établissements de A_____ SA, son activité correspondait ainsi bien plus qu'à un emploi à plein temps. S'agissant de son droit aux vacances, il a réclamé le paiement de l'équivalent de cinq ans et dix mois de service auprès de son employeur.

L'appelante a conclu au déboutement du demandeur avec suite de frais et dépens, et a excipé de compensation à hauteur de 163'479 fr.

A l'appui de ses conclusions, elle a notamment allégué qu'une présence permanente du demandeur dans les locaux n'était pas nécessaire, tout en précisant que l'intimé avait manqué à de nombreuses reprises à son obligation d'annonce des prostituées à la Brigade des mœurs, ce qui avait notamment donné lieu à des amendes. Dans le cadre de son activité, l'intimé était totalement libre d'organiser

ses horaires. Il passait de plus de nombreuses heures à boire et à offrir des verres avec des clients et amis dans l'établissement ou sur les terrasses aux alentours jusqu'à finir en état d'ébriété. Dans ce contexte, l'appelante a produit des photos du demandeur qui le montre, selon elle, dans des situations de détente et de vacances en compagnie d'amis.

L'appelante a encore soutenu que la loi sur le travail n'était pas applicable à l'intimé, ce dernier ayant une fonction dirigeante élevée.

e. Le H_____, entendue par le Tribunal, a expliqué avoir travaillé pour l'appelante de décembre 2010 à octobre 2015. Elle travaillait dans le bar en qualité de serveuse de 17h30 à 2h00 du lundi au vendredi. Le demandeur était parfois présent à 17h30 à son arrivée, et parfois il passait durant la soirée, celui-ci n'ayant pas d'horaire fixe. Il n'était pas toujours là à la fermeture. Si le demandeur n'était pas présent lors d'un contrôle de la Brigade des mœurs, celle-ci partait et revenait une autre fois. Puisque le demandeur habitait à 50 mètres du bar, il faisait beaucoup d'aller et venue, et il s'absentait de temps en temps pour aller en Belgique. Il buvait dans le bar avec des clients et ceux-ci payaient, sous réserve de la "tournée du patron". Le soir, lorsqu'il était dans le bar, il était parfois derrière le bar à travailler avec elle, parfois il était sur la terrasse avec des clients en été.

Le témoin I_____, entendu par le Tribunal, a expliqué avoir travaillé pour la défenderesse jusqu'en octobre 2015 en tant qu'homme de ménage dans le F_____ et le bar. Son horaire de travail était du lundi au vendredi de 10h à 10h30 ou 11h, il revenait ensuite à 12h30 ou 13h, et faisait encore une heure et demie jusqu'à 14h ou 14h30. Le demandeur était présent et venait contrôler son travail à son arrivée le matin. Lorsqu'il revenait l'après-midi, le demandeur était parfois présent, parfois pas.

Le témoin J_____, a exposé avoir travaillé en qualité de femme de ménage pour A_____ SA de mars 2014 à octobre 2016. Elle commençait son travail le matin à 7h, elle faisait une heure de ménage au vidéoclub le K_____ jusqu'à 8h. Ensuite de 8h ou 8h15 jusqu'à 16h – 16h30 elle faisait le ménage au F_____ et au bar. Lorsqu'elle arrivait le matin, le demandeur était présent. Il était ou se rendait au bar, il allait chercher la liste des filles au F_____ et ensuite vidait la caisse où les filles laissaient leur loyer ou les clés. Lorsqu'elle finissait de nettoyer le bar, il était encore occupé à faire les comptes. Il lui donnait les clés des chambres qui devaient être nettoyées. Il était presque toujours présent lorsqu'elle était sur place. Lorsqu'elle descendait, il était toujours là en compagnie d'amis et de clients.

EN DROIT

- 1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état

des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC). Il peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

En matière de contrat de travail, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice est l'instance d'appel compétente à Genève pour connaître d'un appel dirigé contre un jugement du Tribunal des prud'hommes (art. 124 let. a LOJ).

1.2 En l'espèce, la question de la recevabilité de l'appel se pose d'emblée.

En effet, le mémoire d'appel déposé par A_____ SA conclut principalement à l'annulation du point 5 du dispositif du jugement "*en ce qu'il condamne l'appelante à payer les sommes de 24'365 fr. avec intérêts moratoires à 5% dès le 30 avril 2015 ainsi que 4'060 fr. 85 avec intérêts moratoires 5% dès le 31 octobre 2015 à titre d'indemnité pour vacances non prises*". Or, le chiffre 5 du dispositif du jugement est libellé comme suit : "*condamne A_____ SA à payer à B_____ la somme de CHF 8'560 .85 brut, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 octobre 2015*". Quant à la somme de 24'365 fr. elle ne ressort pas du dispositif du jugement. Le ch. 4 du dispositif du jugement en question condamne, lui, l'appelante à payer la somme 24'365 fr. 25 à l'intimé.

La jurisprudence considère que les conclusions doivent être interprétées à la lumière de la motivation (cf. ATF 140 III 444). Or dans le cas d'espèce, aucun montant ne ressort de la motivation.

Il ressort toutefois de la conclusion n° 2 prise par le recourant, ainsi que de sa motivation, que les sommes concernées sont celles arrêtées par le Tribunal à titre d'indemnité pour vacances non prises, ce qui ressort des considérants du jugement de première instance où l'on retrouve approximativement les montants mentionnés dans les conclusions de l'appelant (considérant 5 c).

Dans cette mesure, et dans la mesure également où l'intimé ne soulève pas la question, l'appel, par ailleurs déposé dans le délai et par devant l'autorité compétente, sera déclaré recevable.

2. L'appel ne concerne que l'indemnité pour vacances non prises au paiement de laquelle l'appelante a été condamnée en faveur de l'intimé.

2.1 Aux termes de l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur chaque année de service quatre semaines de vacances au moins (...). Cette disposition est de nature relativement impérative (art. 362 al. 1 CO). Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service

n'est pas complète (art. 329a al. 3 CO), et l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO). Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent et d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). L'employeur doit établir qu'il a accordé ou rémunéré le temps libre et les vacances auxquelles le travailleur a droit (ATF 128 III 271, JdT 2003 I 606).

Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral a confirmé que le fardeau de la preuve du fait que le travailleur avait pu prendre ses vacances incombait à l'employeur, ainsi que la preuve d'établir le nombre de ces jours (ATF cité, consid. 2 bb).

Il a toutefois confirmé également que dans le domaine en question, une application de l'art. 42 al. 2 CO, par analogie, qui stipule que lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée, pouvait être faite lorsqu'il était impossible de prouver le nombre de jours de vacances pris par l'employé. Les exceptions aux exigences en matière de degré de la preuve, selon lesquelles la haute vraisemblance d'un fait, voire son seul caractère crédible sont considérés comme suffisants, découlent d'une part de la loi elle-même, d'autre part de la jurisprudence et de la doctrine. Le fondement de ces exceptions est que la mise en œuvre d'un droit ne doit pas se heurter à des difficultés de preuves qui surgissent typiquement dans certains états de faits. Une réduction des exigences en matière de degré de preuves suppose cependant qu'une preuve stricte ne soit pas possible ou ne puisse pas raisonnablement être exigée en fonction de la nature de l'affaire. La réduction des exigences en matière de preuves ne doit pas conduire en pratique un renversement du fardeau de la preuve. Dans la mesure où cette exigence relève du possible et du raisonnable, la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve doit alléguer et établir toutes les circonstances qui permettent de conclure à la réalisation de l'état de faits prétendu (ATF 128 cité, consid. 2b aa).

2.2 Dans le cas d'espèce, le Tribunal a retenu que l'appelante n'avait pas démontré que l'employé avait pu prendre des vacances et les aurait prises durant la période contractuelle. Il a donc considéré que durant les cinq ans et dix mois qu'a duré le contrat, le travailleur n'avait pas pris de vacances de sorte qu'il avait droit au paiement de celles-ci. Or, si comme le jugement le retient sans être contesté sur ce point, l'employé n'avait pas une position de cadre dirigeant, il ressort du dossier que celui-ci disposait d'une faculté d'organisation de son temps importante. Cela étant, avec le Tribunal, la Cour doit constater que hormis diverses considérations toutes générales, l'appelante n'a pas apporté d'élément probant permettant de démontrer que l'employé aurait pu prendre, et aurait pris, les vacances auxquelles il avait droit. A cet égard, les photographies produites ne sont d'aucun secours à l'appelante et ne démontrent rien. En particulier, elle n'a pas produit des décomptes de jours de vacances, ou un planning annuel. Pas plus n'a-t-elle produit

un courrier d'autorisation de prendre des vacances ou un échange de mails à ce sujet duquel il ressortirait que l'employé était absent et qu'il s'agissait, par exemple, de le remplacer.

Dès lors, il s'agit de retenir que les conditions à la mise en œuvre de l'art. 42 al. 2 CO ne sont pas réalisées, l'application de celui-ci "dans le vide", aurait pour effet, si ce n'est d'aboutir à un renversement du fardeau de la preuve prohibé, à tout le moins d'aboutir à tenter de combler les manquements procéduraux de l'appelante, ce qui n'est pas admissible. Par conséquent, et en l'absence d'application des règles de l'art. 42 al. 2 CO, l'appel ne peut qu'être rejeté.

3. Enfin, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir commis un abus de droit en étant parvenu à un "résultat pour le moins incohérent". La Cour rappellera, à ce propos, à l'appelante que la disposition qu'elle vise de l'art. 2 al. 2 CC n'est applicable qu'à celui qui souhaite exercer un droit ce qui n'est manifestement pas le cas de l'autorité. Ce grief tombe dès lors à faux.
4. L'appelante, qui succombe, supportera les frais de la procédure d'appel qui sont fixés à 2'200 fr., entièrement compensés par l'avance de frais versée du même montant (art. 106 CPC; 71 RTFMC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 1 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel déposé le 12 juillet 2017 par A_____ SA contre le jugement JTPH/240/2017 du 9 juin 2017 du Tribunal des prud'hommes dans la cause C/22737/2015.

Au fond :

Le rejette et confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais d'appel à 2'200 fr., les met à la charge de A_____ SA, et les compense avec l'avance de frais effectuée qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur, Monsieur Willy KNOPFEL, 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.