



E _____
_____ 61
12 _____

T _____
Dom. élu : Me Vincent SPIRA
Rue Saint-Ours 5
1205 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 6 février 2008

M. Blaise GROSJEAN, président

MM. Jean-Yves GLAUSER et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

M. Pierre-Alain STÄHLI, greffier d'audience

- EN FAIT -

A. Par acte déposé à l'office postal le 22 juin 2007 et reçu au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 25 juin 2007, E_____ appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 14 mai 2007, dans la cause n° C/23363/2006-2, expédié pour notification aux parties le 22 mai 2007, dont le dispositif est le suivant :

- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir à T_____ la somme brute de fr. 1'751.20 (mille sept cent cinquante et un et vingt centimes) et le condamne en tant que de besoin à verser à T_____ la somme brute de fr. 1'685.15 (mille six cent quatre-vingt cinq et quinze centimes), avec intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 2 octobre 2006 ;
- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir à T_____ la somme brute de fr. 1'409.45 (mille quatre cent neuf et quarante cinq centimes) et le condamne au paiement de cette somme en tant que de besoin ;
- Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 14'331.95 (quatorze mille trois cents trente et un et nonante cinq centimes), plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 2 octobre 2006 ;
- Invite E_____ à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir remettre à T_____ un certificat de travail complet, et il y condamne en tant que de besoin ;
- Déboute les parties de toute autre conclusion.

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a considéré que l'employeur ne disposait d'aucune créance compensatrice du fait d'un abandon de poste, n'ayant pas mis en demeure son employé de reprendre son poste début septembre 2006. Il a condamné l'employeur au paiement de 613 heures supplémentaires au taux de 125 %, ce qui représente fr. 14'331.95 mais a débouté E_____ de la demande de paiement d'une commissions de 2 % du chiffre d'affaires sur les boissons pour les mois de juillet et août 2006.

Outre la réouverture des enquêtes et l'audition de deux témoins, l'appelant conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il l'a condamné au paiement de la somme de fr. 14'331.95 plus intérêts.

Dans son mémoire du 25 juin 2007, l'appelant estime que l'employé n'a pas apporté la preuve de l'accomplissement de nombreuses heures supplémentaires. L'agenda versé à la procédure a été certainement établi postérieurement pour les besoins de la cause. En outre, ces heures supplémentaires n'ont pas été demandées par l'employeur et ne lui ont pas été annoncées à temps.

Dans son mémoire de réponse à l'appel du 30 juillet 2007, T_____ demande la confirmation du jugement attaqué.

A l'audience du 18 octobre 2007, les parties ont persisté dans leurs conclusions. Elles estiment que seul reste litigieuse la question des heures supplémentaires.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E_____ exploite, en raison individuelle, un café restaurant à l'enseigne "_____", à Genève.
- b) T_____ a été engagé par E_____, le 15 mars 2006 en qualité de serveur. Bien que le contrat, non signé par les parties, prévoyait l'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006, les rapports de travail ont commencé le 15 mars 2006 pour une rémunération de fr. 3'648.35 brute par mois. Le contrat prévoyait 45 heures de travail hebdomadaire et 5 semaines annuelles.
- c) En juillet 2006, le sujet de la vente du café-restaurant "_____" à un tiers a été abordé. L'employeur a déclaré à T_____ qu'il ne l'oublierait pas en cas de vente du commerce. L'établissement a été fermé du 22 juillet au 21 août 2006, date à laquelle T_____ a repris son travail. Ayant trouvé un nouvel emploi pour le 1^{er} septembre 2006, E_____ a cessé de travailler à fin août 2006.
- d) En août 2006, T_____ a reçu la somme brute de fr. 1'897.15, compte tenu de la fermeture de l'établissement du 22 juillet au 21 août 2006. La somme de fr. 1'751.20 a été déduite de son salaire à titre de jours de vacances pris en trop.
- e) Le 15 septembre 2006, T_____ a réclamé à son employeur le paiement de fr. 17'800.- à titre d'heures supplémentaires ainsi que d'autres sommes qui ne sont pas pertinentes à évoquer dans le cadre de la procédure d'appel.

- f) Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 2 octobre 2006, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 40'252.51 plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 15 septembre 2006 dont fr. 17'800.- à titre d'indemnité pour heures supplémentaires ainsi qu'un montant à déterminer pour les commissions de 2 % sur le chiffre d'affaires des boissons des mois de juillet et août 2006.
- g) A l'audience du 19 décembre 2006, T_____ a modifié la demande en ce qui concerne notamment l'indemnité pour le travail supplémentaire en la réduisant à fr. 14'453.05, plus intérêts. Il déclare avoir comptabilisé les heures supplémentaires dès la 51^{ème} heure hebdomadaire et en dénombre ainsi 109 heures supplémentaires et 560 heures de travail supplémentaire, soit un total 669 heures. A cette audience seulement, le demandeur a produit un agenda sur lequel auraient été notées chaque jours toutes les heures effectuées. Il affirme que ce document n'a pas été établi postérieurement. Il sera toutefois relevé que certaines heures supplémentaires ont été comptabilisées des jours où l'établissement était fermé.
- h) Le demandeur déclare avoir eu la responsabilité de l'établissement. Il s'occupait de l'ouverture, de la fermeture après avoir bouclé la caisse et fait les nettoyages. S'il n'avait pas réclamé de suite le paiement des heures supplémentaires à son employeur, c'est que ce dernier lui avait promis un intéressement en cas de vente de l'établissement. Comme la vente n'a pas eu lieu, aucune commission n'a été versée à l'employé.
- i) De fait, l'employeur a admis que le chiffre d'affaires a été augmenté. Les enquêtes ont démontré que T_____ travaillait dès l'ouverture jusqu'à 14h30, puis de 17h00 jusqu'à la fermeture qui se situait aux alentours de minuit, 1h00 du matin, parfois plus tard. L'établissement était fermé le dimanche. E_____ a d'ailleurs admis ce fait tout en indiquant que son employé avait la faculté de fermer l'établissement plus tôt s'il n'y avait plus de client. Il allègue que si l'établissement restait ouvert plus tard c'était du bon vouloir de T_____ qui invitait des clients-amis, sans consommations payantes.
- j) T_____, quant à lui, indique que les parties n'avaient pas parlé d'un horaire. Lorsqu'il est procédé à la clôture de la caisse, il devait encore faire les rangements et le nettoyage. Cela pouvait durer entre 1 et 2 heures.
- k) Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

- EN DROIT -

1. Déposé dans le délai et la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E_____ est recevable.
2. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (G. Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, n°449).
3. La seule question à trancher dans le cadre du présent arrêt est celle des heures supplémentaires réclamées par T_____.
4. A teneur de l'article 321 let. c 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/ou les règles de la bonne foi permettent de lui demander. L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaire par un congé d'une durée au moins égale. L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaire 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.
5. Les heures supplémentaires accomplies sans directives de l'employeur ne doivent être payées que si leur accomplissement était objectivement justifié par la préservation des intérêts de l'employeur. Le travailleur peut les effectuer de son propre chef si les circonstances l'exigent, à la condition qu'il puisse s'en charger personnellement et que les règles de la bonne foi permettent de l'exiger de lui. Il résulte de la procédure que T_____ était en quelque sorte responsable de la bonne tenue de l'établissement "_____". Celui-ci ouvrait ses portes à 6h30-7h00 du matin, était fermé de 14h30 à 17h00 – 17h30 pour ouvrir à nouveau jusqu'à la fermeture située aux alentours de minuit. L'horaire de travail n'avait pas été fixé d'entente avec l'employeur mais il était évident qu'en raison des objectifs et de la responsabilité de T_____, sa présence constante était nécessaire.

6. Des heures supplémentaires accomplies au su de l'employeur seront toujours indemnisées si le travailleur a pu déduire du silence de celui-ci qu'il en approuvait tacitement le principe. En l'espèce, le propriétaire de l'établissement n'avait pas contrôlé de façon stricte l'horaire effectué par son collaborateur. Il ne se rendait pas souvent dans l'établissement et laissait à T_____ le soin de faire marcher le commerce après lui avoir promis une prime en cas de vente. Lorsqu'il n'a pas reçu de prime, T_____ a alors demandé la rémunération des heures supplémentaires effectuées. L'a-t-il fait tardivement ? Il sera relevé que lorsque le travailleur présente tardivement une demande d'indemnisation des heures supplémentaires, il n'abuse pas de son droit (ATF 105 II 39 ; SJ 1986 p. 291 ; J-L Duc/ O. Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, p. 131). L'article 341 al. 1 CO permet d'ailleurs au travailleur de ne pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant des dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. On ne saurait interpréter la réclamation quelque peu tardive de l'employeur comme une renonciation à sa prétention ou comme le signe d'un exercice abusif (ATF 126 III 337 = SJ 2000 p. 629 ; SJ 1986 p. 291), cela d'autant plus que la prime promise en cas de vente du commerce ne lui avait pas été versée.
7. On doit dès lors considérer que si l'employé a effectivement exécuté des heures supplémentaires qui doivent être rétribuées par l'employeur.
8. Lorsqu'il s'est avéré que le travailleur a régulièrement excédé les horaires normaux, une preuve stricte des heures supplémentaires n'est pas exigée et le juge peut faire application par analogie l'article 42 al. 2 CO. Il jugera en équité en prenant tout de même en considération que les relevés personnels du travailleur ne suffisent pas (R. Wyler, Droit du travail, p. 90).
9. Dans le cas d'espèce, le seul agenda versé aux débats le 19 décembre 2006 ne peut pas être considérée comme une preuve stricte des heures et du travail supplémentaires accompli. En effet, l'intimé a lui-même admis que cet agenda contient des erreurs. D'autre part, ce document semble ne pas avoir été établi régulièrement à la fin de chaque journée mais plutôt postérieurement et pour les besoins de la cause. Il n'empêche que des témoins sont venus certifier des heures d'ouverture et de fermeture de l'établissement " _____ " et du fait que T_____ y travaillait assidûment et personnellement. La procédure a également établi que les clients de l'établissement étaient fort peu nombreux, en particulier en fin de soirée. On ne saurait dès lors retenir que T_____ avait besoin de plus de deux heures

après la fermeture pour faire la caisse et procéder au nettoyage. De plus, l'employeur lui avait laissé la possibilité de fermer l'établissement plus tôt lorsqu'il n'y avait plus de clients. La Cour de céans retient enfin que T_____ aurait dû signaler à son employeur les heures supplémentaires qu'il accomplissait en lui remettant des décomptes. Cette façon de procéder était de nature à faciliter la preuve et à permettre à l'employeur de prendre, cas échéant, toute disposition.

10. Il sera dès lors retenu, en statuant ex. aequo et bono que T_____ a effectivement accompli des heures supplémentaires. L'horaire normal d'un petit établissement est de 45 heures environ. Il sera reconnu que T_____ a effectué 25 heures supplémentaires par semaine, soit 108.25 heures par mois (25 x 4.33). Dans la mesure où les heures supplémentaires ont été exécutées sur une durée de 4 mois et demi, T_____ a droit au paiement de 487 heures au tarif horaire de fr. 23.38, soit au total à la somme brute de fr. 11'386.05.-.
11. Selon l'article 339 CO, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. L'intérêt moratoire à 5 % l'an sera donc calculé dès à compter du 2 octobre 2006.
12. Selon l'article 84 LJP la procédure est gratuite pour les parties.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E_____ contre le jugement du tribunal des Prud'hommes rendu le 14 mai 2007 dans la cause no C/23363/2006-2.

Au fond :

- Annule ledit jugement
- Statuant à nouveau :
- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir à T_____ la somme brute de fr. 1'751.20 (mille sept cent cinquante et un franc et vingt centimes) et le condamne en tant que de besoin à verser à T_____ la somme brute de fr. 1'685.15 (mille six cent quatre-vingt-cinq francs et quinze centimes), avec intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 2 octobre 2006.
- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir à T_____ la somme brute de fr. 1'409.45 (mille quatre cent neuf francs et quarante-cinq centimes) et le condamne au paiement de cette somme en tant que de besoin.
- Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 11'286.05 plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 2 octobre 2006.
- Invite E_____ qui en a la charge à opérer les déductions sociales légales et usuelles.
- Donne acte à E_____ de ce qu'il reconnaît devoir remettre à T_____ un certificat de travail complet, et l'y condamne en tant que de besoin.
- Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président