



Monsieur  
T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Lorella BERTANI  
Boulevard Georges-Favon 14  
Case postale 5129  
1211 Genève 11

Monsieur  
E1 \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Bruno LEDRAPPIER  
Rue de Jargonnant 2  
Case postale 6045  
1211 Genève 6

Monsieur  
E2 \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Bruno LEDRAPPIER  
Rue de Jargonnant 2  
Case postale 6045  
1211 Genève 6

**Partie appelante**

**Parties intimées**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du jeudi 18 mai 2006

M. Louis PEILA, président

MM. Daniel CHAPELON et Roland VON SIEBENTHAL, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Roland PLOCHER, juges salariés

M. Claudio REALINI, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 23 novembre 2004, T\_\_\_\_\_ a assigné E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_, propriétaires de la Buvette A\_\_\_\_\_, en paiement de son salaire pour la période de juin 2001 à mai 2004, affirmant être dans l'impossibilité de chiffrer ses prétentions. En effet, d'une part il avait été payé de la main à la main et, d'autre part, il n'était pas en possession du registre des heures de travail et des jours de repos, ni des décomptes de salaire pour la période concernée.

Par courrier du 11 janvier 2005, T\_\_\_\_\_ a conclu au versement de 26'410 fr. à titre de vacances non prises, 6'038 fr. 90 pour les jours fériés travaillés, 22'364 fr. 50 à titre d'heures supplémentaires et 10'966 fr. 90 à titre de 13ème salaire, plus intérêts à 5% dès le 1er septembre 2004.

E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont contesté la recevabilité de la demande et, subsidiairement, l'ensemble des prétentions de T\_\_\_\_\_.

- B.** Le Tribunal a entendu les parties et procédé à l'audition de 5 témoins, en une seule audience. Par jugement du 29 juillet 2005, notifié le même jour, le Tribunal des prud'hommes, statuant par appréciation anticipée des preuves, a renoncé à l'audition des autres témoins sollicitée par les parties et débouté T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

- C.** Par courrier du 31 août 2005, reçu le lendemain, T\_\_\_\_\_ appelle de cette décision et reprend ses conclusions chiffrées du 11 janvier 2005. Il demande la réouverture des enquêtes et sollicite derechef l'audition de 11 témoins, dont 3 qui ont été entendus par les premiers juges.

Par mémoire du 12 octobre 2005, E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ concluent, avec suite de dépens, à la confirmation de la décision entreprise.

Pour le cas où la Cour admettrait la demande de réouverture des enquêtes formée par T\_\_\_\_\_, ils sollicitent eux également l'audition de 11 témoins.

**D.** La Cour a fait citer 10 témoins à son audience du 8 mai 2006, et 7 d'entre eux se sont présentés. Deux témoins de T\_\_\_\_\_ ont fait défaut, sans excuse, et un troisième n'a pas été atteint. Tous les témoins convoqués pour E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont comparu. A l'issue de l'audience, le représentant de T\_\_\_\_\_ a insisté pour que tous les témoins soient entendus, alors que sa partie adverse a renoncé aux témoins de sa liste qui n'avaient pas encore été cités. La Cour a mentionné aux parties qu'elle se réservait le droit de statuer sans nouvelles enquêtes, par appréciation anticipée des preuves.

**F.** Il ressort de la procédure les éléments pertinents suivants :

**a.** E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ exploitent depuis de nombreuses années, en raison individuelle, la Buvette A\_\_\_\_\_ sise 30, \_\_\_\_\_ à Genève (ci-après La Buvette). Il s'agit principalement d'une activité saisonnière, météorologiquement dépendante, qui, lors des mois de haute saison, soit plus ou moins entre mi-mai et mi-septembre, peut concerner une soixantaine d'employés (cf. témoin B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_). Depuis l'automne 2001, La Buvette reste ouverte toute l'année et propose des fondues le soir, en hiver. Elle ferme à 20h30 ou 21h00 en été et à 21h30 en hiver (cf. témoin D\_\_\_\_\_).

**b.** E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont engagé oralement T\_\_\_\_\_, ressortissant brésilien né en 1964, dépourvu d'autorisation de travail, à compter du 1er septembre 2001, en qualité d'homme à tout faire, principalement occupé à des tâches de nettoyage, et, selon les périodes, d'aide de cuisine et/ou plongeur.

Le salaire horaire de T\_\_\_\_\_ tel qu'il figure sur le bulletin de

salaire de septembre 2001, signé par l'employé, contient la mention suivante:

**"Tarif horaire Frs. 22.80. Sont inclus dans le salaire 10% pour jours fériés et vacances ainsi que 8.33% pour le 13<sup>ème</sup> sal. Tarif horaire total: Frs 27.00".**

Le salaire total de l'employé fut porté à 30 fr. dès mai 2004.

Les mentions rappelées ci-dessus étaient portées à la connaissance de l'ensemble des employés, selon les pièces produites et les témoignages recueillis (cf. **k.a** infra).

**c.** Les fiches de salaire mensuelles du 1er septembre 2001 au 31 décembre 2002 et du 1er mars au 30 août 2004 (pièces 2 à 17, 31 à 34, 38 et 39 déf.), ainsi que les récapitulatifs mensuels des salaires de l'année 2003 et 2004 (pièces 30 et 35 déf.) ont été signés par T\_\_\_\_\_.

**d.** T\_\_\_\_\_ a travaillé en parallèle pour l'Association F\_\_\_\_\_ à raison de 35 heures en 2001 et de 259 heures en 2002, réalisant ainsi un revenu global de 36'745 fr. (cf. pièce 1, T\_\_\_\_\_). Il appert par ailleurs des pièces qu'il a notamment effectué 64 heures en août 2002 pour cette association, mois au cours duquel il s'est trouvé en incapacité de travail à 100% du 9 au 15 (pièces 54 et 55 E1\_\_\_\_\_/E2\_\_\_\_\_).

**e.** T\_\_\_\_\_ s'est également trouvé en incapacité de travail à 100% alors qu'il travaillait pour La Buvette, du 27 septembre au 5 octobre 2003 (pièce 54 E1\_\_\_\_\_/E2\_\_\_\_\_).

**f.** Le 16 juin 2004, T\_\_\_\_\_ s'est trouvé en incapacité totale de travailler jusqu'au 27 juin 2004.

Le lendemain, il a été licencié oralement, au motif qu'il n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour.

Par lettre du surlendemain, T\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire du syndicat,

a invoqué la nullité de son licenciement et a demandé à ses employeurs de se soumettre aux dispositions du contrat de travail, dont la validité n'avait pas été subordonnée à la délivrance d'une autorisation de séjour.

Le même jour, T\_\_\_\_\_ a signé une attestation mentionnant qu'il avait effectué environ 1'750 heures de travail pendant sept mois en 2001, environ 3'600 heures de travail au cours de l'année 2002, environ 3'500 heures de travail pendant l'année 2003 et 694 heures de travail pendant six mois et demi en 2004, dont 100 heures entre le début janvier et le 21 janvier 2004, date de son départ en vacances au Brésil.

Par lettre recommandée du 21 juillet 2004, E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont licencié T\_\_\_\_\_ pour le 31 août 2004, avec libération de son obligation de travailler.

**g.** En date du 30 août 2004, le syndicat de T\_\_\_\_\_ a demandé à la Caisse cantonale genevoise de compensation de procéder à la rectification de son compte individuel, les gains annoncés par la Buvette A\_\_\_\_\_ ne correspondant pas selon lui à ceux qu'il avait réellement obtenus. La Caisse cantonale genevoise de compensation a refusé de procéder à cette modification, faute de justificatifs.

**h.** T\_\_\_\_\_ a annoncé à son employeur une incapacité totale de travailler du 30 août au 1er septembre 2004, puis une autre, en raison d'une hospitalisation, du 29 septembre au 17 octobre 2004.

Pour les mois de juin à octobre 2004, soit lorsqu'il se trouvait en incapacité de travail, T\_\_\_\_\_ a reçu 4'200 fr. brut par mois. G\_\_\_\_\_, comptable de l'employeur, s'est basée sur les fiches de salaires des mois de mars (99 heures de travail), avril (178 heures de travail) et mai 2004 (149 heures de travail) pour calculer ces indemnités.

T\_\_\_\_\_ a contesté cette base de calcul et a demandé que les calculs soient faits selon les heures effectivement travaillées et rémunérées, soit 238 heures en mars, 207 heures en avril et 149 heures en mai 2004 selon deux

décomptes d'heures établis par lui-même a posteriori. Selon lui, les heures de travail non signalées sur les fiches de salaire correspondaient à un salaire versé au noir. Il a en outre demandé, en vain, la copie des registres des heures de travail et jours de repos effectués.

E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont à leur tour contesté le calcul de l'employé en s'en rapportant aux fiches de salaire des mois de mars à mai 2004 que T\_\_\_\_\_ avaient signées et, par conséquent, acceptées. Ils relevaient par ailleurs que toutes les fiches de salaire mensuelles avaient été établies sur la base des propres décomptes d'heures remplis par T\_\_\_\_\_.

**i.** L'un des employeurs de T\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale à son encontre pour faux dans les titres. Cette plainte a fait l'objet d'un classement, contre lequel il ne fut pas recouru.

**j.** En comparution personnelle, T\_\_\_\_\_ a confirmé avoir rempli et signé quotidiennement des cartes de contrôle horaire, qu'il remettait à la fin de la journée à ses employeurs, précisant qu'il lui arrivait parfois de les signer après coup. Selon lui, les décomptes d'heures et de salaire ne correspondaient jamais; il recevait en mains propres entre 5'000 fr. et 9'000 fr. par mois, alors que la somme figurant sur sa fiche était inférieur. Il remettait ensuite cet argent sur son compte bancaire, en même temps que les revenus qu'il retirait de ses spéculations sur le dollar américain et le franc suisse. Ainsi, les sommes versées étaient composées en partie de son salaire et en partie du fruit de ses spéculations.

T\_\_\_\_\_ a confirmé avoir établi des récapitulatifs d'horaires pour les années 2001 à 2003, a posteriori, à la demande du syndicat, en se basant sur l'argent qu'il avait reçu et sur ses horaires, en fonction de ses souvenirs. Il estimait l'exactitude de son estimation entre 90 et 95%.

T\_\_\_\_\_ a aussi admis avoir travaillé, en sus de son emploi à La Buvette, pour l'Association F\_\_\_\_\_, au domicile de E1\_\_\_\_\_ et afin d'aider au déménagement de la mère de

E2\_\_\_\_\_. Ces travaux avaient été très bien rétribués.

E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ ont confirmé que les salaires des employés étaient établis selon les relevés d'heures remis par ceux-ci.

**k.** Les éléments pertinents suivants ressortent encore des enquêtes et des pièces :

**k.a** La plupart des employés de La Buvette travaillaient selon un horaire irrégulier, dépendant des conditions climatiques, et étaient rémunérés à l'heure, en fonction de sortes de cartes de contrôle qu'ils remplissaient eux-mêmes, les sommes reçues en liquide, de la main à la main, correspondant auxdites cartes (cf. témoins H\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_). Personne n'a affirmé avoir reçu de l'argent "au noir"; au contraire, les témoins à qui cette question a été posée ont répondu à l'unanimité par la négative (cf. témoins L\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_). Personne n'a non plus entendu T\_\_\_\_\_, ou quiconque, se plaindre de ses conditions de travail ou de sa rémunération (cf. témoins L\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_). Le salaire versé incluait le treizième salaire, ainsi qu'une indemnité pour les vacances et les jours fériés (cf. témoins H\_\_\_\_\_ [*qui travaillait déjà en 2001*], M\_\_\_\_\_ [*vacances et jours fériés seulement*], L\_\_\_\_\_ [*dès 2004, étant précisé qu'il n'a pas travaillé en 2002 et 2003*], J\_\_\_\_\_ [*ne parlant que des vacances*]). Un employé a toutefois affirmé recevoir 400 fr. à 500 fr. de moins que ce qui figurait sur la fiche de salaire, sans savoir ce que cela représentait (cf. témoin L\_\_\_\_\_).

**k.b** En cas de pluie, La Buvette était fermée et personne n'y travaillait, sauf peut-être le personnel de nettoyage qui exécutait leur travail pour le compte de l'Association F\_\_\_\_\_ (cf. témoins H\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_).

**k.c** Les pourboires étaient déposés par les employés de La Buvette dans un "cochon" sur trouvant sur le comptoir. Une serveuse, C\_\_\_\_\_, était chargée de répartir la somme récoltée à la fin de chaque mois, au pro rata

des heures accomplies par les employés. Elle n'a jamais reçu de plainte de qui que ce soit à ce sujet, notamment pas de T\_\_\_\_\_ (cf. témoins C\_\_\_\_\_ et K\_\_\_\_\_)

**k.d** Les employés qui se sont exprimés au sujet du nombre d'heures accomplies par chacun mensuellement les évaluent au minimum à 30 et au maximum à 180 (cf. témoins H\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_). Selon la comptable de La Buvette, G\_\_\_\_\_, le temps de travail moyen des employés était de 7 heures par jour, les employeurs ayant le souci de faire travailler le plus de monde possible, alors qu'il y avait beaucoup de demande d'emploi (cf. pv d'enquêtes du 8.05.05, p. 2). Le gérant B\_\_\_\_\_ a confirmé que les fiches de contrôle étaient vérifiées aux deux tiers du mois, afin de répartir le travail équitablement entre chacun (cf. ibidem, p. 8/9).

L'activité de T\_\_\_\_\_ a débuté le 1<sup>er</sup> septembre 2001, pour la première saison de fondues, et sa présence s'échelonnait alors de 19h00 à 22h00 en général (cf. témoins H\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_). Par la suite, il a travaillé dès l'ouverture, soit aux alentours de 7h00 - ou de 9h00 en basse saison - jusque vers 10h00 ou 11h00; lorsque la saison était favorable, il lui arrivait, mais pas systématiquement, de travailler à midi (de 12h00 à 14h00) et/ou le soir (19h00 à 22h00). T\_\_\_\_\_, à l'instar des autres employés, ne travaillait pas tous les jours, mais en principe 5 jours sur 7. Toutefois, T\_\_\_\_\_ était très souvent sur place et il mangeait avec ses collègues, même lorsqu'il n'était pas en service (cf. témoins B\_\_\_\_\_ et K\_\_\_\_\_).

**k.e** Les salaires annoncés par les employés de La Buvette s'inscrivaient entre 2'000 fr. et 4'000 fr. net par mois (cf. témoin H\_\_\_\_\_, serveur), 3'500 fr. et 4'500 fr. net par mois (cf. témoin M\_\_\_\_\_), ou entre 4'000 fr. et 5'000 fr. net par mois (cf. témoin L\_\_\_\_\_, serveur). Selon le témoin B\_\_\_\_\_, soit une des trois personnes chargées de remettre les salaires, le revenu mensuel le plus élevé qu'il versait était légèrement supérieur à 5'000 fr. net par mois. Selon son souvenir, T\_\_\_\_\_ avait réalisé un revenu

initial de l'ordre de 1'500 fr. à 2'000 fr. et il gagnait 4'000 fr. vers la fin.

**k.f** Les employés s'arrangeaient entre eux pour les vacances (cf. témoin L\_\_\_\_\_) et prenaient souvent des blocs de un mois à un mois et demi en hiver (cf. témoins J\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ est ainsi parti au Brésil entre janvier et mars 2004.

**k.g** D\_\_\_\_\_, chargé de l'entretien et du matériel de l'Association F\_\_\_\_\_, a engagé de manière temporaire T\_\_\_\_\_. Il a précisé qu'en cas de mauvais temps, l'entrée aux Bains n'était pas payante et que La Buvette était fermée. Néanmoins, les nettoyeurs devaient accomplir leur travail. Un autre employé de l'Association F\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, a précisé que T\_\_\_\_\_ travaillait à La Buvette de 7h00 à 10h00, sauf en hiver où son horaire était réduit d'une heure. Il ne savait pas si T\_\_\_\_\_ travaillait l'après-midi ou le soir, n'étant plus sur place. Il n'avait jamais entendu les employés de La Buvette se plaindre de leur salaire ou de leurs conditions de travail.

**k.h** Les enquêtes ont en outre démontré que T\_\_\_\_\_ était très disponible et qu'il offrait volontiers ses services à des tiers pour effectuer divers travaux de bricolage chez eux ou pour les aider à déménager, contre rémunération. Il aurait aussi effectué des travaux de conciergerie. T\_\_\_\_\_ a d'ailleurs partiellement admis ces faits (cf. ad **j.** supra).

**k.i** L'Association F\_\_\_\_\_ tient une comptabilité informatisée incluant dans un tableau Excel le nombre d'entrées quotidiennes, étant précisé qu'il faut entrer dans lesdits bains avant d'accéder à La Buvette. A titre exemplatif, il ressort de ces pièces (51 à 53 E1\_\_\_\_\_/E2\_\_\_\_\_) qu'aucune entrée n'a été comptabilisée notamment du 13 au 30 septembre 2001, les 3 et 4, 9 à 11 et 26 et 27 août 2002.

Pour le mois de septembre 2001, T\_\_\_\_\_ a remis à la procédure, le 20 janvier 2005, des fiches d'horaire de travail remplies après coup mentionnant 256 heures le mois en question, incluant 15 heures le 13, 17 heures le 14, 5 heures le 15, 6 heures le 16, 11 heures le 19, 9 heures le 20,

17 heures le 21, 9 heures le 22, 11 heures le 23, 9 heures le 25, 8 heures le 26, 9 heures le 27, 18 heures le 28, 8 heures le 29 et 5 heures le 30.,

Pour le mois d'août 2002, T\_\_\_\_\_ a versé dans les mêmes circonstances des fiches d'horaire de travail faisant état de 407 heures accomplies, incluant 16 heures le 3, 15 heures le 4, 14 heures le 9, 16 heures le 10, 15 heures le 11, 8 heures le 26 et 11 heures le 27, étant rappelé (cf. ad **d.** supra) qu'il a effectué ce même mois d'août 2002 64 heures pour l'Association F\_\_\_\_\_, mois au cours duquel il s'est enfin trouvé en incapacité de travail à 100% du 9 au 15 (pièces 54 et 55 E1\_\_\_\_\_/E2\_\_\_\_\_). Or, du 9 au 15 août 2002, T\_\_\_\_\_ a fait figurer 14 heures le 9, 16 heures le 10, 15 heures le 11, 15 heures le 12, 15 heures le 13, 11 heures le 14 et 12 heures le 15.

Pour le mois d'octobre 2003, alors qu'il était en incapacité de travail jusqu'au 5 (cf. ad **e.** supra), T\_\_\_\_\_ a fait figurer sur ses fiches de présence 12 heures le 3, 11 heures le 4 et 16 heures le 5.

### **EN DROIT**

1. **1.1** Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.  
**1.2** Il est constant que les parties étaient liées par un contrat de travail et soumises à la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés conclue le 6 juillet 1998, ci-après la convention ou CCT, dont le Conseil fédéral a étendu le champ d'application par arrêté du 19 novembre 1998 (FF 1998 V 4856).
2. **2.1** Dans son recours, l'appelant a d'abord évoqué une violation de son droit à la preuve et a sollicité la réouverture des enquêtes. Cette requête a été agréée et dix nouveaux témoins ont été entendus, ce qui n'épuisait toutefois

pas les listes déposées. En conséquence, l'appelant a persisté dans sa requête lors de la dernière audience tenue devant la Cour, sollicitant la ré audition des trois témoins que le Tribunal avait entendu, une nouvelle convocation des trois témoins défaillant lors de l'audience du 8 mai 2006 et l'audition des deux témoins qui n'ont été convoqués ni en première ni en seconde instance (O\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_). Les intimés se sont opposés à la poursuite des enquêtes, estimant la Cour suffisamment informée, et ont renoncé à l'audition de leurs propres témoins.

**2.2** Selon l'art. 196 LPC, applicable à titre supplétif en matière prud'homale (art. 11 LJP), le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires.

En règle générale, l'appréciation des preuves n'intervient qu'à l'épuisement des moyens disponibles pour découvrir la vérité. Il est toutefois admis que le juge procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires. Bien que reconnue (ATF 114 II 289 = JdT 1989 I 86 ; ATF 109 II 31 = JdT 1983 I 264 et les références citées), cette faculté doit être utilisée avec prudence et réserve (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n° 3 ad art. 196 LPC).

Une offre de preuve, c'est-à-dire la requête en vue de faire administrer une preuve ou un des moyens admis par la loi ne peut donc être écartée que si les faits allégués ne sont pas pertinents ou pas suffisamment circonstanciés (ATF 105 II 144 ; 98 II 117), si la preuve requise est interdite de par la loi cantonale ou fédérale, ou encore lorsque le moyen de preuve invoqué n'est pas propre à former la conviction du juge (ATF 82 II 495 = JdT 1957 I 301), ou s'il n'est pas de nature à modifier la conviction du juge fondée sur d'autres éléments déjà acquis à la procédure (ATF 109 II 31).

**2.3** En l'espèce, la Cour estime disposer des éléments nécessaires et suffisants pour forger sa conviction et trancher les questions qui lui sont soumises.

Il ressort en effet des douze témoignages recueillis et des pièces produites une convergence claire qui permet de bien comprendre le fonctionnement de La Buvette, notamment sur le plan salarial. Rien ne permet de retenir que les témoignages à venir pourraient apporter un éclairage radicalement différent sur cette affaire. Au surplus, s'agissant de la pertinence de l'audition de chaque témoin, l'appelant n'indique pas en quoi elle serait indispensable à la découverte de la vérité; il n'invoque par ailleurs aucun vice ayant entaché l'audition de trois de ses témoins en première instance, ni quel aspect indispensable revêtirait leur ré audition; enfin, il apparaît d'emblée superflu de citer les témoins O\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_, employés occasionnels de La Buvette, de surcroît pas nécessairement en même temps que l'appelant, de sorte que leurs dépositions ne pourraient être qu'anecdotiques. S'agissant des témoins défaillant, leur présence à une audience ultérieure n'est pas assurée et la solution du litige ne saurait dépendre d'une comparution aléatoire.

Pour l'ensemble de ces motifs, la cause sera donc jugée sans enquêtes supplémentaires.

3. Chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC, 186 LPC).

Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées; HOHL, Procédure civile, tome I, n. 786 ss).

Cette répartition du fardeau de la preuve ne régleme toutefois pas l'appréciation des preuves, qui relève de l'intime conviction du juge, auquel l'art. 8 CC n'interdit pas, lorsque les moyens de preuve ordinaires font défaut, de procéder par indices ou de se fonder sur une très grande vraisemblance (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 ad art. 186 LPC et les références; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 1978, p. 123 no 3), ou encore sur l'expérience générale de la vie et du cours

ordinaire des choses, sorte de présomption naturelle facilitant l'apport de la preuve (ATF 117 II 256 consid. 2b et les références).

L'art. 8 CC interdit en revanche au juge de tenir pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, contestées par la partie adverse (ATF 114 II 289 consid. 2a).

4. **4.1** Le litige porte d'abord sur la constatation des faits, soit sur la réalité des heures supplémentaires dont se prévaut l'appelant. A ce sujet, celui-ci invoque l'art. 21 CCT, qui a la teneur suivante :

*Horaire de travail / contrôle du travail*

*1 Les établissements ouverts toute l'année sont tenus d'établir des horaires de travail deux semaines à l'avance pour deux semaines et les établissements saisonniers une semaine pour une semaine.*

*2 L'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de travail effectifs. Le collaborateur peut s'informer à n'importe quel moment sur ses heures de travail, jours de repos, jours fériés et vacances qui lui restent à prendre.*

*3 Si l'employeur n'observe pas [cette] obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige.*

L'appelant soutient que les premiers juges ont méconnu l'art. 21 al. 3 CCT, qui imposait aux intimés de prouver l'absence d'heures supplémentaires.

Eu égard à cette disposition, il est certain que les intimés sont restés dans l'impossibilité de produire un registre des heures de travail. Cette regrettable carence n'a toutefois pas pour conséquence l'admission ipso jure des prétentions de l'employé relatives aux heures supplémentaires alléguées. Cette question doit être résolue à l'examen de l'ensemble des preuves rapportées, étant rappelé que le renversement du fardeau de la preuve dans le cas d'espèce fait porter l'échec de celle-ci sur les employeurs, mais qu'il ne dispense pas l'employé de participer à l'administration des preuves.

**4.2** En l'espèce, les témoignages recueillis démontrent sans doute possible que tous les employés de La Buvette remplissaient eux-mêmes les fiches de contrôle mentionnant leur horaire quotidien et que, sur cette base, les employeurs déterminaient le salaire dû et remettaient un bulletin que les employés signaient. Tout aussi constant est le fait que personne ne s'est jamais plaint de ce système, ni d'une discordance entre les fiches de contrôle et les bulletins de salaire. L'appelant a donc échoué dans la preuve qui lui incombait, puisqu'il alléguait ces faits, de démontrer la différence entre les paiements en espèces effectués par les employeurs et le montant qui résultait des fiches de contrôle établies par les employés. Il n'a pas non plus réussi à démontrer l'existence de versements "au noir".

D'un autre point de vue, l'appelant, qui devait également participer à l'administration des preuves au sujet de ses revenus, a développé une argumentation essentiellement basée sur ses souvenirs et a procédé à une reconstitution a posteriori de ses horaires, ce qui n'est susceptible de démontrer que sa conviction. Au demeurant, cette reconstitution est insoutenable. En effet, non seulement l'appelant annonce avoir travaillé dès juin 2001, alors que le premier décompte de sa reconstitution démarre un mois plutôt, mais les témoins révèlent qu'il a été présenté à La Buvette en août 2001 (cf. témoin M\_\_\_\_\_ ) pour commencer son travail le 1<sup>er</sup> septembre suivant (cf. témoin B\_\_\_\_\_ ). Qui plus est, les décomptes de l'appelant sont astronomiques et incohérents; partant, ils sont inadmissibles en tant qu'éléments susceptibles de forger la conviction des juges. Ces décomptes sont astronomiques, notamment au regard de l'ensemble des témoignages. En effet, ceux-ci établissent que l'appelant n'était pas systématiquement à La Buvette à journée faite, alors qu'il annonce un nombre considérable de jours travaillés à plus de 10 heures, ce que les témoins n'auraient pas manqué de relever; les témoignages permettent au contraire de fixer, pour l'appelant, un horaire peu important la première saison, soit automne-hiver 2001/2002, essentiellement le soir entre 19h00 et 22h00, puis un horaire irrégulier, de l'ordre de 5 jours sur 7, principalement le matin, dès 7h00 ou 9h00 selon les conditions climatiques, jusqu'à 11h00 ou 14h00. Lorsqu'il arrivait à l'appelant de travailler le soir, il revenait dès

19h00 et restait jusqu'à 21h00 ou 22h00. Ces horaires ne débouchaient par principe pas sur des heures supplémentaires.

Le côté astronomique des prétentions de l'appelant ressort de manière frappante de l'analyse des prestations annoncées pour août 2002. En effet, ce mois-là, il aurait accompli, à l'en croire, 469 heures de travail entre La Buvette et l'Association F\_\_\_\_\_, soit 15,2 heures par jour ou, sur moyenne de 21,5 jours usuellement travaillés par mois, 21,8 heures chaque jour ouvrable, sans compter son incapacité de travail à 100% du 9 au 15. De tels excès enlèvent toute crédibilité aux affirmations de l'appelant, de sorte qu'il ne saurait en être tenu compte.

En conséquence, considérant que les témoignages n'établissent pas l'existence d'heures supplémentaires, considérant encore qu'entre septembre 2001 et août 2004 l'appelant ne s'est jamais plaint d'en avoir accompli, ni auprès de ses employeurs, ni auprès de la serveuse qui répartissait le contenu du cochon - ce qu'il pouvait faire même dans son état, qui n'était pas unique, d'employé ne bénéficiant pas d'autorisation de travail - ni auprès de quiconque, considérant d'autre part que les bulletins de salaire signés par l'appelant attestent au contraire d'un horaire certes irrégulier mais ne dépassant pas la norme usuelle en la matière, considérant enfin l'inadmissibilité des fiches reconstituées par l'appelant, la Cour confirmera la décision entreprise s'agissant de ses prétentions en paiement d'heures supplémentaires.

5. L'appelant réclame également une indemnité pour le travail accompli le dimanche et les jours fériés ainsi que pour le treizième salaire.

L'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global est admissible dans des situations très particulières; tel sera par exemple le cas d'un travailleur à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement, d'un travailleur intérimaire (ATF 118 II 136, consid. 3b; ATF 116 II 515, consid. 4a; ATF du 6 août 1992 en la cause 4C.18/1992, publié *in* SJ 1993 355, consid. 2a; ATF 107 II 430, consid. 3a; Message du Conseil fédéral, FF

1982 III, p. 210; STAEHLIN, Zürcher Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO et Basler Kommentar, n. 2 *ad* art. 329d CO; STREIFF/von KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 9 *ad* art. 329d CO), ou encore d'un travailleur au service de différents employeurs simultanément (REHBINDER, Berner Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO). Dans de tels cas en effet, il peut être très difficile pour l'employeur de calculer en cours d'année le montant du salaire afférent aux vacances, afin de le verser au moment où elles sont prises (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003, consid. 2.3).

Encore faut-il cependant que les décomptes de salaire mentionnent clairement la part du salaire global destinée à ces indemnités. Le juge doit en effet être en mesure de contrôler si la part convenue du salaire afférent à ces postes garantit l'entier du salaire dû pour la période concernée.

En l'occurrence, les enquêtes et les pièces produites démontrent que les employés de La Buvette recevaient des bulletins de salaire incluant de manière claire le salaire horaire de base et les montants versés en sus, soit la part afférente aux vacances, aux jours fériés et au 13<sup>ème</sup> salaire (cf. *ad b.* supra). Il en était ainsi pour l'appelant dès son premier salaire, perçu en septembre 2001, de sorte qu'il était au courant de la pratique de ses employeurs. Ceux-ci ont donc de ce point de vue satisfait à leurs obligations et l'appelant n'a droit à aucune indemnité s'agissant des vacances, des jours fériés et du treizième salaire, le montant du salaire versé n'étant pour le surplus pas remis en cause.

6. La valeur litigieuse en capital étant supérieure à 50'000 fr., l'émolument a été correctement arrêté à 800 fr. (art. 1 LJP et 42 du Règlement sur le tarif des greffes). Compte tenu du résultat de l'appel, il reste acquis à l'Etat.

**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 du Tribunal des prud'hommes du 27 juillet 2005 dans la cause C/26453/2004-2;

**Au fond :**

- Confirme ledit jugement ;
- Dit que l'émolument versé reste acquis à l'Etat.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffière de juridiction

Le président