



E \_\_\_\_\_

**Dom. élu:** Me FAIVRE Jean-Marie  
Rue de la Rôtisserie 2  
Case postale 3809  
1211 Genève 3

T \_\_\_\_\_

**Dom. élu:** Mme I \_\_\_\_\_  
Rue \_\_\_\_\_  
1200 \_\_\_\_\_

**Partie appelante**

Caisse de chômage  
Chemin \_\_\_\_\_  
Case postale \_\_\_\_\_  
1211 Genève \_\_\_\_\_

**Partie intervenante**

**D'une part**

**Partie intimée**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 28 juin 2010

M. Louis PEILA, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Charles RUCKSTUHL, juges employeurs

MM. Peter HUSI et Kasum VELII, juges salariés

Mme Hermione STIEGER, greffière d'audience

**EN FAIT**

**A.** a. B\_\_\_\_\_ SARL est une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce de Genève depuis juin 2005. Elle a modifié sa raison sociale en E\_\_\_\_\_ SARL à compter du 29 avril 2009 et son siège se situe désormais à J\_\_\_\_\_ (GE); son but est l'exploitation d'un restaurant, l'achat, la vente, et la commercialisation de tous droits liés à son but. Elle a pour associé gérant C\_\_\_\_\_ ; sa sœur, D\_\_\_\_\_, est inscrite en qualité de directrice avec signature individuelle depuis le 24 février 2010.

Jusqu'en avril 2009, la société exploitait un petit établissement public sans terrasse, situé à Genève, rue \_\_\_\_\_, à l'enseigne F\_\_\_\_\_.

b. T\_\_\_\_\_ a été engagée par B\_\_\_\_\_ SARL le 1<sup>er</sup> mai 2007, par contrat oral, en qualité de serveuse, pour une durée indéterminée et un salaire mensuel brut de 4'000 fr. A défaut de contrat écrit, les conditions de travail étaient régies par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après CCNT).

c. En date du 17 octobre 2008, T\_\_\_\_\_ ne s'est pas présentée à son poste de travail et a fait parvenir le jour même, par courrier recommandé à son employeur, un certificat d'incapacité de travail à 100% pour une durée indéterminée. Egalement le 17 octobre 2008 et par courrier recommandé, B\_\_\_\_\_ SARL a indiqué à T\_\_\_\_\_ que son absence injustifiée, immédiatement consécutive à un refus de congé, était considérée comme un abandon de poste sans juste motif, au sens de l'art. 337 d CO. L'employeur relevait par ailleurs que T\_\_\_\_\_ était en excellente santé la veille au soir et en déduisait que sa soudaine maladie n'était qu'un prétexte. Il invoquait en conséquence son droit à une indemnité équitable, égale à un quart de son salaire mensuel, et à la déduction d'un surplus de vacances, qu'il ferait valoir sur son prochain versement.

d. Le syndicat G\_\_\_\_\_ est intervenu pour le compte de T\_\_\_\_\_ par courrier du 24 octobre 2008 auprès de B\_\_\_\_\_ SARL, s'insurgeant contre les accusations formulées à l'encontre de sa sociétaire et précisant que, au regard du certificat médical produit, son absence ne pouvait être assimilée à un abandon de poste ; il n'y avait, par conséquent, pas matière à licenciement immédiat.

e. T\_\_\_\_\_ n'a par la suite pas proposé ses services à B\_\_\_\_\_ SARL.

**f.** Le 17 novembre 2008, B\_\_\_\_\_ SARL a rempli un formulaire destiné à l'assurance-chômage dans lequel elle mentionne pour T\_\_\_\_\_ une activité de 42 heures par semaine.

**g.** Il ressort des pièces produites et des déclarations des parties que T\_\_\_\_\_ a, en 2008, pris son emploi le 7 janvier et ses vacances du 9 au 15 juin, du 1er au 10 août, du 25 au 30 août, ainsi que du 13 septembre au 4 octobre.

**h.** T\_\_\_\_\_, qui a allégué avoir personnellement acquis des vêtements de travail, n'a versé aucun document à ce sujet.

- B.** **a.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 27 novembre 2008, T\_\_\_\_\_ a assigné B\_\_\_\_\_ SARL en paiement de 24'000 fr. net et 33'624 fr. 75 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 17 octobre 2008. Elle sollicitait ainsi 13'300 fr. 25 brut à titre de salaire pour le délai de congé du 17 octobre au 31 décembre 2008, 875 fr. brut à titre de part de 13<sup>ème</sup> salaire, 24'000 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié, 1'250 fr. à titre de correction de salaire pour le mois d'octobre 2008 et 18'199 fr. 50 brut pour la rémunération des heures supplémentaires.

A l'appui de ses conclusions, elle faisait valoir qu'il n'existait aucun juste motif de résiliation avec effet immédiat dès lors que la maladie justifiait son absence, ce qu'elle avait aussitôt fait savoir à son employeur en produisant un certificat médical. Compte tenu de la décision particulièrement choquante de celui-ci, elle avait droit à une indemnité maximale en cas de licenciement abusif, soit six mois de salaire, ainsi qu'à son salaire pendant le délai de congé et au montant retenu indûment pour le moi d'octobre, soit un quart du salaire mensuel. Elle a également indiqué avoir effectué 661,80 heures supplémentaires pour l'année 2008, comme cela ressortait du décompte établi par ses soins.

**b.** Concluant au rejet des prétentions de son employée, B\_\_\_\_\_ SARL a notamment insisté sur les circonstances du départ intempestif de T\_\_\_\_\_ le jour où elle s'était vu refuser un congé de fin de semaine, qu'il n'était pas possible de lui accorder, ce dont l'employeur avait déduit une intention manifeste de ne plus se représenter. Le certificat médical reçu deux jours plus tard et l'inscription au chômage à partir de la mi-octobre 2008 démontraient aussi qu'elle n'avait plus la volonté d'offrir ses prestations de travail. B\_\_\_\_\_ SARL a également contesté le nombre d'heures supplémentaires revendiquées par son employée, à savoir

661,80, n'en admettant que 154,5, aux motifs que le décompte produit ne tenait pas compte de la déduction des frais de repas déterminés selon l'art. 29 CCNT ni du fait que, compte tenu de la petite taille de l'établissement, la durée hebdomadaire de travail était de 45 heures et non de 42 heures; enfin, l'employée était débitrice de 23 jours de vacances pris en trop. En conclusion, B\_\_\_\_\_ SARL reconnaissait devoir à T\_\_\_\_\_ la rémunération de 154,5 heures supplémentaires, dont il convenait encore de déduire 3'033 fr. à titre de frais de nourriture, ce qui laissait subsister un solde de 1'215 fr. 75.

c. T\_\_\_\_\_ a par la suite amplifié sa demande à hauteur de 450 fr. pour des frais de vêtements professionnels qu'elle aurait personnellement assumés. Elle a aussi précisé que le solde de salaire réclamé, dont le montant était correct, concernait une période s'étendant jusqu'au 31 janvier 2009 et qu'elle avait perçu 1'337 fr. 70 et 3'324 fr. 15 net de l'assurance H\_\_\_\_\_ à titre d'indemnité pour perte de gain pour cause de maladie pour les mois d'octobre et novembre 2008. T\_\_\_\_\_ a, enfin, versé au dossier une fiche de salaire concernant un emploi qu'elle avait obtenu pour le mois de décembre 2008 uniquement, correspondant à un montant brut de 2'753 fr. 95.

d. La Caisse de chômage G\_\_\_\_\_ est valablement intervenue à la procédure et a indiqué avoir versé à T\_\_\_\_\_ des indemnités de chômage à hauteur de 3'994 fr. 40 pour la période s'écoulant du 1<sup>er</sup> décembre 2008 au 31 janvier 2009, somme pour laquelle elle entendait être subrogée aux droits de sa sociétaire.

e. En audience, T\_\_\_\_\_ a indiqué que l'horaire de travail qui lui avait été annoncé, de 9h00 à 14h30 et 18h00 à 24h00, n'avait pas été respecté car elle avait en réalité travaillé de 9h00 à 15h30 puis de 18h00 à 00h30. Ses congés hebdomadaires, du samedi jusqu'à 18h00, du dimanche toute la journée ainsi que d'une demi-journée pendant la semaine, n'avaient pas toujours été accordés, ce que B\_\_\_\_\_ SARL a contesté. L'employeur a confirmé l'horaire effectif allégué par son employée, ajoutant toutefois ne pas avoir tenu de planning des heures effectuées par ses collaborateurs. Il a, enfin, affirmé que les heures de pause de T\_\_\_\_\_ n'avaient pas été déduites du total des heures supplémentaires alléguées et que l'horaire de travail pouvait être porté à 45 heures au lieu de 42 heures, en raison de la petite structure familiale de l'établissement.

C. Par jugement du 27 novembre 2009, communiqué le lendemain, le Tribunal des prud'hommes, après avoir rectifié la qualité des parties, a condamné E\_\_\_\_\_

SARL à payer à T\_\_\_\_\_, à titre d'heures supplémentaires (18'186 fr. 25), de retenue infondée (1'250 fr.) et de compensation de trois jours de carence (374 fr.) la somme brute de 19'810 fr. 25 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008, sous déduction des cotisations sociales, légales et usuelles, et 450 fr. net, avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 pour le remboursement de vêtements professionnels. La Caisse de chômage G\_\_\_\_\_ a été déboutée de ses conclusions.

Le Tribunal a d'abord considéré que l'incapacité de travail de l'employée était établie par certificat maladie et par le versements d'indemnités par H\_\_\_\_\_. Il n'y avait donc pas lieu de retenir un abandon de poste. Par ailleurs, le courrier de l'employeur du 17 octobre 2008 ne comportait pas sa volonté expresse de se séparer de son employée, de sorte qu'on ne pouvait en déduire un licenciement avec effet immédiat. Le Tribunal a ensuite fixé la fin des rapports de travail au 30 novembre 2008, par accord mutuel tacite des parties, ce qui n'a pas été contesté en appel. Pour ces motifs, il a nié à l'employeur le droit de retenir l'indemnité de 1'250 fr. pour abandon de poste et à l'employée la faculté de solliciter une indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié, ainsi que tout droit au salaire au-delà du 30 novembre 2008. Toutefois, l'employeur devait à l'employée 374 fr. brut, soit 88% de 425 fr., pour les trois jours du délai de carence prévus dans l'assurance indemnité journalière.

S'agissant des heures supplémentaires, le Tribunal a admis la valeur probante du décompte versé à la procédure par l'employée et a retenu que 661,80 heures devaient lui être payées. Il a en outre affirmé que le nombre d'heures supplémentaires allégué aurait été considéré comme plausible même si le décompte fourni avait été écarté, dans la mesure où les parties confirmaient que l'horaire effectué par T\_\_\_\_\_ dépassait de 4 heures par jour l'horaire prévu initialement. Compte tenu de l'attestation rédigée à l'attention de l'assurance-chômage et de l'absence de contrat écrit, le Tribunal a retenu une durée de travail hebdomadaire de 42 heures, conforme par ailleurs au maximum prévu dans la CCNT.

Le Tribunal a écarté les compensations que B\_\_\_\_\_ SARL opposait à la créance de son employée. Il a ainsi considéré que le temps de pause n'avait pas à être déduit, pas plus que les frais de repas pris par l'employée, aucun accord à ce sujet n'étant démontré. Enfin, s'agissant de 23 jours de vacances que l'employée aurait pris au-delà de son droit aux vacances, le Tribunal a relevé que B\_\_\_\_\_ SARL ne pouvait contester les relevés de son employée, puisqu'elle avait omis de tenir un registre des jours de vacances et de congé au sens de l'art. 21 al. 3 CCNT.

Le tableau produit subséquemment n'avait pas de force probante. Se fondant sur les allégations de l'employée, le Tribunal a considéré qu'elle avait bénéficié d'autant de jours de congé qu'il devait lui en être alloué et que, par conséquent, ses heures supplémentaires étaient intégralement dues.

Enfin, le Tribunal a admis la prétention en paiement de 450 fr. pour des vêtements professionnels en raison de l'absence de contestation de l'employeur, ce qui dispensait l'employée de rapporter une preuve plus détaillée à ce sujet.

La Caisse de chômage G\_\_\_\_\_ a été déboutée de ses prétentions car les indemnités qu'elle avait versées portaient sur une période durant laquelle l'employeur n'avait plus d'obligation de verser un salaire.

- D.** a. Par acte expédié le lundi 4 janvier 2010 à la Cour d'appel, E\_\_\_\_\_ SARL appelle de cette décision et conclut à l'annulation du jugement, demandant à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle admet devoir à T\_\_\_\_\_ 213 heures supplémentaires valant 5'853 fr. brut, dont il convient de déduire la somme de 3'600 fr. à titre de frais de repas.

Le point litigieux porte principalement sur la quotité d'heures supplémentaires réclamées par l'employée et retenues par le Tribunal. E\_\_\_\_\_ SARL reproche, tout d'abord, au Tribunal d'avoir mal appliqué l'art. 21 CCNT, en ne mettant pas le fardeau de la preuve à la charge de l'employée et en estimant le nombre d'heures supplémentaires sur la base de 16,5 mois, de sorte qu'il a ainsi statué *ultra petita*. Elle allègue ensuite qu'elle était en droit d'exiger de ses employés 45 heures de travail par semaine, que les heures supplémentaires non compensées par du temps libre étaient payées par compensation des frais de repas calculés selon les tarifs de l'administration fédérale des contributions et que, par conséquent, un montant de 3'600 fr. devait être déduit des prétentions de son employée. B\_\_\_\_\_ SARL conteste également l'argumentation du Tribunal concernant le temps de repos, qu'il assimile selon elle à tort à une heure supplémentaire. Elle lui reproche aussi d'avoir apprécié arbitrairement ses prétentions compensatoires et de n'avoir pas tenu compte du fait que son employée était débitrice de vacances prises en trop, ce qui était un motif, au moins partiel, de compensation. Enfin, B\_\_\_\_\_ SARL conteste devoir rembourser à son employée des frais de vêtements nullement établis.

T\_\_\_\_\_ n'a pas répondu et G\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions.

b. Devant la Cour, E\_\_\_\_\_ SARL, représentée par sa directrice, a notamment admis sa condamnation à verser 1'250 fr. et 374 fr. Sa représentante a pour le surplus exposé qu'alors qu'elle travaillait à plein temps aux côtés de son frère, l'établissement comptait en sus quatre employés à plein temps. En raison de l'absence de terrasse, le restaurant connaissait une baisse de fréquentation durant les beaux jours, tant à midi que le soir, de sorte qu'aucun employé n'effectuait d'heures supplémentaires dès la mi-juin et jusqu'à début septembre. Elle a confirmé n'avoir jamais tenu de rapport journalier d'heures de présence et a reconnu que l'attestation destinée à l'assurance-chômage, rédigée par son frère, mentionnait une durée de travail hebdomadaire de 42 heures.

Lors de cette audience, la Caisse de chômage G\_\_\_\_\_ était excusée alors que T\_\_\_\_\_ n'a pas comparu.

### **EN DROIT**

1.
  - 1.1. Interjeté dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes), l'appel est recevable.
  - 1.2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce.
2. Le Tribunal a alloué à l'intimée 1'250 fr. que l'appelante avait retenu à tort sur son salaire d'octobre 2008 et 374 fr. de compensation pour trois jours de carence liés à l'assurance indemnité journalière individuelle. Aucune des parties n'ayant formé appel sur ces points, ils échappent à la cognition de la Cour. L'appelante ne s'est d'ailleurs pas opposée à leur confirmation lors de sa comparution devant cette juridiction.
3. Il est rappelé que, en vertu des art. 8 CC et 186 LPC, chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

4. L'appelante reproche aux premiers juges de s'être mépris sur le nombre d'heures supplémentaires et de n'avoir pas tenu compte de ses objections de compensation. Plus précisément, elle soutient que, en raison de la taille de l'établissement en cause, il eût fallu considérer une durée de travail hebdomadaire de 45 heures pour chaque employé. Elle requiert cela étant la compensation de ce qu'elle doit avec les frais de repas, correspondant à un montant de 3'600 fr.

**4.1.** Selon l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires non compensées par un congé en versant le 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.

A teneur de l'art. 15 CCNT, les petits établissements qui, outre l'employeur, n'emploient pas plus de quatre collaborateurs permanents (membres de la famille inclus) peuvent prolonger la durée moyenne de travail à 45 heures hebdomadaires pour 5 semaines de vacances et à 44 heures hebdomadaires pour 4 semaines de vacances (al. 2). L'employeur est tenu d'établir un décompte des heures de travail accomplies. Le contrôle du temps de travail doit être signé par le collaborateur au moins une fois par mois. Si l'employeur délègue au collaborateur la tenue du contrôle du temps de travail, ce dernier doit être signé par l'employeur au moins une fois par mois (al.7).

Conformément à l'art. 21 CCNT, les établissements ouverts toute l'année sont tenus d'établir avec les collaborateurs des horaires de travail deux semaines à l'avance pour deux semaines et les établissements saisonniers une semaine à l'avance pour une semaine (al. 1). L'employeur tient un registre des heures de travail et de repos effectif. 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 (al. 2). Si l'employeur n'observe pas ladite obligation, le contrôle et la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (al. 3).

Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, la disposition précitée de la CCNT a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve relatif aux heures supplémentaires et d'imposer à l'employeur, qui n'aurait pas tenu les registres appropriés, l'obligation de démontrer que les temps de travail invoqués par l'employé à l'appui de sa prétention n'existent pas (SARB 2000 no 155 consid. 1; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag 6<sup>ème</sup> éd, n 10 ad art. 321c CO).

**4.2** En l'occurrence, l'appelante disposait de cinq employés, dont la sœur de l'employeur, qui n'avait alors pas fonction d'organe. L'art. 15 CCNT ne trouvait donc pas application, de sorte que la durée maximum de travail était de 42 heures hebdomadaires. D'ailleurs, l'attestation produite par l'employeur et destinée à l'assurance-chômage mentionnait effectivement ce temps de travail.

Ne tenant aucun registre ad hoc, l'appelante a contrevenu à l'art. 21 al. 3 CCNT de sorte qu'il lui appartenait de démontrer que les 661,8 heures supplémentaires avancées par l'intimée pour l'année 2008 n'avaient pas été accomplies. Sa seule conviction n'est évidemment pas pertinente. De même, vouloir déduire du montant retenu un surplus de vacances ou des frais de repas sans établir les faits ni prouver l'existence d'un accord spécifique constitue des objections irrelevantes.

Toutefois, l'appelante conteste, à raison, le calcul du nombre d'heures supplémentaires effectué par les premiers juges, qui ont admis sans autre la systématique appliquée par l'intimée, sans prendre en compte ses vacances. Il convient aussi de retenir ce qui a été établi en appel, et qui est conforme à la situation géographique de l'établissement, à savoir qu'aucune heure supplémentaire ne peut avoir été effectuée de mi-juin à fin août. Ainsi, on retiendra 4 heures supplémentaires par jour, cinq jours par semaine de la deuxième semaine de janvier jusqu'au 8 juin, puis 3 semaines en septembre et octobre 2008, soit 24 semaines au total. A raison de 20 heures supplémentaires par semaine, l'intimée a droit à 480 heures.

En fonction d'un tarif horaire de 27 fr. 48 (4000 fr. : 182 = 21 fr. 98 x 1,25; Commentaire de la CCNT éd. 2009, ad art. 8), la somme due en vertu de l'art. 321c CO représente 13'190 fr. 40. La condamnation en capital sera en conséquence réduite d'autant, avec intérêts moratoires dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008.

- 5.** L'appelante sollicite finalement que sa condamnation à supporter le montant de 450 fr. prétendument versé par l'intimée pour l'acquisition de vêtements professionnels soit annulée.

S'il est vrai que, selon l'art. 30 CCNT, l'établissement doit mettre un uniforme à disposition de ses employés ou le payer lorsque cela est prescrit, il n'en demeure pas moins en l'espèce que l'intimée n'a pas apporté la démonstration de l'existence de cette obligation, ni aucun justificatif de paiement ou autre élément probant permettant de retenir ce poste, de sorte que la preuve de ces achats n'est de

toute façon pas donnée. Partant, l'appel sera reçu sur ce point et le jugement entrepris réformé en conséquence.

6. La fin des rapports de travail au 30 novembre 2008 n'étant plus contestable en l'espèce, il s'ensuit que la caisse de chômage, dont les prestations invoquées sont postérieures à cette date, a été à bon droit déboutée de ses prétentions par les premiers juges. La décision entreprise sera par conséquent confirmée sur ce point.
7. La valeur litigieuse en appel n'ayant pas dépassé le seuil de 30'000 fr., la procédure d'appel est gratuite (art. 343 al. 1 CO cum art. 60 al. 1 LJP).

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ SARL contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 27 novembre 2009 rendu en la cause C/27751/2008-2.

#### **Au fond :**

Annule les ch. 3 et 5 de ce jugement.

**Et statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_\_\_ SARL à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 13'190 fr. 40 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008.

Condamne E\_\_\_\_\_ SARL à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 1'250.- fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2008 et la somme nette de 374.- fr. à titre de compensation pour trois jours de carence liés à l'assurance indemnité journalière individuelle.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président