



E\_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Daniel RICHARD  
Rue Bellot 3  
1206 Genève

Monsieur T\_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Gérard MONTAVON  
Rue Toepffer 11bis  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 18 mars 2008

M. Guy STANISLAS, président

MM. Raymond BOURRECOUD et Denis MATHIEU, juges employeurs

MM. David MUNGALL et Serge PASSINI, juges salariés

M. Pierre-Alain STAEHLI, greffier d'audience

**EN FAIT**

**A.** T\_\_\_\_\_ a été engagé le 29 juin 2002 par E\_\_\_\_\_ SA (ci-après E\_\_\_\_\_ ), société active dans la surveillance et la sécurité, en qualité d'agent de sécurité. Son salaire horaire brut était de fr. 25.-.

**B.** Par contrat de travail du 22 août 2003, T\_\_\_\_\_ fut promu en qualité de planificateur avec un salaire mensuel brut de fr. 7'000.-. Sous la rubrique « références juridiques », le contrat prévoyait notamment que la convention collective pour la branche privée de la sécurité était applicable aux rapports entre les parties.

T\_\_\_\_\_ a indiqué, sans être contredit, que le contrat de travail du 22 août 2003 lui avait été remis en août 2005 après qu'il ait réclamé la régularisation de son statut.

**C.** En dépit de sa promotion en qualité de planificateur, T\_\_\_\_\_ a continué à être rémunéré sur la base du tarif horaire de fr. 25.- jusqu'à la fin décembre 2003, la rémunération mensuelle de fr. 7'000.- définie dans le contrat précité n'ayant été effective qu'à compter du début janvier 2004.

Pendant toute la période où il bénéficiait d'un salaire horaire, T\_\_\_\_\_ remplissait des fiches de salaire. Cette pratique a cessé au début de l'année 2004 lorsque l'employé a été rémunéré sur une base mensuelle pour sa nouvelle activité administrative.

**D.** La tâche de planificateur consiste à organiser des interventions des différents agents de sécurité sur le terrain. Cette tâche principale s'effectue au bureau, étant précisé que le planificateur doit également tenir des permanences et des heures de piquet pendant la nuit et les week-ends. De façon exceptionnelle, le planificateur est amené à effectuer des interventions sur le terrain.

Jusqu'à la fin 2005, T\_\_\_\_\_ a travaillé en collaboration avec un autre collègue planificateur, puis avec deux collègues à compter de février 2005.

- E.** Compte tenu de la spécificité de l'activité, l'horaire de travail n'était pas mentionné dans le contrat de travail du planificateur qui devait faire preuve de souplesse dans les horaires liés aux contingences de l'activité. Les planificateurs devaient s'arranger entre eux pour assumer les permanences nécessaires à l'organisation et au suivi du travail des agents. Le salaire et des congés compensatoires étaient censés pallier les inconvénients liés à cette situation. En principe, l'horaire de travail était de 8h30 à 18h30 avec une pause d'une heure à midi.
- F.** Par lettre du 21 novembre 2005, invoquant des nécessités de restructuration, E\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ pour le 31 janvier 2006. Par courrier du lendemain, l'employeur informait le travailleur licencié qu'il bénéficiait d'un congé compensatoire du 23 novembre 2005 au 31 janvier 2006 pour les heures supplémentaires effectuées ainsi que pour les services de piquet réalisés et que T\_\_\_\_\_ était ainsi dispensé de travailler jusqu'à l'échéance de son préavis.
- G.** En raison d'une incapacité de travail de l'employé survenue du 23 novembre au 7 décembre 2005, la fin des rapports de service a été reportée au 28 février 2006.

Par lettre du 25 janvier 2006, E\_\_\_\_\_ prenait acte de la date de report de fin des rapports de service et indiquait qu'elle allongeait jusqu'au 28 février 2006 le congé compensatoire lié aux heures supplémentaires et aux services de piquet effectués.

- H.** Par courrier de son conseil du 6 décembre 2005, T\_\_\_\_\_ a indiqué à E\_\_\_\_\_ avoir effectué des heures supplémentaires ainsi que des heures de piquet qui

nécessitaient une rémunération supplémentaire. Il réclamait ainsi une somme de fr. 51'330.- à titre de compensation pour 1'050 heures supplémentaires, une somme de fr. 29'889.- à titre de compensation pour les heures de permanence pendant les week-ends et une somme de fr. 45'850.- à titre de compensation pour les heures de permanence pendant les autres jours de la semaine, notamment les soirées et les nuits.

**I.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 février 2006, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement d'une somme totale de fr. 146'610.- se décomposant comme suit :

- a. fr. 49'050.- à titre de paiement de 1'090 heures supplémentaires, avec intérêts dès le 15 octobre 2004
- b. fr. 19'372.50 à titre d'indemnisation des heures de piquet fournies pendant les week-ends, avec intérêts dès le 15 octobre 2004
- c. fr. 69'187.50 à titre d'indemnisation des heures de piquet fournies pendant les soirées et les nuits, avec intérêts dès le 15 octobre 2004
- d. fr. 9'000.- à titre d'enrichissement illégitime, avec intérêts le 15 février 2005

**J.** A l'appui de sa demande, T\_\_\_\_\_ a exposé en substance avoir travaillé chaque jour de la semaine de 8h30 à 19h30. Il prenait une pause d'une demi-heure à midi mais devait ainsi rester disponible et atteignable par téléphone. Il a indiqué ainsi avoir fourni en moyenne deux heures supplémentaires par jour, soit 1'090 heures pendant la période travaillée (190 heures en 2003, 480 heures en 2004 et 420 heures en 2005).

Il a également indiqué avoir assuré des permanences au cours desquelles il devait se tenir à disposition de son employeur jour et nuit, sept jours sur sept ; certes, il pouvait s'éloigner du bureau mais devait rester en contact avec la centrale dès lors que son activité consistait à organiser le déplacement des agents en mission. Il a estimé que chaque intervention durait entre 15 minutes et une heure et qu'il avait réalisé environ sept à huit interventions par nuit et une dizaine le week-end au cours de ses premiers mois d'activité puis, au cours

de l'année 2004, environ trois interventions par soirée et cinq le week-end. Pendant l'année 2004, il avait assuré 45 permanences, son collègue D\_\_\_\_\_ en ayant assuré trois ; au cours de l'année 2005, il avait assuré une semaine sur deux en alternance avec F\_\_\_\_\_, soit 21 semaines de permanence nocturne et de week-ends. Compte tenu d'une moyenne de 16 interventions de 45 minutes chacune, il avait travaillé effectivement pendant 5h15 chaque week-end qui devaient être rémunérées comme heures supplémentaires ; de même, considérant une moyenne de cinq interventions de 45 minutes par nuit, il avait fourni 3h45 de travail par nuit qui devaient être également compensées au titre d'heures supplémentaires.

Enfin, T\_\_\_\_\_ a exposé qu'une somme de fr. 9'000.- avait été indûment retenue sur son salaire, à raison de fr. 1'145.- pour les mois d'octobre et novembre 2004, et à partir de février jusqu'à juin 2005, ainsi qu'une somme de fr. 985.- en juillet 2005 en compensation de prétendus prêts qu'il n'avait jamais conclus. Il a indiqué à ce sujet avoir emprunté à une occasion à son employeur une somme de fr. 3'000.- au début de l'année 2004 qu'il avait toutefois remboursée par six prélèvements de fr. 500.- chacun sur son salaire des mois d'avril à septembre 2004.

- K.** Par mémoire du 18 avril 2006, E\_\_\_\_\_ s'est opposée à la demande et a sollicité reconventionnellement la condamnation de T\_\_\_\_\_ au paiement d'une somme de fr. 3'600.-, avec suite d'intérêts, à titre d'enrichissement illégitime.

L'employeur a indiqué en substance que le salaire de fr. 7'000.- perçu par T\_\_\_\_\_ pour une activité de planificateur correspondait à une importante augmentation de son salaire précédent (fr. 25.- de l'heure) et que cette rémunération englobait dès lors toutes les tâches liées à la planification du travail, y compris la permanence téléphonique en alternance avec un collègue, ainsi que les missions sur le terrain en cas de nécessité. E\_\_\_\_\_ a précisé que le service de planification obligeait la personne concernée à avoir un téléphone cellulaire de la société à disposition afin de garantir une réaction immédiate, soit pour chercher un remplaçant en cas d'incidents sur les plannings, soit en cas d'absence abrupte d'un agent ou de problèmes sur un chantier. E\_\_\_\_\_ a

précisé qu'une intervention de ce type était toutefois rare et de courte durée car il n'est pas courant qu'une situation de crise nécessite l'intervention de l'agent de permanence, cette surcharge ponctuelle de travail étant au demeurant compensée par un salaire plus élevé.

L'employeur a soutenu que T\_\_\_\_\_ n'avait produit aucun relevé d'heures supplémentaires, même non visé par l'employeur, qui aurait pu justifier l'existence de nombreuses heures supplémentaires réclamées dans son activité de planificateur. Il a indiqué que l'horaire de travail quotidien était de 8h30 à 18h, dont une heure de pause, et a contesté que des permanences aient été nécessaires durant les pauses dès lors que les planificateurs étaient au nombre de deux jusqu'au 31 janvier 2005, puis de trois dès le 1<sup>er</sup> février 2005.

En outre, l'employeur a indiqué que la durée de l'intervention en cours de permanence était de 15 à 20 minutes maximum et qu'elle correspondait ainsi à une demi-heure par jour en semaine et à 4 heures par week-end, soit 6 heures 30 par semaine, assumées en partie par T\_\_\_\_\_ et en partie par ses collègues planificateurs.

L'employeur a également admis que T\_\_\_\_\_ avait effectué 87.15 heures supplémentaires entre le mois d'août et le mois de décembre 2003 qui avaient toutes été compensées. Il a précisé, à ce sujet, que son employé, bien que chargé de la gestion des heures supplémentaires, n'avait pas établi les décomptes des heures qu'il prétendait avoir effectuées.

Enfin, E\_\_\_\_\_ a indiqué avoir versé à son employé une somme de fr. 3'600.- correspondant à la rémunération, au tarif horaire de fr. 25.-, de 114 heures qu'il n'avait en réalité pas effectuées et a réclamé le remboursement de ce montant payé à tort.

- L. Dans le cadre de l'instruction de la cause, le Tribunal a procédé à l'audition de plusieurs témoins.

A\_\_\_\_\_ , agent de sécurité précédemment chez E\_\_\_\_\_ , a déclaré s'occuper de planifier, contrôler et former les agents, tout en fonctionnant lui-même comme agent de terrain. Il a indiqué téléphoner aux planificateurs lorsqu'il rencontrait un problème et avoir souvent été en contact à ce sujet avec T\_\_\_\_\_ en l'appelant fréquemment les nuits ou les week-ends. Le témoin a précisé avoir constaté que T\_\_\_\_\_ se trouvait à son bureau avant 8h30 le matin.

B\_\_\_\_\_ , ancien employé de la société E\_\_\_\_\_ avec laquelle il était en litige pour avoir été licencié avec effet immédiat, a indiqué, lorsqu'il avait besoin d'agents de remplacement, s'être adressé à T\_\_\_\_\_ et ceci à toute heure du jour et de la nuit, la semaine comme le week-end en précisant qu'il lui était arrivé de trouver T\_\_\_\_\_ au bureau parfois jusqu'à 22h00.

C\_\_\_\_\_ a indiqué que le travail de planificateur impliquait de répondre au téléphone à toute heure, d'être disponible en tout temps et que les divers planificateurs s'organisaient dans ce sens. Il a précisé avoir eu l'occasion d'appeler T\_\_\_\_\_ en dehors des heures de bureau, surtout le week-end et que les appels étaient déviés sur le téléphone mobile mis à sa disposition par la société.

D\_\_\_\_\_ , agent de sécurité planificateur auprès de E\_\_\_\_\_ , était le supérieur hiérarchique de T\_\_\_\_\_ avec lequel il a partagé les heures de planification jusqu'en février 2004. S'agissant des permanences, le témoin a déclaré qu'il y avait en moyenne dix appels par semaine, la nuit, en période creuse correspondant à environ 1h30 de téléphone. En période moins creuse, il fallait compter cinq ou six appels de nuit. En ce qui concerne les permanences du week-end, D\_\_\_\_\_ a indiqué que, pour la période de août à décembre 2003, elles étaient partagées par moitié entre lui-même et T\_\_\_\_\_ et pendant l'année 2004 à raison de 70% pour ce dernier et de 30% pour le témoin qui avait pu prendre des congés compensatoires liés à ces permanences sur une base de 75 minutes par semaine. Enfin, à partir de janvier 2005, les permanences étaient partagées pour moitié entre T\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ , nouveau planificateur. Le témoin a précisé qu'il prenait presque toujours sa pause de midi avec T\_\_\_\_\_ même si les deux planificateurs se munissaient de leur téléphone mobile lors de cette pause où il leur arrivait d'être appelés en

urgence à raison de trois appels par semaine. S'agissant des horaires, le témoin a indiqué que l'horaire de travail s'étendait de 8h30 à 18h ou 19h selon le travail et, que, passant prendre T\_\_\_\_\_ chez lui, les deux planificateurs arrivaient ensemble au bureau.

F\_\_\_\_\_ , agent de sécurité-planificateur, a indiqué avoir travaillé avec T\_\_\_\_\_ et se partager les permanences en raison d'une semaine chacun à compter du début de l'année 2005. Il a précisé qu'il s'agissait d'être atteignable les week-ends et la nuit afin de résoudre les problèmes qui pouvaient se présenter dans l'urgence. Il a indiqué qu'il commençait son activité le matin en même temps que T\_\_\_\_\_ à 8h30 et qu'ils prenaient ensemble leur pause de midi où ils devaient pouvoir être joints par téléphone. F\_\_\_\_\_ a précisé avoir compensé ses heures supplémentaires à raison d'une semaine et demie par année mais n'avoir pas vu T\_\_\_\_\_ effectuer cette même compensation.

Le témoin G\_\_\_\_\_ a déclaré travailler au service de comptabilité de E\_\_\_\_\_ et avoir établi les décomptes de salaire sur la base des décomptes d'heures effectuées par T\_\_\_\_\_ . Il a précisé que, après 2003, T\_\_\_\_\_ ne lui avait jamais remis de décomptes de ses propres heures car cette incombance ne concernait que les collaborateurs du terrain et non les planificateurs. Il a indiqué que le planificateur devait néanmoins compenser ses heures supplémentaires par des congés.

Le témoin a en outre indiqué que plusieurs avances avaient été accordées à T\_\_\_\_\_ et qu'un plan de remboursement avait été établi à ce sujet, dont il ne se souvenait toutefois pas des modalités.

- M.** Selon les pièces versées à la procédure, il appert que, à partir de août 2003, date à laquelle T\_\_\_\_\_ a été promu planificateur, des relevés d'horaires avaient été établis par l'entreprise consignait 227.75 heures pour le mois de septembre 2003, 257.55 heures pour le mois d'octobre 2003, 253.50 heures pour le mois de novembre 2003 et 220.95 heures pour le mois de décembre 2003, heures supplémentaires qui, selon l'entreprise, ont été payées ou compensées.

Invité par ordonnance préparatoire du Tribunal à produire ses relevés mensuels d'heures à compter de décembre 2003, T\_\_\_\_\_ a indiqué être dans l'impossibilité de donner suite à cette injonction dès lors que, faisant partie du personnel administratif de l'entreprise, il n'était pas tenu de dresser un relevé d'heures de travail, obligation qui n'incombait qu'aux agents de terrain.

- N. Par jugement du 15 février 2007, le Tribunal des prud'hommes a partiellement fait droit à la réclamation de T\_\_\_\_\_ et a condamné E\_\_\_\_\_ à verser à son ancien employé la somme brute de fr. 100'380.- avec intérêts 5% l'an dès le 15 octobre 2004. En outre, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ la somme nette de fr. 4'000.- à titre de salaire retenu à tort.

En substance, considérant que la convention collective de travail pour la branche privée de la sécurité n'était pas applicable à l'activité d'un planificateur, le Tribunal a retenu l'accomplissement d'heures supplémentaires par T\_\_\_\_\_, par référence notamment aux heures de travail mentionnées dans les fiches établies pour les mois de septembre à novembre 2003 et par le congé compensatoire alloué par l'employeur lors de la résiliation des rapports de service pour les heures supplémentaires effectuées. Le Tribunal a retenu que, en dépit de l'absence de feuilles de travail relatives à l'activité de l'employé, le dossier permettait de retenir que « le demandeur effectuait souvent des heures supplémentaires », les témoins entendus à la procédure ayant indiqué que T\_\_\_\_\_ commençait son activité avant l'heure contractuelle et la terminait souvent au-delà de l'heure convenue. Le Tribunal a ainsi considéré que l'employé avait apporté la preuve qu'il avait fourni des heures supplémentaires dont le nombre pouvait se déterminer, selon l'art. 42 al. 2 CO, à raison de 2 heures supplémentaires par jour, soit 10 heures par semaine, impliquant un total de 1'090 heures supplémentaires (190 heures en 2003, 480 heures en 2004 et 420 heures en 2005). Le Tribunal a ainsi alloué à T\_\_\_\_\_ une somme de fr. 49'050.- de ce chef sur la base d'un tarif horaire majoré de fr. 45.-.

Le Tribunal a également considéré que T\_\_\_\_\_ avait effectué des heures de permanence le soir et le week-end et que la disponibilité de l'employé de ce chef avait généré une activité supplémentaire. Le Tribunal a ainsi retenu que

l'employé avait effectué des permanences le soir et de nuit à raison de 16 semaines en 2003, 45 semaines en 2004 et 21 semaines en 2005 à raison de 10.87 heures par semaine, sur une base de 565 heures par an. C'est ainsi une somme de fr. 40'100.- qui a été allouée à l'employé du chef des heures de permanence le soir et de nuit. En outre, une somme de fr. 11'230.- lui a été reconnue pour les heures de permanence effectuées les week-ends. Enfin, le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ à restituer à T\_\_\_\_\_ une somme de fr. 4'000.- retenue à tort sur le salaire et a débouté l'employeur de sa demande reconventionnelle.

- O.** A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 16 février 2007, E\_\_\_\_\_ interjette appel par acte adressé à la Juridiction des prud'hommes le 21 mars 2007. En substance, l'appelante fait grief au Tribunal i) d'avoir écarté la convention collective dont les parties avaient réservé l'application ii) d'avoir mal apprécié la durée du travail liée à l'activité de l'employé iii) d'avoir fait une application erronée de l'art. 42 CO en omettant de prendre en considération l'activité spécifique d'un planificateur pour lequel la disponibilité est prise en compte dans la rémunération et iv) d'avoir arbitrairement retenu que l'employé avait effectué des heures de permanence donnant droit à une rémunération, le soir et le week-end. E\_\_\_\_\_ a conclu à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 15 février 2007 et, à titre reconventionnel, à la condamnation de T\_\_\_\_\_ à restituer à l'employeur la somme de fr. 3'600.- à titre de salaire indu.
- P.** Par mémoire du 10 mai 2007, T\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel. Reprenant les conclusions formulées devant la première instance, T\_\_\_\_\_ a conclu, dans le cadre d'un appel incident, à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes et à la condamnation de E\_\_\_\_\_ à lui verser les sommes de fr. 71'091.10 à titre de rétribution pour 1'462 heures supplémentaires, fr. 43'302.60 à titre de rémunération des heures effectuées pendant les permanences du soir et de nuit, fr. 11'230.- à titre de rémunération pour les heures de permanence effectuées le week-end ainsi qu'une somme de fr. 4'000.-, à titre de retenue induite sur le salaire, le tout avec suite d'intérêts.

Q. A l'audience devant la Cour d'appel des prud'hommes, E\_\_\_\_\_ a soulevé une exception d'irrecevabilité de l'appel incident considérant que les conclusions relevaient d'une amplification de demande rendant cette dernière irrecevable pour ne pas avoir été soumise aux premiers juges.

La Cour d'appel a procédé à l'audition de plusieurs témoins dont certains avaient déjà été entendus en première instance.

Le témoin Felipe Lima a indiqué avoir compensé ses heures supplémentaires par des jours de repos lorsqu'il s'agissait de véritables heures supplémentaires. Il a, par contre, indiqué que les heures de permanence pendant la semaine où il était chargé de la planification entraient dans son activité et qu'il s'agissait d'un système applicable à tous les planificateurs. Il a précisé que la possibilité de compenser les heures supplémentaires était donnée à chaque employé qui devait faire une déclaration verbale à son supérieur direct. Le témoin a confirmé avoir pris sa pause de midi, d'environ une heure, en compagnie de T\_\_\_\_\_ qui était son supérieur direct. Le témoin a enfin précisé n'avoir pas reçu de confidences de T\_\_\_\_\_ à propos d'heures supplémentaires et précisé que la compensation des heures supplémentaires de ce dernier n'aurait pas perturbé le service.

Entendu à nouveau, D\_\_\_\_\_ a confirmé que les heures supplémentaires, dont il avait obtenu la compensation, étaient liées à son activité journalière et non aux permanences du soir et du week-end qui faisaient partie du cahier des charges du planificateur. Il a précisé que, pendant son activité de planificateur, T\_\_\_\_\_ avait assuré la permanence à concurrence de 70%, lui-même effectuant le 30% restant.

Le témoin H\_\_\_\_\_ a indiqué travailler comme agent de sécurité auprès de E\_\_\_\_\_ et avoir eu, dans le cadre de son activité, des contacts téléphoniques avec T\_\_\_\_\_ en début de soirée, mais non la nuit.

Le témoin I\_\_\_\_\_, anciennement responsable chez E\_\_\_\_\_, a indiqué que les planificateurs devaient s'arranger entre eux pour l'accomplissement de leurs activités, les périodes de fin d'année et de juillet/août étant les plus intenses. Il a indiqué avoir signé le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ et précisé que, compte tenu de la spécificité de l'activité de planificateur, le contrat cadre de travail ne mentionnait pas le nombre d'heures de travail. Il a précisé que la rémunération englobait d'éventuelles heures supplémentaires liées à l'activité du week-end et les piquets du soir, étant toutefois précisé que le planificateur avait la possibilité de compenser cette activité. A ce sujet, il a indiqué ne pas avoir refusé à T\_\_\_\_\_ des compensations de congé liées à son activité.

Le témoin J\_\_\_\_\_ a indiqué avoir travaillé comme agent de sécurité, notamment sous la direction de T\_\_\_\_\_. Il a précisé avoir effectué des missions le week-end et qu'il lui arrivait d'appeler fréquemment à ce sujet son supérieur qui n'intervenait toutefois sur le terrain.

- R.** Lors de l'audience devant la Cour d'appel des prud'hommes, s'agissant de la concordance entre deux documents versés à la procédure pour une période identique (fiche de salaire de janvier 2005), le représentant de E\_\_\_\_\_ a indiqué que l'insertion dans une de ces fiches d'un horaire de travail provenait d'une erreur informatique en précisant que la personne concernée (K\_\_\_\_\_) occupait un travail différent de celui de T\_\_\_\_\_ dès lors qu'il n'exerçait pas une activité de planificateur et n'avait donc pas le même horaire. Le représentant de E\_\_\_\_\_ a également indiqué que la rubrique « 0 » au titre des heures travaillées figurant sur la fiche de travail de T\_\_\_\_\_ signifiait que ce dernier n'avait pas un nombre d'heures précis à effectuer mais devait réaliser son activité en fonction de sa fonction et, le cas échéant, compenser le temps supplémentaire. C'est en effet la fonction qui déterminait l'étendue de l'activité, raison pour laquelle les heures travaillées n'ont pas été indiquées sur les fiches de salaire.

- S. A l'issue de l'audience devant la Cour d'appel, T\_\_\_\_\_ a réduit les conclusions de l'appel en incident à fr. 146'610.- correspondant au montant de la réclamation formulée en première instance.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E\_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP). L'appel incident de T\_\_\_\_\_ est également recevable pour les mêmes motifs (art. 61 LJP).

E\_\_\_\_\_ invoque une irrecevabilité de l'appel incident de T\_\_\_\_\_ au motif qu'il consignerait une amplification de demande, soit la prise de conclusions nouvelles prohibées en procédure d'appel. Il est exact que la Cour d'appel n'a pas à connaître de chefs de conclusions qui n'ont pas été formulées en première instance et les conclusions amplifiées présentées en procédure d'appel doivent ainsi être déclarées irrecevables (CAPH, X, décision du 13 octobre 1983).

Devant la première instance, T\_\_\_\_\_ a fait valoir une prétention en paiement d'un montant total de fr. 146'610.- alors que les conclusions globales de l'appel incident se montent à fr. 159'623.-. Au cours de la procédure devant la Cour d'appel, T\_\_\_\_\_ a déclaré réduire à fr. 146'610.- le montant total de ses conclusions sur appel incident. L'appelant incident n'a donc ainsi pas présenté de conclusions amplifiées devant la Cour d'appel et le montant de sa réclamation est identique à celui formulé en première instance. Partant, l'appel incident est recevable.

2. Les parties divergent sur l'application de la Convention collective de travail sur la branche privée de la sécurité (ci-après CCT) à leur relation de service. En accord avec la solution retenue par les premiers juges, T\_\_\_\_\_ considère que le champ d'application de la convention est réservé aux employés opérationnels, les employés non opérationnels (y compris les planificateurs) étant exclus de son champ d'application (art. 2 al. 5 CCT). E\_\_\_\_\_ voit une

application de la convention par une incorporation du contenu de la CCT au contrat individuel de travail au sens de l'art. 356b CO.

La déclaration de soumission individuelle de l'employeur ou du travailleur, soit le consentement des parties de se soumettre à la convention, est subordonnée, au sens de l'art. 356c CO au respect de la forme écrite. En l'espèce, il est douteux que l'on puisse retenir une soumission de T\_\_\_\_\_ à la CCT au sens des art. 356 b et 356 c CO dès lors qu' il n'a pas été établi que l'accord contractuel du 22 août 2003 aurait été agréé par l'employé à cette date. En effet, ce dernier a dû réclamer, à répétées reprises, le contrat de travail dans la forme écrite et le document contractuel ne lui a finalement été remis que dans le courant de l'année 2005, peu avant le licenciement. La Cour d'appel ne peut ainsi voir dans le document établi, prétendument le 22 août 2003, l'accord de l'employé de se soumettre individuellement à la CCT.

La Cour d'appel ne peut donc retenir des débats une incorporation agréée par T\_\_\_\_\_ du contenu de la CCT au contrat de travail. L'horaire de travail de l'employé doit ainsi être défini à la lumière du contrat individuel de travail et de la LTr. Les débats ont à ce sujet montré que l'horaire de travail s'étendait de 8h30 le matin à 18h30 le soir, avec une pause d'une heure à midi, soit 9 heures par jour et 45 heures par semaine, situation au demeurant admise par l'employeur pour une activité « hors permanence ».

3. Le Tribunal des prud'hommes, dans le jugement entrepris, a retenu que T\_\_\_\_\_ était légitimé à recevoir une somme de fr. 49'050.- à titre de rémunération des heures supplémentaires considérant qu'il avait effectué 2 heures supplémentaires par jour, soit 10 heures par semaine, soit au total 1'090 heures pour les années 2003 à 2005. E\_\_\_\_\_ conteste cette argumentation et demande la réformation du jugement sur ce point. T\_\_\_\_\_, dans le cadre d'un appel incident, demande que E\_\_\_\_\_ soit condamnée à lui verser une somme de fr. 71'091.10, correspondant à la rémunération de 1'467 heures supplémentaires au lieu de 1'090 heures retenues par la première instance.

- a. A teneur de l'art. 321c al. 1 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). Sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire majoré d'un quart (al. 3). Les heures supplémentaires au sens de cette disposition correspondent aux heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel. Elles se distinguent du travail supplémentaire, à savoir le travail dont la durée excède le maximum légal, soit 45 ou 50 heures selon la catégorie des travailleurs concernés (art. 9 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, LTr). La rémunération du travail supplémentaire est régie par l'art. 13 LTr, qui prévoit également une rétribution à hauteur du salaire de base majoré de 25%, mais uniquement à partir de la 61<sup>ème</sup> heure supplémentaire accomplie dans l'année civile pour les employés de bureau et techniciens et autres employés (ATF 126 III. 337 consid. 6a et consid. 6c).

Il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci étaient ordonnées par l'employeur auquel elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht 5<sup>ème</sup> éd., n° 10 ad. art. 321c ; Muller, Die rechtliche Behandlung der Ueberstundenarbeit, thèse Zurich 1986, p. 59). L'employeur est également tenu à rémunération lorsqu'il n'a émis aucune protestation tout en sachant que le travailleur a effectué des heures supplémentaires et que ce dernier a pu déduire de ce silence que lesdites heures étaient approuvées (ATF 86 II 155 consid. 2) ; ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures au-delà de la limite contractuelle, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prêterait à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4b et les références).

Lorsque le travailleur a prouvé avoir effectué des heures supplémentaires dont le nombre ne peut être établi de manière exacte, le juge pourra en faire l'estimation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO ; le travailleur devra toutefois alléguer et prouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 31 octobre 2002 dans la cause 4C.177/2002 consid. 2.1; consid. 4a non publié de l'ATF 123 III 84 ; Muller, loc. cit. p. 59 ; Aubert, Commentaire romand, n° 16 ad. art. 321 CO).

C'est à l'aune de ces principes que doit être examinée la réclamation de T\_\_\_\_\_ concernant la rétribution d'heures de travail supplémentaires accomplies pendant son activité.

- b. La procédure a tout d'abord démontré que, sur la base des fiches de travail versées au litige, T\_\_\_\_\_ avait effectué 227.75 heures en septembre 2003, 257.55 heures en octobre 2003, 253.50 heures en novembre 2003 et 220.95 heures en décembre 2003, soit un horaire excédant l'horaire contractuel ou légal. Cette situation n'a pas été niée par l'employeur qui a indiqué avoir rétribué ces heures supplémentaires lors de leur accomplissement, situation qui a toutefois été contestée par T\_\_\_\_\_ .

La rémunération de l'employé, compte tenu des heures effectuées, s'est élevée ainsi à fr. 5'693.75 brut pour le mois de septembre 2003, fr. 6'430.75 brut pour le mois d'octobre 2003, fr. 6'337.50 brut pour le mois de novembre 2003 et fr. 5'523.- brut pour le mois de décembre 2003, sur la base d'un tarif horaire de fr. 25.-. Les décomptes de salaire versés à la procédure attestent que T\_\_\_\_\_ a reçu les sommes nettes de fr. 4'941.50, 5'570.15, 5'484.70 et 4'798.- respectivement pour les mois d'octobre à décembre 2003. La Cour d'appel constate ainsi que toutes les heures d'activité de l'employé, y compris les heures qui excédaient les heures conventionnelles, lui ont été payées au tarif horaire de fr. 25.- et sans majoration.

Il ressort des débats que T\_\_\_\_\_ a exercé une activité de planificateur à compter de septembre 2003 avec un salaire mensuel de fr. 7'000.- ; il ressort également des débats que l'horaire de travail des planificateurs était de 8h30 à 18h30 avec une pause d'une heure à midi, soit 45 heures par semaine, conformément à l'art. 9 LTr. Cette situation a été reconnue par l'appelant qui a considéré que, hors permanences, l'horaire de travail des planificateurs était de 42h30 par semaine, de 8h30 à 18h00 avec une pause à midi ; c'est donc à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a pris en considération un horaire de travail de 45 heures par semaine, soit 195 heures par mois.

Par rapport à l'horaire ainsi défini, T\_\_\_\_\_ a donc effectué 32.75 heures supplémentaires en septembre 2003, 62.5 heures en octobre 2003, 58.5 heures supplémentaires en novembre 2003 et 25.95 heures supplémentaires en décembre 2003 soit au total 179.70 (180) heures supplémentaires liées à l'activité de planificateur pendant l'année 2003.

Ces heures supplémentaires auraient dû être rémunérées au tarif horaire de fr. 45.-, soit le tarif horaire pour un salaire mensuel fr. 7'000.-, majoré d'un quart, correspondant à un salaire horaire de fr. 36.- (7'000.-/4.33/45) majoré d'un quart. Les heures supplémentaires ayant été rémunérées à concurrence de fr. 25.- l'heure au lieu de fr. 45.-, T\_\_\_\_\_ a droit, pour l'activité de septembre à décembre 2003, à une rémunération complémentaire de fr. 3'600.- (180h x 20).

- c. La situation se présente de façon différente pour l'année 2004 où des fiches de salaire concernant l'activité de planificateur n'ont plus été établies au motif que les heures de permanence étaient comprises dans le cahier des charges de l'employé. Le litige réside ainsi dans la difficulté d'apprécier l'accomplissement d'heures supplémentaires à compter de l'année 2004 puisqu'aucune fiche de travail ou relevé mensuel d'heures n'a été établi à partir de cette date compte tenu de la position occupée par l'employé dans l'entreprise. Les témoignages recueillis sur ce point ne sont pas concordants. Si la plupart des témoins, supérieurs hiérarchiques ou collègues de T\_\_\_\_\_ , encore employés de E\_\_\_\_\_ , ont nié l'accomplissement d'heures supplémentaires imposées à l'employé (témoins D\_\_\_\_\_ , F\_\_\_\_\_ , G\_\_\_\_\_

), d'autres témoins, certes en litige avec leur ancien employeur, ont relevé l'accomplissement d'heures supplémentaires par T\_\_\_\_\_, qui arrivait avant l'heure le matin (témoin A\_\_\_\_\_) ou qui partait après l'heure le soir (témoin B\_\_\_\_\_).

La Cour d'appel relève au demeurant que la saisie des heures supplémentaires n'obéissait pas à une réglementation stricte au sein de l'entreprise même si le témoin D\_\_\_\_\_, supérieur hiérarchique de T\_\_\_\_\_, a expliqué que l'employé qui dépassait la tranche horaire prévue devait indiquer ses heures supplémentaires sur un formulaire idoine qui devait être signé par la comptabilité.

La Cour d'appel retiendra des débats que les témoins entendus à la procédure ont pu indiquer que T\_\_\_\_\_ pouvait prendre sa pause de midi, notamment en partageant le repas avec ses collègues (témoin F\_\_\_\_\_, procès-verbal d'audience du 10 septembre 2007, Cour d'appel des prud'hommes ; témoin D\_\_\_\_\_, procès-verbal d'audience du 26 juin 2006, Tribunal des prud'hommes) et qu'il commençait son activité le matin à 8h30 dès lors qu'il arrivait dans l'entreprise avec le véhicule de fonction mis à disposition de ses deux collègues (témoins D\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_, procès-verbal du 26 juin 2006, Tribunal des prud'hommes).

La Cour d'appel relève que les mêmes témoins se sont accordés à reconnaître que l'activité pouvait nécessiter l'accomplissement d'heures supplémentaires, notamment en fin de journée. A ce sujet, le témoin D\_\_\_\_\_ a précisé que la fin du service intervenait entre 18h00 et 19h00 tout en précisant que les sorties tardives de T\_\_\_\_\_ répondaient à des convenances personnelles dès lors que sa femme travaillait au Palais de Justice ; le témoin F\_\_\_\_\_ a relevé que l'activité nécessitait l'accomplissement d'heures supplémentaires qui étaient compensées en précisant que T\_\_\_\_\_ effectuait également des heures supplémentaires sans toutefois pouvoir se prononcer sur leur compensation. La Cour d'appel relèvera également que la résiliation des rapports de service a été accompagnée d'un « congé compensatoire » octroyé par l'entreprise pour compenser les heures supplémentaires fournies par T\_\_\_\_\_ .

Sur la base des critères jurisprudentiels énoncés ci-dessus, la Cour d'appel constate que T\_\_\_\_\_ effectuait des heures supplémentaires dont le nombre ne peut être établi de manière exacte, situation obligeant la Cour d'appel à faire application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO. Dans cette application par analogie, la preuve stricte du nombre d'heures supplémentaires effectuées n'est précisément pas exigée ; le juge doit, en revanche, être convaincu, sur le principe, que le travailleur a bien exécuté des heures supplémentaires. En l'espèce, la Cour d'appel ne peut toutefois retenir que ces heures supplémentaires excédaient une heure par jour dès lors que les mesures probatoires ont démontré que l'employé arrivait le matin avec ses collègues pour l'heure d'ouverture des bureaux et pouvait prendre sa pause de midi ; seul le travail effectué le soir au-delà de l'horaire sera pris en considération par la Cour d'appel qui considère, sur la base de l'art. 42 al. 2 CO, que T\_\_\_\_\_ a effectué une heure de travail supplémentaire par jour, restant au bureau environ une heure au-delà de l'horaire convenu. Ce sont donc 5 heures par semaine pour les années 2004 (48 semaines) et 2005 (42 semaines) qui seront prises en considération par la Cour d'appel, les heures supplémentaires étant ainsi arrêtées à 450 heures pour les années 2004 (48 x 5) et 2005 (42 x 5). Sur la base d'un salaire horaire majoré fixé de façon correcte par le Tribunal des prud'hommes à fr. 45.- (fondé sur un salaire mensuel de fr. 7'000.-), c'est une somme fr. 20'250.- que peut faire valoir T\_\_\_\_\_ à titre de rémunération d'heures supplémentaires effectués pour les années 2004 et 2005, portant ainsi sa réclamation totale pour les heures supplémentaires à fr. 23'850.- (fr. 20'250.- + fr. 3'600.-).

4. T\_\_\_\_\_ fait en outre valoir une réclamation en paiement des sommes de fr. 43'302.60 et fr. 11'230.- à titre de rétribution des heures effectuées pendant les permanences de nuit, respectivement de week-end.
  - a. Le service de piquet est une forme particulière de permanence par lequel le travailleur se tient à disposition pour intervenir en cas d'événement particulier, en sus de son travail habituel. Le service de piquet est défini et réglementé aux art. 14 et 15 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1) qui prévoient, au rang des situations particulières, la suppression de

perturbations, le fait de porter secours en cas de situation d'urgence et l'exécution de visites de contrôle. Le service de piquet est limité dans le temps dès lors qu'il constitue une intrusion dans la vie privée des travailleurs dans la mesure où ceux-ci doivent se tenir à disposition immédiate, être atteignables et demeurer en état de conduire et de travailler (von Kaenel, Loi sur le travail, commentaire Staempfli, n° 9 et 10 ad. art. 9 LTr).

Déterminer si un service de piquet compte comme temps de travail ou non dépend de la question de savoir s'il est accompli dans l'entreprise et s'il nécessite une intervention. Le travail de piquet accompli en entreprise (service de présence) compte toujours comme travail (art. 15 al. 1 OTL 1). Il convient d'y assimiler tout autre service de piquet au cours duquel la liberté du travailleur de disposer de son temps est limitée dans une mesure semblable (ATF 2 P.99/2002 du 1<sup>er</sup> novembre 2002). Lorsque le service de piquet est en revanche accompli hors de l'entreprise (service d'attente), il ne compte comme travail que dans la mesure où il donne lieu à une intervention effective (art. 15 al. 2 OTL 1).

Il convient de distinguer le service de piquet d'autres formes de permanence dont la plus importante est le travail sur appel (permanence téléphonique permettant d'assurer le service d'une hotline). On ne peut toutefois considérer comme permanence que le travail sur appel *stricto sensu* à savoir lorsque le travailleur effectue effectivement une intervention. Le seul service d'attente ne constitue pas un service de piquet et ne compte pas comme travail au sens du droit public. Le travail sur appel se distingue du service de piquet par sa fonction dans la mesure où le service de piquet est destiné à répondre à des perturbations, particulièrement au sens de l'art. 14 al. 1 OTL 1, alors que le travail sur appel est destiné à amortir un surplus momentané de travail (von Kaenel, loc. cit., n° 12 ad. art. 9 LTr). Si lors d'une intervention, le travailleur ne remédie à des perturbations extraordinaires mais accomplit le travail habituel, il ne s'agit pas d'un service de piquet (von Kaenel, loc. cit. n° 12 ad. art. 9 LTr). Dans le cas du service d'attente, l'intérêt économique de l'employeur à l'activité du travailleur est plus faible (ATF 123 III 249 consid. 3). La question de la rémunération d'un simple service d'attente est tranchée en premier lieu selon le contrat de travail, voire une convention collective de

travail. La rémunération du service d'attente peut être intégrée dans le salaire payé pour l'activité principale (von Kaenel, loc.cit., n° 13 ad. art. 9 LTr).

- b. La procédure a démontré que le salaire octroyé à un planificateur et, s'agissant de T\_\_\_\_\_ de l'augmentation de salaire y afférente, englobait l'activité de permanence pour le soir et le week-end, cette activité ressortant du cahier des charges du planificateur, raison pour laquelle le contrat de travail ne mentionnait pas un nombre d'heures spécifiques (témoins I\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_). Les témoignages, notamment recueillis auprès de la Cour d'appel des prud'hommes, ont indiqué que les différents planificateurs s'organisaient entre eux pour répondre aux permanences de nuit et de week-end et que, en cas de service de piquet, le planificateur avait encore la possibilité de compenser cette activité par un congé (témoins I\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_). I\_\_\_\_\_, ancien directeur de E\_\_\_\_\_, ayant aujourd'hui quitté l'entreprise, a confirmé n'avoir jamais refusé à T\_\_\_\_\_ une compensation de congé liée à son activité de permanence. Les enquêtes ont également démontré que l'activité liée aux permanences était variable et que les trois planificateurs qui intervenaient en alternance pouvaient prendre des congés compensatoires en fonction des permanences.

Sur la base des mesures probatoires, la Cour d'appel doit constater que l'activité de permanence, partagée entre les différents intéressés, faisait partie du cahier des charges du planificateur et de la rémunération y afférente, ce travail d'attente étant intégré dans la rémunération de l'employé.

La Cour d'appel constate également que le travail de permanence, lorsqu'il nécessitait des interventions particulières, faisait l'objet d'une compensation octroyée au planificateur, la procédure n'ayant pas démontré qu'une telle compensation aurait été refusée pour le cas spécifique de T\_\_\_\_\_.

Dans ces conditions, ce dernier ne peut prétendre à une rétribution pour le travail de permanence et le jugement du Tribunal des prud'hommes sera sur ce point réformé.

5. Leoprimo Palumbo réclame en outre une somme de fr. 9'000.- à titre de retenue indue sur son salaire.

Après avoir procédé à un examen comparatif des fiches de salaire et des relevés bancaires du travailleur, en relation avec le tableau « excel » établi par l'employeur, le Tribunal a retenu, compte tenu des divers versements effectués, qu'une somme de fr. 4'000.- avait indûment été retenue sur les salaires dus à l'employé.

Dans son acte d'appel, E\_\_\_\_\_ relève que le Tribunal a omis de prendre en considération deux montants complémentaires de fr. 500.- versé le 9 janvier 2004 et fr. 2'000.- versé le 19 janvier 2004 qui n'auraient pas transité sur le compte bancaire de l'employé mais ont été remis de la main à la main à titre d'avances sur salaire contre l'établissement de deux reçus signés par T\_\_\_\_\_ et versés à la procédure.

La Cour d'appel considère, sur la base de ces pièces complémentaires qui n'avaient pas été portées à la connaissance du Tribunal des prud'hommes, que l'employeur a effectué deux avances complémentaires à son employé pour les montants de fr. 500.- le 9 janvier 2004 et fr. 2'000.- le 19 janvier 2004, portant ainsi à fr. 1'500.- la retenue de salaire non justifiée, montant que E\_\_\_\_\_ admet dans sa requête d'appel. C'est ainsi une somme de fr. 1'500.- qui sera prise en considération par la Cour d'appel en lieu et place des fr. 4'000.- pris en considération par le Tribunal des prud'hommes.

6. La demande reconventionnelle de E\_\_\_\_\_ en paiement d'une somme de fr. 3'600.- à titre de salaire versé en trop sera rejetée. Pour les considérations qui précèdent, c'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a considéré que la prétention de E\_\_\_\_\_ en remboursement, pour enrichissement illégitime, d'une somme de fr. 3'600.- au titre de trop perçu à titre de compensation des heures supplémentaires ne peut être accueillie, l'appelant n'ayant pas démontré, ni cherché à le faire dans son acte d'appel, que les montants payés à son employé pour les mois d'août à décembre 2003, à titre de rémunération d'heures supplémentaires, n'étaient pas dus ou exigibles.

7. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera ainsi partiellement réformé. Les sommes retenues par la Cour d'appel porteront intérêts au 28 février 2006, date d'extinction des rapports de service rendu exigibles toutes les créances découlant du contrat (art. 339 al. 1 CO).

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4,

A la forme :

- Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 15 février 2007 rendu dans la cause C/4025/2006-4;
- déclare recevable l'appel incident formé par T\_\_\_\_\_ contre ledit jugement.

Au fond :

- annule ce jugement;

statuant à nouveau :

- condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 23'850.- plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 février 2006;
- condamne E\_\_\_\_\_ Guardina Protection SA à payer à Leopremio Plaumbo la somme nette de fr. 1'500.- plus intérêts moratoires à 5% dès le 28 février 2006;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président