



Monsieur T. \_\_\_\_\_  
Rue \_\_\_\_\_  
1205 GENEVE

E. \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Dante CANONICA  
Rue Bellot 2  
1206 GENEVE

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du mardi 18 juin 2002

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Achille PEDUZZI, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Olivier BAGNOUD, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

**En fait:**

- A. Par acte posté le 28 décembre 2001, et reçu le 3 janvier au greffe de la juridiction des Prud'hommes, 2002, T.\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu le 29 octobre 2001 par le Tribunal des Prud'hommes, notifié le 30 novembre 2001 aux parties, qui le déboute partiellement des conclusions qu'il avait prises à l'encontre de E.\_\_\_\_\_ en paiement de:
- 18'000 frs net avec intérêts moratoires à 5% l'an du 13 mars 2001, à titre d'indemnité pour licenciement abusif;
  - 6'337 frs 50 à titre d'heures supplémentaires.

Le jugement entrepris relève préalablement que le contrat de travail ayant lié les parties était soumis à la Convention collective nationale de travail pour les cafés, hôtels et restaurants, édition 1998 (ci-après CCNT 98). Il retient que, contrairement à ce que soutient l'employé, le licenciement dont il a été l'objet tenait à la nature défectueuse de ses prestations et non pas, comme il le prétend, au fait qu'il est originaire d'Afrique noire. Ce licenciement n'est ainsi pas abusif; quant aux heures supplémentaires, si elles ont bien été effectuées, elles ont déjà été partiellement compensées par le fait que l'employé, dès réception de son congé, a été dispensé immédiatement de venir travailler. Ceci représentait une compensation à hauteur de 177,5 heures. Les premiers juges ont en effet retenu que l'employé avait effectué 325,72 heures supplémentaires, déduction faite d'une période de trois semaines de vacances, d'où une différence de 148,22 heures à indemniser, représentant un montant de 3'223 frs 80.

- B. L'appelant conclut à l'annulation de ce jugement et reprend ses conclusions de première instance. Il soutient que le Tribunal s'est fondé sur un raisonnement trop subjectif, il a tenu compte de témoignages douteux, il n'a pas exigé de documents indiquant la nationalité des employés de E.\_\_\_\_\_, leur fonction et les dates de leur engagement et de leur départ. Il expose en substance que le motif avancé du congé, soit une restructuration de l'entreprise, était un prétexte, et qu'en fait, il s'agissait d'écarter des

employés Noirs venant d'Afrique, soit lui-même et deux autres portiers, tout d'abord en les reléguant aux étages, avant de les licencier. Le concierge de E.\_\_\_\_\_ avait joué un rôle prépondérant dans ce licenciement; il avait notamment préféré que d'autres travaillent à la réception, prenant ainsi la place de l'appelant et de ses collègues; il s'était même livré à des propos racistes. S'agissant des heures supplémentaires, l'appelant conteste qu'elles aient pu faire l'objet d'une compensation, car il n'avait jamais donné son accord à cela.. Lorsqu'il a été libéré de l'obligation de venir travailler, il ne lui a jamais été indiqué que cette formule lui permettrait de compenser ses heures supplémentaires.

- C. L'intimée conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement. Elle soutient qu'en 2000 E.\_\_\_\_\_ a traversé une crise économique, et risquait de perdre son statut de cinq étoiles, d'où l'engagement d'un nouveau directeur, ayant pour tâche de redresser la situation; ce dernier avait veillé à ce que le personnel s'investisse, faute de quoi l'établissement risquait un déclassement. Or, ce directeur avait constaté chez l'appelant et deux de ses collègues, A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, un manque de rigueur qui allait croissant; le concierge avait constaté des carences, ce qui était corroboré par les dires de la gouvernante; la qualité du travail de T.\_\_\_\_\_ laissait à désirer; il s'organisait mal, et s'absentait souvent, sans donner de motifs. Des remarques verbales avaient dû être formulées, qui sont restées dans effet. L'intimée conteste tout caractère raciste au congé litigieux, et relève qu'elle emploie environ quinze personnes d'origines diverses, dont plusieurs venant d'Afrique. Elle indique encore qu'il s'était avéré nécessaire de placer à la réception un employé qui avait plus d'expérience que l'appelant.
- D. Les faits suivants ressortent de la procédure:
- a. T.\_\_\_\_\_ a été engagé par E.\_\_\_\_\_ en qualité de stewart tournant le 28 avril 1999, avec entrée en service le 18 avril 1999; son horaire était de 41 heures par semaine, et il bénéficiait de quatre semaines de vacances; diverses tâches lui étaient imparties (réception, bagages, nettoyage, contrôle des mini-bars, etc.); à la réception il était sous les ordres du concierge et aux étages sous les ordres de la gouvernante.

Le contrat fut résilié pour des motifs de restructuration par lettre du 27 novembre 2000, pour le 31 décembre 2000; verbalement il fut expliqué à l'employé qu'il n'y avait plus assez de travail pour lui. Il fut libéré immédiatement de son obligation de travailler. Son dernier salaire s'est élevé à 3'000 frs bruts. L'employeur lui délivra un certificat de travail satisfaisant.

T.\_\_\_\_\_ alla consulter un syndicat et contesta le motif de son congé, qu'il estime fondé sur son appartenance raciale. Il réclama une indemnité et le paiement de ses heures supplémentaires. L'employeur contesta intégralement ces prétentions et affirma derechef que le congé était motivé par des nécessités de restructuration de l'établissement.

- b. Le Tribunal des Prud'hommes entendit les parties et divers témoins: En ce qui concerne le comportement de l'appelant à son travail il en ressort les éléments suivants:

Le directeur C.\_\_\_\_\_, engagé pour redresser la situation en juillet 2000, indiqua avoir été informé par la gouvernante que la relation de confiance avec T.\_\_\_\_\_ se détériorait; en raison de l'insuffisance générale de ses prestations. L'employé avait été déplacé de la réception vers les étages, sans que cela n'ait un lien quelconque avec la couleur de sa peau.

La gouvernante D.\_\_\_\_\_ indiqua qu'elle n'était pas entièrement satisfaite du travail de l'appelant; il avait au domicile rencontré des problèmes personnels, ce qui n'avait pas facilité les choses.

Le concierge F.\_\_\_\_\_ indiqua que cet employé manquait très souvent sans excuses; il disait être malade; ses prestations laissaient à désirer tant vis-à-vis de E.\_\_\_\_\_ que de la clientèle. Plusieurs avertissements lui ont été donnés verbalement par le témoin. Ce dernier a ajouté qu'à part l'appelant et ses deux collègues licenciés le même jour que lui, E.\_\_\_\_\_ employait encore deux autres portiers, dont l'un venait du Soudan, et deux nouveaux employés de couleur pour le travail dans les étages.

Le témoins G.\_\_\_\_\_, employé de E.\_\_\_\_\_ comme électricien, a observé que des problèmes avaient surgi quant à la qualité et à l'efficacité du travail de l'appelant.

Le témoin H.\_\_\_\_\_, assistante au service des ressources humaines, a observé quant à elle que le recourant avait fait l'objet d'observations du même ordre et au même titre que tous les autres employés de E.\_\_\_\_\_.

Aucun des témoins entendus n'a fait état de comportements ou de propos racistes de qui que ce soit; le collègue B.\_\_\_\_\_ a toutefois exposé qu'un jour un client lui avait demandé un service qu'il n'avait pas pu fournir; il s'était adressé au concierge, qui lui avait répondu ne pas avoir ce que demandait le client. B.\_\_\_\_\_ avait alors dit au concierge qu'il travaillait dans un cinq étoiles, à quoi ce dernier a répondu que "si cet hôtel était un cinq étoiles, vous ne travailleriez pas ici". B.\_\_\_\_\_ a poursuivi en exposant que le concierge voulait dire qu'il était de race noire, mais que lorsqu'il avait vu que la remarque le fâchait, il avait ajouté que si c'était un cinq étoiles, lui non plus n'y travaillerait pas.

Il convient de mentionner ici que l'appelant considère les témoignages F.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ comme non convaincants, car ces témoins auraient eu des contacts avec l'intimée avant l'audience.

- c. A propos des heures supplémentaires, les enquêtes ont révélé que sous l'ancien directeur elles n'étaient pas payées; à l'arrivée de C.\_\_\_\_\_, des décomptes avaient été établis, pointés par la gouvernante en ce qui concerne l'appelant; cette dernière, D.\_\_\_\_\_, l'a confirmé, en indiquant que l'appelant effectuait 45 heures par semaine et non 41 comme convenu.
- d. Devant la Cour d'appel, les parties furent réentendues, et persistèrent dans leurs conclusions; E.\_\_\_\_\_ fut acheminé à produire une liste de son personnel pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2000 au 31 mars 2001, indiquant, outre la nationalité, la fonction, le nom du supérieur hiérarchique, la date de début et de fin d'engagement.

Du premier document produit il ressort que sur 43 employés 21 sont originaires de Suisse ou de pays limitrophes, les autres provenant de pays plus éloignés, dont 6 de pays dont les ressortissants ont la peau foncée. Des documents produits ensuite, à la demande de la Cour d'appel, il ressort que les employés de peau foncée exercent des emplois de plongeur, apprenti cuisinier, réceptionniste portier ou extra. Il ressort aussi de ces documents que, sur une liste de 32 employés, tous sauf 3 ont été engagés entre 2000 et 2001, le plus ancien engagement datant de 1997, que tous ces employés, sauf 5, étaient déjà partis au moment de l'établissement de la liste, dont 9 à la suite d'un licenciement; Ces licenciements concernent notamment un Suisse, un Français, un Espagnol et un Kosovar et, quant aux activités, deux portiers, un responsable du restaurant, un plongeur, un responsable des banquets.

### **En droit**

1. L'appel a été déposé dans le délai et selon la forme prescrits par l'article 59 ch. 1 et 2 LJP. Il est formellement recevable.
2. Les questions soumises à la Cour d'appel sont celles du paiement des heures supplémentaires et du caractère abusif du congé.
  - 2.1. Pour ce qui est des heures supplémentaires, il ressort de l'enquête que l'appelant a effectué 45 heures de travail par semaine, selon ce qu'admet la gouvernante - et que l'intimée ne remet du reste pas en question - au lieu de 41 heures, comme convenu. Il a travaillé au service de E.\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> avril 1999 au 27 novembre 2000, et pris trois semaines de vacances, ce qui représente 81 semaines de travail, soit donc 324 heures supplémentaires. Il est également admis que le salaire horaire brut majoré était de 21 frs 15, ce qui conduit par conséquent à la réclamation formulée, ascendant à 6'337 frs 50 bruts, sensiblement inférieure au montant résultant du constat ci-avant, qui serait de 6'852 frs 60.

L'article 321c al. 2 CO dispose que l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée. La jurisprudence précise que la compensation d'heures de travail supplémentaires par un congé présuppose l'accord du travailleur également après la résiliation des rapports de travail par l'employeur et la libération simultanée du travailleur de l'obligation de travailler pendant le délai de congé (ATF 123 III 84 ss). L'article 15 ch. 5 de la CCNT 98 ne déroge pas à ces principes, et précise que les heures supplémentaires doivent être compensées dans un délai convenable par du temps libre de même durée, et si cela n'est pas possible, elles doivent être payées au plus tard à la fin des rapports de travail.

En l'espèce aucun accord, ni exprès ni tacite n'est intervenu concernant la compensation des heures supplémentaires; il n'est pas soutenu que lors du licenciement cette question ait été abordée, ni a fortiori, résolue dans le sens admis par le Tribunal. Il est vrai que la disposition légale susmentionnée est de droit dispositif et que la CCNT 98 ne fait pas expressément référence à l'accord du travailleur, mais ce silence ne signifie pas que le régime conventionnel déroge à la loi et supprime la condition de l'accord préalable. Le texte de la convention doit en effet s'interpréter ici comme apportant un complément au texte légal, quant aux modalités de la compensation, et non quant à son principe.

Par voie de conséquence - et pour autant encore que la période qui a suivi le licenciement, généralement surtout consacrée à la recherche d'un nouvel emploi, puisse être tenue pour une période appropriée au sens de la loi - la prétention de l'appelant, laquelle doit être admise, à hauteur de 5'475 frs.60 frs bruts selon le calcul ci-dessus.

- 2.2. En ce qui concerne le caractère abusif du congé, l'article 336 ch. 1 lit.a CP dispose qu'il existe lorsque le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail de l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé

par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité (ATF 127 III 86 consid. 2a). IL revient au travailleur de démontrer le caractère abusif du congé (ATF 121 III 60 consid. 3c). Toutefois, lorsque cette preuve a pour objet des éléments subjectifs, à savoir le motif réel de l'employeur, le caractère abusif peut être présumé lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Cette présomption facilite la preuve mais ne décharge par l'employé de son fardeau. L'employeur de son côté est tenu d'apporter les preuves à l'appui de ses allégations.

En l'espèce, l'appelant se fonde essentiellement - au titre d'indice - sur la remarque formulée par le concierge F.\_\_\_\_\_, estimée raciste, et sur le fait que ce concierge avait une influence sur les décisions de la direction. Il invoque aussi que l'employeur n'avait aucun motif réel de se plaindre de son travail, et qu'il avait de manière injustifiée choisi de le déplacer de la réception vers les étages, avec deux de ses collègues d'Afrique noire, avant de finir par le licencier. Il se fonde ainsi sur le fait que ce licenciement est intervenu le même jour que celui de ses deux collègues originaires d'Afrique Noire également.

Ces divers éléments ne permettent pas de présumer le caractère abusif du licenciement. Tout d'abord rien n'indique véritablement que la remarque du concierge ait eu un caractère raciste. Hormis le fait qu'elle s'adressait bien à un interlocuteur à la peau noire, elle doit être replacée dans son contexte. Les deux hommes n'avaient apparemment pas de très bons contacts, le concierge ayant eu l'occasion de constater des carences dans les prestations de l'employé, et de les relater à la direction, via la gouvernante. Les propos tenus par le concierge, pris dans leur sens littéral, n'ont en outre pas nécessairement la signification raciste que l'appelant leur prête. Enfin, hormis lesdits propos, et quelle qu'ait pu en être la portée, l'enquête a révélé qu'aucun comportement ni aucun terme raciste n'ont jamais eu cours à E.\_\_\_\_\_, ni de la part du personnel ni de la part de la direction. Les diverses origines des employés de cet établissement témoignent du reste du

fait qu'il n'y règne aucun parti pris envers les gens de couleur en général, ni envers ceux d'Afrique Noire en particulier.

Le fait que l'appelant ait été déplacé de la réception vers les étages, de même que deux autres portiers, peu avant son licenciement, n'a pas la portée que lui confère le précité, car il appartient à l'employeur de désigner les tâches à accomplir par le personnel, en fonction des besoins et des difficultés du moment, le contrat de travail prévoyant du reste expressément cette possibilité. A cela s'ajoute que la tâche initiale de l'appelant était celle de stewart tournant et non celle de portier exclusivement. L'enquête a, au demeurant, révélé que l'activité de portier à la réception avait été confiée à un employé jugé plus expérimenté, ce dont l'appelant ne saurait tirer argument.

De fait, selon les pièces produites et les explications fournies par l'intimée et les témoins (parmi lesquelles celles des témoins F. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_, qui n'ont pas à être écartées, mais seulement nuancées en fonction de l'existence d'une relation de travail avec l'intimée) il s'est avéré que, prise dans un contexte économique difficile, en 2000, l'intimée a dû accroître ses exigences envers son personnel, sauf à perdre son statut, et que, dans ce contexte, les insuffisances constatées par la direction concernant tel ou tel employé ont eu des conséquences strictes. Ces deux éléments conjugués ont conduit au licenciement litigieux, indépendamment de toute considération raciale.

Que l'appelant ait été licencié le même jour que deux autres collègues originaires également d'Afrique Noire s'explique par le fait, une fois encore, que la direction souhaitait voir le travail accompli par une équipe plus motivée et assidue que ne l'étaient les intéressés; que ces derniers aient été tous trois de même origine tient à la fois du hasard et aussi du fait que les tâches qu'ils exerçaient sont - selon ce qui ressort des listes de personnel versées au dossier - souvent confiées à des personnes venues de l'étranger.

Pour l'ensemble de ces raisons, la Cour d'appel estime qu'il n'est pas démontré que le congé a été donné en raison de l'origine de l'appelant, et

qu'il n'est pas abusif. La décision entreprise doit donc être confirmée sur ce point.

3. En raison du montant litigieux proche de la limite inférieure imposée par le Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile et prud'homale (art. 42) et en raison du fait que l'appelant a très partiellement gain de cause, il ne sera pas perçu d'émolument.

**PAR CES MOTIFS**

**La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 2 ;**

A la forme :

Reçoit l'appel formé par T. \_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 29 octobre 2001 dans la cause C/4804/2001-2.

Au fond :

L'admet partiellement en ce sens que E. \_\_\_\_\_ est condamnée à payer à T. \_\_\_\_\_ 6'337 frs 50 bruts.

Dit que la partie qui en a la charge devra opérer sur cette somme toutes déductions légales et usuelles concernant les charges sociales.

Confirme pour le surplus le jugement précité.

Dit qu'il ne sera pas perçu d'émolument.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente