



E_____

à G_____

Madame T_____

Dom. élu: Me J.-F. WOODTLI
Rue Prévost-Martin 5
Case postale 60
1211 Genève 4

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 22 octobre 2007

M. Daniel DEVAUD, président
Mmes Lucile DUMONT-DIT-VOITEL et Suzanne BORGSTEDT-VOGT,
juges employeurs
MM Mohammad-Ali DAFTARY et Ivo VAN DOORNIK, juges salariés
M. Carola MASSATSCH, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 22 mars 2007, E_____ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 7 mars 2007 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 8 mars 2007 dont le dispositif est le suivant :

- condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 17'541.75 (dix sept mille cinq cent quarante-et-un francs et septante-cinq centimes) ;
- condamne E_____ à payer à T_____ la somme nette de fr. 16'000.- (seize mille francs) ;
- déboute les parties de toute autre conclusion ;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

a) E_____ conclut à ce que la Cour revoie les prétentions de T_____ concernant les heures supplémentaires. Selon lui, T_____ n'a accompli que 226.36 heures et non 554.5 heures. Il demande ainsi que le nombre d'heures supplémentaires retenu par le Tribunal des prud'hommes soit divisé par deux.

E_____ soutient en particulier que depuis qu'il exploite à nouveau directement l'épicerie avec son épouse, ils ont constaté qu'il n'y avait pratiquement plus de clients après 18 heures. Ils ferment désormais l'épicerie à 18 heures 30. Il se réfère également à un courrier électronique du 6 avril 2006 que lui a adressé A_____ duquel il ressort que dans le cadre de son contrat de travail à B_____ elle aurait effectué une dizaine de remplacement pour E_____ à l'épicerie de G_____, étant précisé que la copie de ce courrier contient une annotation manuscrite dont l'auteur n'est pas identifié indiquant "*janv. À juin 2004*". Il se réfère aussi à une note de C_____ datée du 3 juin 2006 selon laquelle cette dernière aurait travaillé à l'épicerie de G_____ le 3 janvier 2005 de 7 à 14 heures, le 11 janvier 2005 de 8 à 12 heures, le 20 janvier 2005 de 7 à 19 heures ainsi que les jeudis 3 février et 3 mars toute la journée.

Il demande également que l'indemnité de salaire pour empêchement de travailler soit ramenée de cinq à quatre mois. Enfin, E_____ demande la déduction de fr. 760.-, soit deux fois fr. 380.-, correspondant selon lui à la saisie de salaire qu'il aurait dû opérer en mains de l'Office des poursuites.

b) En réponse, T_____ conclut au déboutement de E_____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) E_____ exploite une entreprise individuelle sous la raison de commerce est «D_____, E_____ » et dont le but est l'exploitation d'une épicerie d'alimentation générale.

T_____ a été engagée par E_____, le 1^{er} octobre 2003, en qualité de vendeuse responsable de l'épicerie.

Son dernier salaire mensuel brut s'est élevé à fr. 4'000.-, payable treize fois l'an au pro rata de l'occupation.

Le contrat de travail prévoyait une durée hebdomadaire de travail de 40 heures réparties du lundi à 7h00 au dimanche à 12h30, selon des horaires variables. Les heures supplémentaires devaient être compensées par des heures de congé équivalentes dans les trente jours qui suivaient. Les vacances prévues pour les employés de plus de 50 ans étaient de 30 jours par année.

b) Durant toute la durée de son engagement, T_____ a travaillé le lundi, mardi, jeudi et vendredi de 7h00 à 12h30 et de 15h30 à 19h00, ainsi que le mercredi et le samedi de 7h00 à 12h30, soit 47 heures par semaine.

c) En 2005, T_____ a été mise au bénéfice d'une police d'assurance maladie collective conclue par son employeur auprès de l'Allianz Suisse Société d'Assurances.

d) Par lettre du 30 décembre 2005, T_____ a indiqué à E_____ qu'elle avait effectué 680 heures supplémentaires depuis le début de son engagement et qu'elle n'avait pas pu les compenser en congé comme le contrat de travail le prévoyait.

Elle l'a prié de lui faire une proposition écrite concernant ces heures supplémentaires.

E_____ a répondu, par lettre du 4 janvier 2006, qu'il avait compensé les heures supplémentaires par un congé à chaque fois qu'elle le lui avait demandé et que le nombre d'heures supplémentaires qu'elle réclamait, beaucoup trop élevé, ne correspondait pas à la réalité. Il lui a demandé de refaire ses calculs en prenant en compte le fait qu'à Genève, le 26 décembre et le 2 janvier n'étaient pas considérés comme des jours fériés.

e) Puis, par lettre du 26 janvier 2006, E_____ a informé T_____ qu'il avait décidé de modifier son contrat de travail fixe en un contrat de travail horaire, en raison de la conjoncture et des problèmes d'heures supplémentaires. Il lui a adressé un nouveau contrat de travail et l'a prié de bien vouloir signer et lui retourner le document.

Le nouveau contrat prévoyait un salaire horaire de fr. 20.- et une durée de travail en fonction des besoins du service, 5 jours par semaine, du lundi au dimanche inclus. Le délai de résiliation était de deux mois pour la fin d'un mois. Le contrat devait entrer en vigueur le 1^{er} avril 2006.

E_____ a indiqué à T_____ que si elle n'acceptait pas ce nouveau contrat, elle serait licenciée pour raisons économiques.

f) Par lettre de son conseil du 6 février 2006, T_____ a exposé qu'elle entendait obtenir satisfaction au sujet de ses heures supplémentaires et n'acceptait pas cette modification unilatérale de son contrat de travail.

En réponse, par courrier du 9 février 2006, E_____ a expliqué qu'il n'avait jamais contesté que T_____ avait fait des heures supplémentaires, mais que le nombre de 680 heures était exagéré. Il a relevé que T_____ avait compté 20 jours de travail par mois alors que chaque mois était différent. Il avait préféré modifier le contrat plutôt que de la licencier pour des raisons économiques et avait tenu compte du délai de congé de deux mois, qui serait prolongé en raison de l'arrêt de travail de T_____ . Il a confirmé qu'elle était libre d'accepter ou de refuser le

nouveau contrat, et qu'en cas de refus, l'ancien contrat prendrait fin à l'expiration du délai de congé.

Le 28 février 2006, T_____ a adressé à son employeur un certificat médical daté du 27 février 2006 et attestant d'une incapacité de travail à 100% dès le 6 février 2006 pour une durée probable jusqu'au 31 mars 2006. Par la suite, l'incapacité de travail de T_____ a été prolongée jusqu'au 31 octobre 2006.

g) Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 17 mars 2006, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 36'653.10 qui se décomposait comme suit :

- fr. 20'578.10 à titre d'heures supplémentaires et de pauses non prises ;
- fr. 4'000.- à titre de salaire du mois de février 2006 ;
- fr. 75.- à titre de prime d'assurance-maladie prélevée sans droit ;
- fr. 12'000.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

A l'appui de sa demande, elle a expliqué qu'elle avait effectué 554.5 heures supplémentaires depuis son engagement, qui n'avaient jamais été compensées ni payées par son employeur, et qu'elle avait droit à ce titre à un montant de fr. 17'328.10. En outre, elle n'avait pas pris les pauses de quinze minutes auxquelles elle avait droit, et réclamait à ce titre un montant de fr. 3'250.-. Par ailleurs, son employeur avait prélevé sans droit sur son salaire du mois de janvier 2006 un montant de fr. 75.-. Son salaire du mois de février 2006 ne lui avait pas été payé. Elle a exposé que E_____ lui avait proposé une modification unilatérale de son contrat de travail après qu'elle ait fait valoir ses prétentions concernant ses heures supplémentaires, et que cette manière de procéder devait être considérée comme un licenciement abusif. T_____ a notamment produit un relevé d'heures supplémentaires pour les années 2003, 2004 et 2005.

T_____ a réclamé en outre le paiement de son salaire du mois de mars 2006 et a mentionné avoir droit également à 90 jours de protection dus à la maladie. Elle a réservé le problème de la perte de gain, qui n'avait pas été réglé avec E_____. Elle a exposé qu'à l'époque de son engagement et par la suite, F_____, épouse de E_____, avait été enceinte à deux reprises, et que dans ce contexte, il lui avait été

impossible de demander à compenser ses heures supplémentaires. Elle les avait cependant noté dans un agenda. Elle avait demandé en décembre 2005 un nouvel aménagement d'horaires et la possibilité de récupérer ses heures supplémentaires. Son absence du mois de janvier 2006 correspondait aux vacances auxquelles elle avait droit pour l'année 2006.

Par lettre du 28 juin 2006, T_____ a chiffré ses prétentions additionnelles, dans l'hypothèse où son incapacité de travail cesserait au 30 juin 2006, et a conclu qu'elle était pour le moins fondée à solliciter la condamnation E_____ au paiement de fr. 24'000.- à titre de salaire pour les mois de mars à août 2006. Elle a exposé qu'elle avait été admise sans restriction dans une assurance maladie collective perte de gain auprès de l'Allianz Suisse Société d'Assurances, et que celle-ci avait été annulée avec effet au 1^{er} janvier 2006, par la seule faute de E_____. Elle avait donc droit à l'intégralité de son salaire au cours de sa maladie. T_____ a également produit l'agenda qu'elle avait tenu du mois d'octobre 2003 au mois de décembre 2005.

h) En réponse, E_____ a exposé que T_____ avait effectué des heures supplémentaires, mais pas dans la proportion qu'elle avait indiquée. Elle n'avait pas pris en compte les congés qu'elle avait pris. Il a reconnu qu'elle avait effectué 200 heures supplémentaires. Il a contesté qu'elle n'avait pas pris ses pauses. Il a mentionné qu'il était en discussion avec son assurance concernant l'assurance maladie collective et qu'il attendait une réponse. Il n'avait pas résilié le contrat de manière abusive, mais avait procédé à sa modification en tenant compte du délai de congé de deux mois. E_____ a notamment produit le bouclage des comptes de l'entreprise pour l'année 2004 établi le 3 octobre 2005 par Wirtschafts-Treuhand AG.

E_____ a encore expliqué qu'il avait proposé une modification du contrat de travail de T_____ en raison d'une baisse du chiffre d'affaires significative suite aux travaux effectués à côté de son commerce. Il a reconnu que T_____ avait effectué 5 heures supplémentaires par semaine, soit au total 200 heures supplémentaires, si l'on tenait compte des jours compensés et des pauses. Il a estimé que T_____ avait travaillé en tout 574 jours.

i) Par lettre du 20 mars 2006, Allianz Suisse Société d'Assurances a indiqué à E_____ que le contrat perte de gain en cas de maladie qu'il avait conclu avait été annulé au 1^{er} janvier 2006 en raison du non-paiement de la prime, et que le cas de maladie de T_____ n'était pas couvert.

En date du 28 novembre 2006, le Tribunal des prud'hommes a imparti un délai à E_____ pour produire la police d'assurance No_____ contractée auprès d'Allianz Suisse Société d'Assurances, ainsi que ses conditions générales. Celui-ci ne s'est pas exécuté.

j) Les premiers juges ont entendu quatre témoins qui ont expliqué ce qui suit :

- H_____, cliente de l'épicerie "D_____", a indiqué qu'elle se rendait quotidiennement dans celle-ci. Elle a aussi indiqué qu'elle croyait que l'épicerie fermait à 19 heures et qu'elle y avait vu T_____ à cette heure.

Selon elle, la clientèle de l'épicerie a baissé pendant les travaux mais, dès le départ de T_____, la clientèle a encore diminué.

- I_____, également cliente de l'épicerie "D_____", a expliqué qu'elle fréquentait l'épicerie où elle rencontrait T_____. Selon elle le commerce était ouvert le matin entre 7 heures 30 ou 8 heures et 12 heures ou 12 heures 15. Il était ouvert l'après-midi entre 15 heures 30 et 18 heures 30 ou 19 heures. Toujours selon elle, du temps où T_____ travaillait dans ce commerce elle l'y voyait. Dès le moment où T_____ a commencé à travailler pour l'épicerie, celle-ci a vu croître sa fréquentation. Son départ a entraîné une baisse de clientèle. T_____ était aimable et très professionnelle.
- J_____, vendeur, a remplacé T_____ dans l'épicerie "D_____" . Il a indiqué qu'après le départ de T_____ il avait retrouvé des produits dont les dates de commercialisation étaient périmées. Il a aussi indiqué que la clientèle de l'épicerie avait diminué sans pouvoir dire si cette diminution était imputable aux travaux ou au départ de T_____.

- F_____, épouse de E_____, a expliqué qu'elle n'avait pas constaté d'augmentation du chiffre d'affaires depuis l'arrivée de Jeanine MIEGE. En revanche, après le départ de T_____, F_____ a constaté une augmentation du chiffres d'affaires.

Elle a aussi expliqué avoir remplacé T_____ lors de ses congés. C'est elle qui a repris le commerce depuis le 24 avril 2006.

Selon F_____, T_____ a eu une attitude très négative lorsqu'ils ont décidé de changer de fournisseurs, elle critiquait la marchandise et disait que les client ne l'appréciaient pas.

- F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 56 de la Loi sur la juridiction des Prud'hommes (LJP), l'appel est formellement recevable.
2. Sans remettre en cause le raisonnement des premiers juges au sujet des heures supplémentaires, l'appelant conteste en premier lieu le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'intimée. Selon lui, elle n'aurait effectué que 226.36 heures supplémentaires en lieu et place des 554.5 heures retenues par les premiers juges. Il explique que depuis que son épouse a repris l'exploitation de l'épicerie, ils ont constaté qu'il n'y avait pratiquement plus de clients à partir de 18 heures. Ils ont ainsi décidé de fermer l'épicerie à 18 heures 30.
 - 2.1. A teneur de l'article 321c 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). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

2.2 Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I, p. 629 ; cf. AUBERT, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 *ad* art. 321c CO, p. 1689).

Cependant, le juge doit se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si les circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé, et non simplement rendu vraisemblable, que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. D'autre part, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période et non annoncées ne doivent pas être indemnisées à moins que l'employeur ne les ait approuvées (KNEUBÜHLER-DIENST, *Überstunden in* Arbeitsrecht in der Verbandspraxis, 1993, pp. 147, 148 et 161, et les références citées ; CAPH du 20 octobre 1993 en la cause VI/853/92).

2.3 Selon l'article 8 du Code civil (ci-après CC), chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 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). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003 ; ATF 114 II 289, consid. 2a).

A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais

également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

2.4 Les déclarations écrites émanant de personnes étrangères au procès et qui se limitent à attester des faits pour les besoins de la cause sont sans aucune portée probante quelconque (à l'inverse du nouveau droit de procédure civile française, qui prévoit dorénavant la possibilité de produire de telles attestations en lieu et place de dépositions orales [art. 199 ss NCPC] et du système anglo-saxon des «affidavits»); la partie à laquelle une telle déclaration est opposée n'a pas l'obligation d'en contester le contenu. Ce procédé se heurte en effet aux dispositions impératives de la loi en matière de preuve testimoniale (art. 215 ss, notamment 230 à 234 LPC; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise., n. 4 ad art. 186 LPC).

En effet, à l'exception des cas où la déposition d'un témoin peut être recueillie par voie de commission rogatoire, la procédure civile genevoise ne connaît qu'une seule forme de témoignage, celle par laquelle le témoin se présente en personne devant le juge saisi de la cause et apporte oralement sa déposition. Toute autre forme est exclue. La déposition faite par écrit ou les propos recueillis par une autre personne que le juge (notaire, huissier, détective, etc.; SJ 1948 p. 492 et 493, 1963 p. 312) n'ont aucune valeur de témoignage (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 ad art. 222 LPC).

Le témoin est une personne en présence de qui s'est accompli un fait et qui est appelée à l'attester en justice (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 3 ad art. 222 LPC).

3. En l'occurrence, sur la base de l'ensemble du dossier, particulièrement des enquêtes, les premiers juges sont arrivés à la conclusion que l'intimée travaillait les lundi, mardi, jeudi et vendredi de 7h00 à 12h30 et de 15h30 à 19h00, ainsi que les mercredi et samedi de 7h00 à 12h30 soit 47 heures par semaine alors que son contrat de travail prévoyait une durée hebdomadaire de travail de 40 heures. Sur cette base, ils ont établi que l'intimée avait effectué 7 heures supplémentaires par semaine du 1^{er} octobre 2003 au 4 février 2006. L'intimée ayant admis avoir compensé une partie de ses heures supplémentaires, les premiers juges ont finalement retenu que celle-ci avait droit au paiement de 554.5 heures.

Pour les motifs exposés sous chiffre 2.4, il y a lieu d'écarter le courrier électronique du 6 avril 2006 d'A_____ et la note de C_____ du 3 juin 2006, la teneur de ces documents n'ayant pas été confirmée sous serment.

L'appelant soutient que depuis qu'il exploite à nouveau directement l'épicerie avec son épouse, ils ont constaté qu'il n'y avait pratiquement plus de clients après 18 heures. Ils ferment désormais l'épicerie à 18 heures 30. Il demande que le nombre d'heures supplémentaires retenu par le Tribunal des prud'hommes soit divisé par deux.

Le fait que depuis le départ de l'intimée l'épicerie est fermée à 18 heures 30 n'est pas propre à prouver que du temps où l'épicerie était tenue par l'intimée celle-ci fermait déjà à la même heure qu'aujourd'hui. Cet élément ne remet pas en cause l'appréciation des premiers juges - fondée pour l'essentiel sur les enquêtes - selon laquelle du temps de l'intimée l'épicerie fermait à 19 heures. Il en découle que le calcul des heures effectué par le Tribunal des prud'hommes sera confirmé.

4. Sans critiquer le raisonnement juridique des premiers juges, l'appelant demande encore que l'indemnité de salaire pour cause de maladie soit ramenée de cinq à quatre mois de salaire.

L'appelant ne conteste ni le droit de l'intimée à son salaire pendant son incapacité de travail du 6 février au 30 juin 2006 ni non plus le fait que l'Allianz a refusé de couvrir la maladie de celle-ci en raison du non-paiement de la prime qu'il devait.

L'appelant ne soutient pas davantage que la couverture d'assurance conclue avec l'Allianz offrait des prestations différentes de celles prévues par le régime légal.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de revoir l'indemnité fixée par le Tribunal des prud'hommes à ce titre, le raisonnement juridique suivi par ce dernier ne souffrant d'aucune critique.

5. Enfin, l'appelant conclut à la déduction de fr. 760.-, soit deux fois fr. 380.-, correspondant selon lui à la saisie de salaire de l'intimée payée en mains de l'Office des poursuites.

L'appelant n'a cependant pas établi que la saisie de salaire opérée par l'Office des poursuites était encore en vigueur.

Il en découle que l'appelant sera également débouté de cette conclusion.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme

Reçoit l'appel déposé par E_____ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 7 mars 2007 et notifié aux parties le 8 mars 2007 en la cause n° C/6719/2006-3.

Au fond

Confirme ledit jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président