



Monsieur T \_\_\_\_\_

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Serge FASEL  
Rue du XXXI Décembre 47  
1207 Genève

**Partie appelante sur appel principal  
et partie intimée sur appel incident**

**Partie intimée sur appel principal et  
partie appelante sur appel incident**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 20 décembre 2006

M. Daniel DEVAUD, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Mohammad-Ali DAFTARY, juges salariés

M. Samuel BRÜCKNER, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 27 mars 2006, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 21 février 2006 et expédié pour notification par pli LSI du 27 février 2006, lequel jugement condamne E\_\_\_\_\_ SA à lui payer la somme brute de fr. 2'723.80, avec intérêt moratoires de 5% l'an dès le 22 octobre 2003, et à établir et lui délivrer un certificat de travail indiquant que les rapports de travail ont pris fin le 22 octobre 2003.

L'appelant conclut à l'annulation du jugement entrepris et à la condamnation de E\_\_\_\_\_ SA à lui payer la somme de fr. 10'638.10.

B. E\_\_\_\_\_ SA a, par acte déposé au greffe de la Juridiction le 3 mai 2006, répondu et formé appel incident. E\_\_\_\_\_ SA conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il la condamne à payer à T\_\_\_\_\_ fr. 2'723.80, avec intérêts moratoires de 5% l'an dès le 22 octobre 2003, et à établir et délivrer un certificat de travail.

C. Les faits suivants résultent de la procédure.

a) E\_\_\_\_\_ SA (ci-après E\_\_\_\_\_ ) est une entreprise dont le but est l'exercice de toutes activités en rapport avec le départ du trafic aérien et des passagers ainsi que l'expédition des bagages, du courrier et du fret.

Son siège principal est à X\_\_\_\_\_ et sa succursale genevoise enregistrée à Y\_\_\_\_\_.

b) En date du 15 novembre 2001, E\_\_\_\_\_ a déposé auprès de l'Office cantonal de la population (ci-après OCP) une demande d'autorisation de séjour

avec activité lucrative pour T\_\_\_\_\_, ressortissant burundais. Le formulaire précise les éléments suivants :

« - Activité exercée : Homme de Piste  
- Horaire de travail : 15 hrs / sem.  
- Salaire brut AVS : 19.-- / heure »

L'autorisation, validant la demande, porte la mention (tampon complété à la main) « Autorisation limitée à 15 h. / semaine » et « Autorisation délivrée jusqu'à droit connu sur la demande d'autorisation de séjour » et a été délivrée pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 2001 au 30 novembre 2002.

c) T\_\_\_\_\_ a signé, avec E\_\_\_\_\_, en date du 21 novembre 2001, les "Condition d'emploi concernant les employées temporaires occasionnelles/employés temporaires occasionnels" (ci-après "Condition d'emploi"). Il ressort de ce document qu'il déploie ses effets entre les parties du 1<sup>er</sup> décembre 2001 au 30 avril 2002 et que toute prolongation ou résiliation doit se faire sous forme écrite (art. 4). Le salaire horaire s'élève à fr. 17.17 auxquels s'ajoutent fr. 1.83 afférent aux vacances, soit un salaire horaire brut de fr. 19.- (art. 6). L'article 6.1 précise que l'indemnité pour la disponibilité sur appel est incluse dans le salaire prévu pour l'activité principale selon l'article 6. De plus, l'article 13, dernier de la convention, précise « [qu']une fois encore et très consciemment, l'employée/employé prend connaissance du fait que ni l'employeur n'est tenu de lui assigner un travail, ni l'employée/l'employé n'est tenu/tenue d'accepter un travail qui lui est proposé ».

d) Le 21 juin 2002, les parties ont signé un nouveau document "Condition d'emploi" valable du 1<sup>er</sup> juillet 2002 au 31 août 2002, par ailleurs en tout point identique à celui du 21 novembre 2001.

e) En date du 16 août 2002, E\_\_\_\_\_ a requis de l'OCP un renouvellement de l'autorisation de séjour pour une durée de douze mois. Cette demande contient les mêmes éléments que celle du 15 novembre 2001.

L'autorisation a été délivrée pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2002 au 30 novembre 2002 et porte également la mention (tampon complété à la main) « Autorisation limitée à 15 h. / semaine ».

Le 16 août 2002 également, les parties ont signé un nouveau document "Condition d'emploi". Il n'est pas fait mention de la durée de validité. Les articles 5 et 5.1 reprennent les termes de l'article 6 respectivement 6.1 des précédentes "Condition d'emploi" de même que l'article 11 reprend ceux de l'article 13. L'article 8, concernant le maintien du paiement du salaire en cas d'absences n'est pas repris. Selon le courrier adressé le 20 août 2002 par E \_\_\_\_\_ à T \_\_\_\_\_, ce nouvel accord prend effet le 1<sup>er</sup> septembre 2002.

f) Le 30 octobre 2002, E \_\_\_\_\_ a demandé à l'OCP le renouvellement de l'autorisation de séjour de T \_\_\_\_\_. Le formulaire contient les mêmes éléments que les deux précédentes demandes.

L'autorisation a été renouvelée le 13 novembre 2002, pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 2002 au 30 novembre 2003 « sous réserve du renouvellement du permis B » et porte l'indication manuscrite « 15 h. / semaine ».

g) Par courrier du Syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs (ci-après SIT), T \_\_\_\_\_ a demandé le paiement de différences de salaires, expliquant que le tarif mentionné sur les autorisations de l'OCP s'entendait sans le supplément afférent aux vacances.

Par lettre du 17 juillet 2003, E \_\_\_\_\_ a rejeté la demande de T \_\_\_\_\_ arguant du fait que les contrats soumis à l'OCP avec la demande prévoient clairement un salaire horaire de fr. 17.17 plus un supplément afférent aux vacances de fr. 1.83.

h) E \_\_\_\_\_ a transmis le 13 octobre 2003 à T \_\_\_\_\_, pour vérification et soumission à l'OCP, la demande de renouvellement de l'autorisation pour une durée de douze mois.

i) Par courrier du 22 octobre 2003, T\_\_\_\_\_ a démissionné avec effet immédiat au motif que E\_\_\_\_\_ ne lui assurait pas toujours les quinze heures de travail hebdomadaires prévues par les autorisations de séjours successives. De plus, il réclamait fr. 6'850.- représentant 398 heures de travail que son employeur ne lui avait pas fournies, de son engagement le 1<sup>er</sup> décembre 2001 à sa démission.

Le 28 octobre 2003, E\_\_\_\_\_ a accepté, par courrier, la démission et fixé la date de la fin des rapports de travail au 20 septembre 2003, dernier jour de travail effectif.

j) Le SIT a adressé ce même 28 octobre une lettre à l'OCP afin de savoir si l'office avait eu connaissance du contenu relatif au salaire des "Conditions d'emploi" au moment de délivrer les différentes autorisations de séjour.

L'OCP a répondu, le 7 novembre 2003, qu'il n'avait « jamais été en possession du contrat de travail établi par E\_\_\_\_\_ SA ».

Par courrier du 29 octobre 2003, T\_\_\_\_\_ a indiqué à E\_\_\_\_\_ qu'il avait démissionné le 22 octobre 2003, et non le 20 septembre 2003, et que partant son salaire lui était dû jusqu'à cette date.

E\_\_\_\_\_ a rejeté ces prétentions le 7 novembre suivant.

Les parties ont maintenu leurs positions dans leurs courriers ultérieurs.

k) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 29 mars 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ SA en paiement de fr. 10'638.10, plus intérêts moratoires de 5% l'an au 22 octobre 2003, somme se décomposant comme suit :

- fr. 2'907.80 à titre de solde de salaire de décembre 2001 à avril 2002 ;
- fr. 7'730.30 à titre de solde de salaire de juillet 2002 au 22 octobre 2003.

Par ailleurs, il demande un certificat de travail mentionnant que la date de fin des rapports de travail est le 22 octobre 2003.

l) En réponse, E\_\_\_\_\_ a conclu, au déboutement de T\_\_\_\_\_. Selon elle, les contrats de travail auxiliaire ou occasionnel, qui avaient été soumis à l'OCP, détaillaient de manière précise la rémunération horaire, fr. 17.17 plus fr. 1.83 afférent aux vacances. Par ailleurs, en application de ces contrats, elle n'était pas tenue d'offrir du travail, *a fortiori* quinze heures par semaine, à T\_\_\_\_\_ ni ce dernier tenu d'accepter les plannings proposés, la durée mentionnée dans les autorisations étant un maximum.

m) A l'audience du 7 novembre 2005, les parties ont persisté dans leurs conclusions. E\_\_\_\_\_ a précisé que T\_\_\_\_\_ avait travaillé sous deux types de contrats différents, à savoir d'abord un contrat d'auxiliaire saisonnier et un contrat d'auxiliaire à l'année. Le taux d'activité dépend des besoins de l'entreprise et de la disponibilité de l'employé. Un planning horaire est établi et distribué aux employés le 15 du mois pour le mois suivant.

D. T\_\_\_\_\_ reproche au Tribunal d'avoir retenu que la durée figurant sur les autorisations de travail était un maximum. Selon lui, dans la mesure où comme l'a retenu le Tribunal, l'OCP n'a pas eu connaissance des "Conditions d'emploi", cette durée doit être considérée comme contractuelle. T\_\_\_\_\_ relève que l'autorisation de travail pour une durée de quinze heures hebdomadaires et limitée à E\_\_\_\_\_ l'empêchait de demander l'autorisation de travailler pour une autre entreprise son statut d'étudiant lui interdisant de travailler plus de vingt heures par semaine. Il conclut à l'annulation du jugement entrepris et reprend ses conclusions de première instance.

E. E\_\_\_\_\_ a répondu et formé appel incident. Tout en contestant la position de T\_\_\_\_\_, elle reproche au Tribunal d'avoir retenu que l'OCP n'avait jamais pris connaissance des "Condition d'emploi" dans la mesure où le contrat de travail est une annexe nécessaire à la demande. En conséquence, la part relative aux vacances était bel et bien comprise dans le montant de fr. 19.- indiqué sur les

autorisations et sa condamnation à payer à T\_\_\_\_\_ une somme à titre de salaire afférent aux vacances ne se justifie pas.

Par ailleurs, le Tribunal a, à tort, fixé la date de fin des rapports de travail au 22 octobre 2003 sans pour autant avoir qualifié le contrat de travail. Selon E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ était au bénéfice d'un contrat d'auxiliaire et dès lors, le rapport de travail à pris fin au terme de la dernière mission qui lui avait été confiée, soit le 20 septembre 2003. Partant, le Tribunal n'était pas en droit de la condamner à payer un salaire à T\_\_\_\_\_ pour la période du 20 septembre au 22 octobre 2003.

E\_\_\_\_\_ conclut au rejet de l'appel principal, et à l'annulation du jugement entrepris.

F. T\_\_\_\_\_ n'a pas répondu à l'appel incident.

G. A l'audience du 15 août 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

a) T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir contrôlé la concordance entre les fiches de salaires et les soldes horaires. Il a également dit ignorer pourquoi la période mentionnée en tête du document couvre uniquement le mois de décembre 2001 alors que les données concernent les mois de décembre 2001 à avril 2002 et la période du 1<sup>er</sup> juillet 2002 au 8 juillet 2003.

T\_\_\_\_\_ a produit et remis à la Cour les fiches de salaires pour les mois de juillet, août et septembre 2003.

Il a expliqué à la Cour qu'il recevait un mois à l'avance le planning indiquant les horaires où il devait venir travailler et a remis à la Cour le planning du mois de juillet 2003. A l'inverse de celui du mois de septembre 2003, il comporte des indications dactylographiées concernant le temps où il devait travailler pour un total de 81 heures et 45 minutes. T\_\_\_\_\_ a indiqué qu'avant le mois de septembre 2003, de telles indications figuraient sur les plannings. Il arrivait

cependant que l'horaire inscrit ne soit pas totalement effectué ou qu'il soit appelé au dernier moment pour résoudre un problème ponctuel.

De décembre 2001 à avril 2002, il était prévu qu'il travaille le week-end. Il se présentait chaque samedi à 7 heures et quittait son poste lorsqu'on le lui disait. On lui indiquait également s'il devait venir travailler le dimanche. En juillet et août 2002, il se présentait tous les jours sauf lorsqu'il lui avait été dit la veille qu'il n'y aurait pas de travail. Il n'a pas reçu de planning pendant cette période.

T \_\_\_\_\_ a également indiqué qu'il n'a appris qu'après septembre 2002, sans toutefois se souvenir du moment exact, l'existence des plannings. Il arrivait également qu'il n'y ait pas suffisamment d'exemplaires du planning à disposition, en particulier s'il ne travaillait pas le jour où ils étaient mis en circulation. Selon lui, les zones grisées sur les plannings concernent non pas les périodes où les collaborateurs sont indisponibles mais celles où l'entreprise n'envisage pas de les employer.

b) E \_\_\_\_\_ a précisé que les plannings étaient établis pour une période de quinze jours et affichés sur un tableau destiné aux collaborateurs dix jours avant la période concernée et que les pièces versées à la procédure, à titre d'exemple, concernent les mois de septembre et d'octobre 2003 pour les employés auxiliaires. Ces documents indiquent dans leurs zones blanches les périodes où les collaborateurs peuvent être amenés à travailler.

Les annotations manuscrites sur les documents indiquent l'heure à laquelle le travailleur a commencé son travail. S'il n'y a pas d'annotation, le travailleur n'a pas travaillé. La durée de travail prévue ne ressort pas des annotations manuscrites mais était indiquée au collaborateur par téléphone dans les jours qui suivaient l'affichage du planning. Les employés auxiliaires pouvaient également être appelés pour un remplacement de dernière minute.

E \_\_\_\_\_ a également indiqué ne pas savoir si T \_\_\_\_\_ avait demandé à ne pas travailler ou travailler de manière réduite aux mois de novembre 2002 et mai 2003. Elle pensait qu'il avait travaillé un nombre d'heures supérieures à

l'autorisation en juillet, août 2002, janvier et mars 2003 en raison de la surcharge de travail saisonnière rencontrée par l'entreprise.

H. Suite à cette audience, la Cour, par ordonnance du 16 août 2006, a préparatoirement:

1. « invité E\_\_\_\_\_ à produire au greffe de la Juridiction des prud'hommes, d'ici au 5 septembre 2006, pour les mois de décembre 2001 à avril 2002 et de juillet 2002 à octobre 2003, les documents suivants en tant qu'ils concernent T\_\_\_\_\_ :

- tout document relatif à la planification des horaires (documents à l'attention des collaborateurs les informant de leurs horaires à venir) ainsi que toute explication nécessaire à leur compréhension (p. ex. légende, définitions des abréviations);
- tout document relatif au travail réellement effectué, notamment les relevés de pointage ainsi que toute explication nécessaire à leur compréhension (p. ex. légende, définitions des abréviations);
- les fiches de salaire ;

2. invité E\_\_\_\_\_ à déposer au greffe de la Juridiction des prud'hommes dans le même délai tout commentaire ou information qu'elle jugera utile au sujet desdits documents ;

3. invité T\_\_\_\_\_, dès réception des documents produits par E\_\_\_\_\_ mais d'ici au 20 septembre 2006 à déposer au greffe de la Juridiction des prud'hommes tout commentaire ou information qu'il jugera utile au sujet desdits documents ;

4. ordonné la comparution personnelle des parties pour le mardi 26 septembre 2006 à 18h30 en salle G2. »

I. Seuls les plannings de juillet 2002 à octobre 2003 ont été produits, l'entreprise invoquant un manque de temps pour retrouver ces documents. E\_\_\_\_\_ a par ailleurs fourni les relevés de pointage et les fiches de salaire pour l'ensemble de

la période demandée. En accompagnement de ses pièces, E\_\_\_\_\_ a indiqué que les annotations manuscrites devaient être comprises comme suit :

- « OFF » signifie que le travailleur devait se présenter mais a demandé à ne pas travailler ;
- les horaires ajoutés signifient que le travailleur, bien que non planifié, a demandé à travailler et a été employé.

T\_\_\_\_\_ a contesté l'interprétation faite par E\_\_\_\_\_ des indications figurant sur les plannings. Selon lui, l'aspect des cases des plannings – blanc pour disponible, gris pour non disponible – indique uniquement le choix opéré par l'entreprise d'appeler, potentiellement, un travailleur ou non et pas des disponibilités communiquées par le travailleur. La mention « AV » indique, selon lui, que le collaborateur est disponible et peut-être appelé à travailler.

J. À l'audience du 26 septembre 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

a) E\_\_\_\_\_ a indiqué que l'abréviation « AV », signifiant « *available* » et figurant sur les plannings indique que la collaborateur est considéré comme disponible, en fonction de jours de travail convenus et d'ententes préalables.

T\_\_\_\_\_ a contesté qu'il y ait jamais eu entente préalable avec E\_\_\_\_\_ quant aux jours de travail.

b) E\_\_\_\_\_ a également précisé que la pratique de l'entreprise consiste à accorder une pause de trente minutes, lorsque le travail dure moins de cinq heures, d'une heure au-delà. Les pauses ne sont pas payées.

T\_\_\_\_\_ a également contesté cette affirmation et expliqué que les pauses étaient prises sur ordre, entre deux vols et que soixante minutes étaient automatiquement déduites du temps de travail lorsque celui-ci durait plus de sept heures.

c) Finalement, E\_\_\_\_\_ a expliqué que l'heure d'arrivée est manuscrite lorsque le collaborateur n'était pas prévu, lors de l'élaboration du planning, mais qu'il a été sollicité par la suite.

K. A la suite de quoi la cause a été gardée à juger.

L. Les éléments suivants ressortent des informations reçues en appel :

- T\_\_\_\_\_ a travaillé 130 jours pour E\_\_\_\_\_ ;
- la durée d'occupation journalière moyenne est de sept heures et vingt-neuf minutes ;
- T\_\_\_\_\_ a été planifié 74 fois avec la mention « AV » (*available*) mais sans horaire déterminé ;
- la durée d'occupation moyenne des jours marqués « AV » est de huit heures et douze minutes ;
- à l'exception des mois de juillet 2002, août 2002 et juillet 2003, T\_\_\_\_\_ a presque exclusivement travaillé pour E\_\_\_\_\_ le week-end.

Par ailleurs, les jours où T \_\_\_\_\_ n'a pas travaillé l'entier du temps planifié sont les suivants : <sup>1</sup>

<i>Temps de travail (heures)</i>	<i>planifié</i>	<i>effectif</i>	<i>dif.</i>	<i>Temps de travail (heures)</i>	<i>planifié</i>	<i>effectif</i>	<i>dif.</i>
dim 9 décembre 01	8,6 *	0	8,6	sam 28 septembre 02	9,25	6,75	1,5
sam 15 décembre 01	8,6 *	0	8,6	dim 29 septembre 02	7	6,85	0,15
dim 16 décembre 01	8,6 *	0	8,6	dim 8 décembre 02	7	6,83	0,17
dim 30 décembre 01	8,6 *	5,5	3,1	dim 15 décembre 02	7	6,83	0,17
dim 6 janvier 02	8,6 *	0	8,6	dim 22 décembre 02	7	5,48	1,52
dim 13 janvier 02	8,6 *	5	3,6	dim 5 janvier 03	8,2 ***	6,07	2,13
dim 20 janvier 02	8,6 *	0	8,6	dim 12 janvier 03	8,2 ***	6,22	1,98
dim 3 février 02	8,6 *	4,17	4,43	dim 19 janvier 03	8,2 ***	6,5	0,7
dim 10 février 02	8,6 *	5	3,6	dim 26 janvier 03	8,2 ***	5	3,2
dim 17 février 02	8,6 *	0	8,6	dim 2 février 03	8,2 ***	6,5	1,7
dim 24 février 02	8,6 *	0	8,6	dim 9 février 03	8,2 ***	6,07	2,13
dim 3 mars 02	8,6 *	0	8,6	dim 16 février 03	8,2 ***	6,5	1,7
dim 17 mars 02	8,6 *	0	8,6	dim 23 février 03	8,2 **/ ***	0	8,2
dim 24 mars 02	8,6 *	5,5	3,1	dim 2 mars 03	8,2 ***	6,5	1,7
dim 31 mars 02	8,6 *	5,5	3,1	dim 9 mars 03	8,2 ***	6,5	1,7
dim 7 avril 02	8,6 *	5,5	3,1	dim 16 mars 03	8,2 ***	6,25	1,95
jeu 4 juillet 02	5,25	2,9	2,35	dim 23 mars 03	8,2 ***	6	2,2
dim 7 juillet 02	7	5	2	dim 30 mars 03	8,2 ***	6,5	1,7
dim 14 juillet 02	7	6,7	0,3	dim 6 avril 03	8,2 ***	5,63	2,57
lun 15 juillet 02	5,25	5,1	0,15	dim 13 avril 03	8,2 ***	7	1,2
mar 16 juillet 02	5,25	5,12	0,13	dim 20 avril 03	8,2 ***	3,75	4,45
dim 21 juillet 02	7	6,85	0,15	sam 26 avril 03	8,2 ***	0	8,2
mer 24 juillet 02	5,25 **	0	5,25	dim 27 avril 03	8,2 ***	0	8,2
jeu 25 juillet 02	5,25	5,18	0,07	sam 3 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
dim 28 juillet 02	7	6,67	0,33	dim 4 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
jeu 1 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 10 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
ven 2 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 11 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
dim 4 août 02	7	6,55	0,45	dim 18 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
lun 5 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 24 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
mar 6 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 25 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
ven 9 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 31 mai 03	8,2 **/ ***	0	8,2
lun 12 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 1 juin 03	8,2 **/ ***	0	8,2
mer 14 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 7 juin 03	8,2 **/ ***	0	8,2
ven 16 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 8 juin 03	8,2 **/ ***	0	8,2
lun 19 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 14 juin 03	8,2 **/ ***	0	8,2
mer 21 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 15 juin 03	8,2 **/ ***	0	8,2
jeu 22 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 22 juin 03	6,5	6,2	0,3
ven 23 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 2 août 03	8,2 ***	6,25	0,95
mar 27 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 3 août 03	8,2 ***	4	4,2
mer 28 août 02	5,25 **	0	5,25	sam 9 août 03	8,2 ***	6,33	0,87
jeu 29 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 10 août 03	8,2 ***	0	8,2
ven 30 août 02	5,25 **	0	5,25	dim 17 août 03	8,2 ***	6,25	0,95
sam 7 septembre 02	9,25	7	2,25	dim 24 août 03	8,2 ***	5,9	2,3
dim 8 septembre 02	7 **	0	7	dim 31 août 03	8,2 ***	6,5	0,7
sam 14 septembre 02	9,25	6,5	1,75	dim 7 septembre 03	8,2 ***	4	4,2
sam 21 septembre 02	9,25	7	2,25	sam 13 septembre 03	8,2 ***	6,5	0,7
				dim 14 septembre 03	8,2 ***	0	8,2
				sam 20 septembre 03	8,2 ***	6,5	0,7
					<b>Total</b>	<b>416,05</b>	

<sup>1</sup> Les durées ont été retenues selon la méthode exposée au point 3.4 *EN DROIT*.

\* pas de planning disponible pour ce jour - \*\* jours marqués « OFF » de manière manuscrite - \*\*\* jours marqués « AV ».

M. Les arguments des parties sont repris ci-dessous en tant que besoin.

### **EN DROIT**

1. Interjetés dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59, 61 et 62 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel et l'appel incident sont recevables.

2. Il n'est pas contesté que les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319ss. du Code des obligations (ci-après CO). La qualification exacte de ce contrat fait en revanche l'objet de divergences. L'appelant invoque que le contrat conclu est de durée déterminée prévoyant une durée de travail hebdomadaire de quinze heures. L'intimée prétend qu'il s'agit d'un contrat de travail occasionnel ou auxiliaire.

2.1. Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1<sup>er</sup> CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance ; ATF 125 III 435, consid. 2a ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; ATF 118 II 342, consid. 1a ; ATF 112 II 245, consid. II/1c).

Le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (ATF 127 III 444, consid. 1b ; ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF 115 II 264, consid. 5a). Selon la jurisprudence, il convient de ne pas attacher une importance décisive au sens des mots, même clairs, utilisés par les

parties (abandon de la « *Eindeutigkeitsregel* ») ; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire et indiscutable à première vue, il peut résulter du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que la lettre ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 128 III 212, consid. 2b/bb et 3c, p. 221 ; ATF du 28 février 2002 en la cause 5C.305/2001, consid. 4b ; ATF 127 III 444, consid. 1b ; ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF du 9 juillet 1998 en la cause 4C.436/1997, consid. 2 ; ATF du 2 mars 1998 en la cause 4C.24/1997, consid. 1c ; Chappuis, Le texte clair du contrat, *in* Pour un droit pluriel, 2002, pp. 3 ss). Finalement, et à titre subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'un des cocontractants, ainsi les conditions générales pré formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës (« *in dubio contra stipulatorem* » ; « *Unklarheitsregel* ») (ATF du 17 septembre 2002 en la cause 5C.134/2002 ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; ATF 119 II 368, consid. 4b ; ATF 118 II 342, consid. 1a).

2.2. Tant la jurisprudence que la doctrine différencient le contrat de travail occasionnel du contrat de travail sur appel. Le premier se caractérise par le fait que l'employeur n'a pas d'obligation de faire appel au travailleur et que ce dernier n'est pas tenu d'accepter un travail qui lui est proposé. Chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée qui prend fin par la simple expiration de l'engagement prévu (JAR 1986/7 ; Wylér, Droit du travail et jurisprudence récente : aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux, *in* JdT 1998 I, pp. 98-101 et réf. citées ; Brunner/Bühler/Waeber/Brucchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., p. 408 n. 4).

Le travail sur appel implique que le travailleur met à disposition tout ou partie de son temps, l'employeur faisant appel ou non à lui. Durant les périodes convenues, le travailleur ne peut refuser une mission qui lui est proposée. En contrepartie, la rémunération porte non seulement sur le travail fourni, mais également sur l'indemnité due au titre de la disponibilité offerte par le travailleur (ATF 124 III 249 = JT 1999 I, p. 275 = JAR 1999/99 ; Brunner/Bühler/Waeber/Brucchez, *op. cit.*, pp. 409-410, n. 6 et réf. citées).

2.3. Il apparaît que l'intimée, une fois le planning transmis à l'appelant n'a pas systématiquement employé ce dernier. Par ailleurs, d'une part les conditions d'emploi prévoient expressément une « rémunération pour la disponibilité sur appel » comprise dans le salaire, d'autre part l'intimée dédommage les employés convoqués et présents, mais pour lesquels elle n'a pas de travail. Cet élément de rémunération du temps mis à disposition est une des caractéristiques différenciant le travail occasionnel du travail sur appel. Finalement, la seule mention de l'absence d'obligation, tant de l'employeur de fournir du travail que de l'employé d'accepter les missions proposée, figure comme ultime disposition des "Condition d'emploi", après les règles régissant leur modification. En conséquence, la Cour retiendra la qualification de contrat de travail sur appel pour l'accord liant les parties.

3. La qualification de contrat sur appel implique de déterminer si une indemnisation est due pour le temps mis à disposition mais où aucune prestation n'a été demandée et le cas échéant dans quelle mesure elle a été accordée.

3.1. L'article 186 alinéa 2 LPC, applicable par renvoi de l'article 11 LJP, permet au juge d'ordonner à une partie la production d'une pièce utile à la solution du litige et de considérer un fait comme non avéré si la partie ne produit pas, sans motif légitime, cette pièce.

3.2. Le Tribunal fédéral a jugé que la disponibilité du travailleur, dans l'attente d'un appel, profite à la satisfaction des besoins de l'employeur et implique donc une rémunération, le travailleur mettant son temps à disposition en vue de la prestation principale. Cependant cette rémunération n'a pas à être égale à celle pour la prestation principale. Si le montant de l'indemnité n'est pas déterminé par le contrat de travail ou une convention collective de travail, l'indemnité usuelle sera due (art. 322 al. 1 CO). En l'absence d'une telle indemnité, le juge la fixera en équité (ATF 124 III 249, consid. 3 = JT 1999 I, p. 275 = JAR 1999/99). Le contrat de travail peut prévoir que l'indemnité est incluse dans le salaire afférent à la prestation principale sous réserve que l'employeur fournisse suffisamment de travail au travailleur, pour qu'il puisse réaliser des gains convenables et qui ne fasse pas supporter le risque économique de l'entreprise au

travailleur, par exemple en permettant à l'employeur de faire varier unilatéralement le temps de travail et donc la rémunération (ATF 125 III 65 ; Brunner/Bühler/Waeber/ Bruchez, *op. cit.*, pp. 409-410, n. 6).

3.3. Compte tenu de jurisprudences d'autres cantons (Byrne-Sutton, Le contrat de travail à temps partiel, p. 97s) et des circonstances du cas d'espèce, la Cour estime que l'indemnité équitable équivaut au quart du salaire horaire par heure d'attente. La seule mention, dans les conditions d'emploi, que cette indemnité est comprise dans le salaire ne saurait la rendre déterminable. En particulier, la part du salaire brut n'est pas définie, ni dans le contrat ni dans les fiches de salaire. Finalement, l'intimée a indiqué en comparution qu'elle payait deux heures aux employés prévus au planning mais renvoyés faute de travail, durée équivalente au quart de la moyenne journalière travaillée par l'appelant.

3.4. L'intimée n'a pas produit de planning pour la période de décembre 2001 à avril 2002, en invoquant un manque de temps pour retrouver ces documents mais sans fournir d'autres explications. La Cour a donc extrapolé les horaires selon la méthode suivante :

- pour la période de décembre 2001 à avril 2002, les plannings n'ayant pas été versés au dossier, une planification de huit heures et trente-six minutes, correspondant à la moyenne journalière travaillée pendant cette période, a été appliquée à chaque samedi et dimanche de la période en question ;
- pour les jours marqués « AV », une durée de huit heures et douze minutes, soit la moyenne des heures effectivement travaillées les jours ainsi planifiés, a été appliquée ;
- pour les jours où la mention « OFF » a été rajoutée de manière manuscrite, la durée dactylographiée a été appliquée ;
- pour déterminer le temps d'attente, les périodes pendant lesquelles l'appelant était planifié et n'a pas travaillé ont été retenues ; par ailleurs, la pause d'une heure a été déduite selon les indications contenues dans les documents.

Compte tenu de ces éléments, le temps d'attente, pour l'entier de la période de travail, s'élève à 416.05 heures. En conséquence, l'appelant a droit au paiement de fr. 1'976.25 [416.05 x (19 ÷ 4)] au titre d'indemnité d'attente.

4. L'intimée conteste la décision du Tribunal quant à l'indemnité pour vacances. Selon elle, les conditions posées par la jurisprudence permettant d'inclure les vacances dans le salaire versé sont remplies et le montant indiqué sur les demandes d'autorisation est clair.

4.1. L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1<sup>er</sup> CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1<sup>er</sup> CO).

A teneur de l'article 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages.

Selon la jurisprudence, cette disposition prohibe en particulier les clauses stipulant que le salaire relatif aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises mais qu'il est compris dans le salaire global. Un tel accord est nul et, partant, le travailleur conserve le droit de faire valoir une prétention en paiement de ses vacances (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF 107 II 430, consid. 3a). Le paiement d'une indemnité de vacances avec le salaire global présente en effet le risque qu'un employé rencontrant des difficultés financières dépense l'indemnité immédiatement et renonce par conséquent à prendre des vacances en nature. Le but de l'article 329a al. 1<sup>er</sup> CO, soit le repos du travailleur, est alors compromis (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003).

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

ATF 107 II 430, consid. 3a ; Message du Conseil fédéral, FF 1982 III, p. 210 ; Stachelin, Zürcher Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO et Basler Kommentar, n. 2 *ad* art. 329d CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5<sup>ème</sup> éd., n. 9 *ad* art. 329d CO), ou encore d'un travailleur au service de différents employeurs simultanément (Rehbinder, Berner Kommentar, n. 15 *ad* art. 329d CO). Dans de tels cas en effet, il peut être très difficile pour l'employeur de calculer en cours d'année le montant du salaire afférent aux vacances, afin de le verser au moment où elles sont prises (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003, consid. 2.3).

Encore faut-il cependant que le contrat de travail et les décomptes de salaire mentionnent clairement la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances. Le juge doit en effet être en mesure de contrôler si la part convenue du salaire afférent aux vacances garantit l'entier du salaire dû pour cette période (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; SJ 1993, p. 355 ; Cerottini, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, pp. 202-204).

4.3. En l'espèce, le temps de travail mensuel de l'appelant variait fortement, oscillant entre 2 et 118 heures. Par ailleurs, les "Condition d'emploi" successives, de même que les fiches de salaires mentionnent clairement la part afférente aux vacances, soit fr. 1.83 (10.64 %) s'ajoutant au fr. 17.17 de salaire horaire. Les conditions jurisprudentielles sont donc remplies pour que la part du salaire afférente aux vacances soit comprise dans celui-ci.

5. Il convient ensuite d'examiner l'argumentation de l'appelant quant au respect des conditions contenues dans l'autorisation de travail et quelle est leur portée. L'appelant estime d'une part que la durée mentionnée est fixe d'autre part que le salaire s'entend sans le supplément afférent aux vacances.

5.1. L'article 9 al. 1 de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE – RS 823.21) prévoit que « les autorisations ne peuvent être accordées que si l'employeur accorde à l'étranger les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession qu'il accorde aux Suisses ». L'alinéa 3 prévoit, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2002, qu'un contrat de travail écrit doit être

soumis à l'autorité. Avant cette date, il s'agissait déjà d'une pratique de l'administration.

La jurisprudence reconnaît au travailleur étranger la possibilité, en application de l'article 342 al. 2 CO, le droit de se prévaloir devant le juge civil des conditions de travail et de rémunération fixées dans son autorisation de travail (ATF 122 III 110 consid. d).

L'article 7 lett. o du Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS – RS 831.101) spécifie que « le salaire déterminant le calcul des cotisations comprend notamment [...] les indemnités de vacances ou pour jours fériés ».

5.2. Les enquêtes n'ont pas permis de déterminer de manière certaine si l'OCP a eu connaissance des "Condition d'emploi" au moment de la première autorisation. Cependant, la loi imposait à l'intimée d'en fournir copie dès la deuxième demande, datée du 16 août 2002. Cette demande, en tout point identique à la première, a été acceptée aux mêmes conditions. Dès lors, la Cour retiendra que ces autorisations ont été accordées en connaissance des tous les éléments liant les parties, en particulier qu'aucune durée minimale de travail n'était prévue et que la part afférente aux vacances était incluse dans le salaire.

En tout état, si les demandes sont uniquement libellées « 15 hrs / sem. », la mention, apposée par l'autorité, indique clairement « Autorisation limitée à 15h. / sem. ». L'autorisation ne saurait donc constituer une base à une obligation de fournir du travail à raison de quinze heures hebdomadaires. Comme l'a retenu le Tribunal, il s'agit d'une durée maximum hebdomadaire. Par ailleurs, le RAVS prévoit spécifiquement que les indemnités de vacances sont incluses dans le salaire AVS. Il en découle que l'inscription sur les demandes « Salaire brut AVS : 19.-- / heure » inclut l'indemnité vacances.

Pour ces raisons, les autorisations de travail ne sauraient constituer une base aux prétentions de l'appelant.

6. L'intimée conteste finalement la date de fin des rapports de travail retenue par le Tribunal.

6.1. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il reviendrait à vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé de l'article 335c CO de permettre à l'employeur de réduire brusquement le volume de travail mensuel du travailleur sur appel. Dans un tel cas, le travailleur a droit à un salaire pendant le délai de congé. Ce salaire est à déterminer sur la base d'une moyenne des revenus perçus pendant une durée à déterminer équitablement en appliquant par analogie l'article 37 de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI - RS 837.02). Cette disposition prévoit, à l'al. 3bis, que le salaire moyen doit se calculer sur les douze derniers mois, lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail (ATF 125 III 65, consid. 4 et 5 et réf. citées ; Byrne-Sutton, *op. cit.*, p. 99s.).

Il ressort également de la jurisprudence que dans le cadre du contrat de travail sur appel, la possibilité de faire varier les horaires, et donc les gains, d'un travailleur sur appel contrevient à l'article 324 al. 1 CO en application duquel le risque économique de l'entreprise incombe à l'employeur et pas au travailleur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (ATF 124 III 346 consid. 2a). Cette règle est impérative (art. 362 CO), de sorte que le travailleur ne peut pas, conformément à l'article 341 al. 1<sup>er</sup> CO, valablement renoncer à en bénéficier pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (ATF 125 III 65, consid. 5).

6.2. La Cour constate, au vu de la procédure, qu'au moment de la démission de l'appelant et de son acceptation par l'intimée, soit le 22 octobre 2003, l'intimée ne lui avait plus fourni de travail depuis le 20 septembre 2003 alors que l'appelant avait jusque là toujours été appelé à travailler sur une telle période. Par ailleurs, l'appelant ne pouvait déployer d'activité dans une autre entreprise, son autorisation de travail n'étant valable que pour l'intimée.

En application des principes énoncés ci-dessus, le contrat a pris fin le 22 octobre 2003 et l'appelant a droit au paiement du salaire qu'il aurait touché si l'intimée

lui avait fourni du travail jusqu'à sa démission, le salaire, compte tenu de la fluctuation du temps de travail étant calculé sur les douze mois précédents. Il ressort des calculs effectués par la Cour (*cf.* 3.4) que l'appelant a travaillé, de septembre 2002 à août 2003 562.95 heures soit en moyenne 46.9 heures par mois et 10.83 heures par semaine ( $562.95 \div 12 \div 4.33$ ). Sur cette même période le temps d'attente s'est élevé à 205.6 heures soit en moyenne 17.1 heures par mois et 4 heures par semaines ( $205.6 \div 12 \div 4.33$ ). Ces heures d'attente doivent être prises en compte de la manière évoquée ci-dessus (*cf.* 3.4). Du 20 septembre au 22 octobre 2003 se sont écoulés 33 jours soit 4.7 semaines. En conséquence, l'appelant a droit au paiement de fr. 1'056.40 [ $(4.7 \times 10.83 \times \text{fr. } 19) + [4.7 \times 4 \times \{19 \div 4\}]$ ] au titre de salaire pendant la période de congé.

Par ailleurs, l'intimée sera condamnée à fournir à l'appelant un certificat de travail mentionnant que les rapports de travail ont pris fin le 22 octobre 2003.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ et l'appel incident interjeté par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 21 février 2006 rendu en la cause n° C/6812/2005 - 3 ;

#### Au fond :

- annule ledit jugement.

Cela fait, statuant à nouveau :

- condamne E \_\_\_\_\_ SA à payer à T \_\_\_\_\_ fr. 3'032.65 (trois mille trente-deux francs et soixante-cinq centimes) portant intérêts à 5% l'an dès le 22 octobre 2003;
- condamne E \_\_\_\_\_ SA à établir et remettre à T \_\_\_\_\_ un certificat de travail mentionnant le 22 octobre 2003 comme date de fin des rapports de travail ;
- 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