



T _____
Route de Bossey 72
1256 Troinex

Partie appelante

E _____
Dom. élu : Me Yvan JEANNERET
Fontanet & Associés
Grand Rue 25
Case postale 3200

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 16 juin 2010

Mme Renate PFISTER-LIECHTI, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Giampaolo BARONCINI et Max DETRUCHE, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par jugement du 27 novembre 2009, notifié le 22 février 2010, le Tribunal des prud'hommes a débouté T_____ des fins de sa demande dirigée contre E_____SA en paiement de différents montants totalisant 8'709 fr. 05, avec les intérêts, selon acte déposé le 20 avril 2009.

Le Tribunal des prud'hommes a considéré, en bref, qu'il n'était pas établi que T_____, qui avait la charge de la preuve, n'avait pas bénéficié de tous les jours de congé auxquels il avait droit, que c'était à juste titre que l'employeur avait retenu une somme de 2'077 fr. 75 sur le salaire de décembre 2008, à titre d'heures non effectuées, que la réalité d'heures supplémentaires devant être rémunérées n'était pas prouvée, qu'enfin, T_____ ayant résilié son contrat de travail avec effet immédiat, sans qu'il existât de justes motifs, il était redevable à son employeur d'un quart d'un salaire mensuel, soit 975 fr.

Il convient de préciser que, dans sa demande introductive d'instance, T_____ avait allégué que l'employeur avait comptabilisé comme jours de vacances la période du 29 juin au 10 juillet 2007, alors qu'il s'agissait une période de maladie attestée par un certificat médical, ce qui représentait un montant brut de 1'560 fr., qu'il avait résilié le contrat de travail pour des raisons de santé, de sorte que l'existence de justes motifs devait être retenue, que la déduction de 2'077 fr. 75 était injustifiée, car il n'avait jamais été d'accord avec les soldes d'heures comptabilisés par l'employeur, qu'au contraire, il avait effectué 111, 25 heures supplémentaires, qui devaient lui être payées au tarif de 27 fr./heure.

Devant le Tribunal des prud'hommes, T_____ a réduit sa prétention en paiement d'une indemnité pour vacances non prises à 1'430 fr.

- B. Par acte déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 22 mars 2010, T_____, représenté par le Syndicat de travailleuses et travailleurs (SIT), a appelé de ce jugement, dont il a sollicité l'annulation, concluant, préalablement, à la réouverture des enquêtes en vue de l'audition de trois témoins, et au fond, à la condamnation de E_____ SA au paiement de la somme brute de 3'913 fr. 25, avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2009, et de la somme nette de 975 fr. avec les intérêts dès la

même date, enfin à la condamnation de E_____ SA à lui remettre un nouveau certificat de salaire pour décembre 2008.

Concernant les jours de vacances, T_____ a allégué nouvellement que, pour 2007, il restait un solde de 7 jours et, pour 2008, il avait encore droit à 3,75 jours, ce qui représentait un montant de 1'397 fr. 50. Les rapports périodiques des heures effectuées établis par l'employeur n'étaient pas fiables et ce dernier ne l'avait jamais mis en demeure de rattraper les heures prétendument non accomplies, le solde positif en sa faveur représentant 16,35 heures ou 438 fr.

L'audition des trois témoins se justifiait, car elle lui permettait de prouver, d'une part, qu'il avait toujours débuté son service à l'heure, d'autre part, qu'il avait régulièrement contesté les rapports périodiques, après les avoir lus et vérifiés.

Dans sa réponse à l'appel, E_____ SA s'est opposée à la réouverture des enquêtes et a conclu au rejet de l'appel, respectivement à la confirmation du jugement entrepris.

La Cour d'appel n'a pas donné suite à la demande d'audition de témoins, T_____ n'ayant déposé aucune liste en première instance.

A l'audience du 3 juin 2010, devant la Cour d'appel, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. La représentante du SIT a expliqué, concernant les jours de vacances, qu'elle avait réexaminé l'ensemble des jours de vacances et jours fériés et que cet examen avait révélé deux périodes différentes de la période initialement visée. S'agissant du nombre d'heures supplémentaires réclamé, réduit par rapport à la première instance, il était fondé sur les relevés périodiques tels qu'établis par l'appelant lui-même et en tenant compte d'un crédit de 80 heures obtenu en mars 2008 ainsi que des heures – dites non effectuées - retenues sur le bulletin de salaire de décembre 2008.

L'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour d'appel :

a. T_____ a été engagé en qualité de serveur -- et non pas de chef de rang, comme il le prétend -- par E_____ SA, selon contrat du 5 septembre 2005 -- qu'il n'a pas jugé utile de produire --, avec effet dès le 12 septembre suivant, moyennant un salaire mensuel brut de 3'650 fr., plus une participation au chiffre d'affaires calculée sur un montant excédant 42'000 fr. À l'issue du temps d'essai, le contrat pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties, avec un préavis d'un mois pour la fin d'un mois, durant les 5 premières années de service. L'employé devait accomplir 42 heures de travail par semaine, ainsi que les heures supplémentaires qui pouvaient, de bonne foi, être exigées de lui, avec la précision que seul le travail supplémentaire commandé par l'employeur était reconnu comme tel, le supplément de salaire étant de 25 %.

Il est pas contesté que la CCNT était applicable et a été appliquée aux relations de travail.

Selon un règlement interne, signé par les employés en janvier 2008, les horaires de travail étaient fixés, du lundi au jeudi, de 10 h 30 à 13 h 30 et de 18 h à 23 h 30, le vendredi et le samedi de 10 h 30 à 14 h et de 17 h 30 à 23 h 30, enfin le dimanche de 10 h 30 à 14 h et de 18 h à 23 h 30. D'après le chiffre 2 de ce règlement, les heures supplémentaires étaient effectuées avec l'accord et sur demande de la Direction. Le chiffre 3 précisait que l'employé pointait au début et à la fin de son travail, en tenue de travail, que les pauses pour les repas, de 30 minutes chacune, étaient déduites automatiquement et que tout pointage effectué avant le début standard des horaires de base n'était pas pris en compte.

T_____ a affirmé, devant la Cour d'appel, qu'il n'avait signé ce règlement qu'au mois de juin 2008, pour avoir été malade en janvier. A_____, directeur de l'établissement, a contesté cette affirmation et a ajouté que, de toute manière, le règlement était affiché dans les locaux du restaurant.

b. À la fin de chaque mois, un document intitulé "rapport périodique" détaillant les heures effectuées sur la base des pointages a été établi par l'employeur. Tous les relevés concernant T_____ ont été signés par ce dernier.

Aucun document ni aucun témoignage n'atteste que T_____ aurait jamais contesté l'un ou l'autre de ces rapports.

À la fin du mois de mars 2008, E_____ SA a accordé à T_____ un crédit de 80 heures sur l'ensemble des heures de travail manquantes, respectivement non effectuées. A_____ a précisé, sur ce point, devant la Cour d'appel, que cette compensation avait été concédée à bien plaisir et avait permis à l'employé de passer d'un solde négatif de 123 heures à 48 heures.

Le témoin B_____, comptable de E_____ SA, a expliqué que les décomptes d'heures étaient établis sur la base des pointages de chaque employé. Lorsqu'un employé omettait de pointer, le directeur où elle-même procédait à l'inscription des heures effectuées.

Devant la Cour d'appel, E_____ SA a ajouté, par la voix de son directeur, que les appareils de pointage étaient réglés de manière à ce que l'employé, qui arrivait en avance sur son lieu de travail et qui pointait avant l'heure prévue par le règlement, ne bénéficiait pas du laps de temps en trop. Tous les employés savaient qu'ils ne devaient pas arriver trop tôt, car leurs services n'étaient pas utiles. En revanche, les heures effectuées en plus, en général en fin de journée ou de soirée, à la demande de la direction, étaient payées en plus.

c. Par courrier du 18 avril 2006, sous la signature de A_____, E_____ SA a adressé à T_____ un avertissement pour lui rappeler " *une nouvelle fois*" que le pointage devait se faire uniquement en tenue de service et non avant. "*Bien qu'à plusieurs reprises vous n'avez pas respecté cette procédure, et tenant compte de votre volonté à ne plus récidiver, nous renonçons à prétendre à un dédommagement qui aurait été retenu sur votre prochaine fiche de salaire*".

Le témoin C_____, responsable de salle, des plannings, des jours de congé et des vacances, a déclaré qu'il avait expliqué, à plusieurs reprises, à T_____, qu'il ne servait à rien de venir avant l'heure, comme il avait coutume de le faire, sans que cela ne lui soit demandé. Le règlement avait d'ailleurs été établi pour faire respecter les horaires aux employés. De manière générale, il compensait les heures supplémentaires par du temps de repos. Comme il était difficile de discuter avec T_____, il l'envoyait à la direction.

Le 28 avril 2006, un deuxième avertissement a été adressé à T_____, après la plainte d'un client concernant la qualité du service. Le 8 mai 2006, T_____ a

contesté le bien-fondé de cet avertissement, maintenu par l'employeur, selon courrier du 10 mai 2006.

d. T_____ a allégué avoir connu des problèmes de santé en raison de la fumée régnant dans une partie de l'établissement ainsi que des émanations des appareils destinés à la confection de la charbonnade, l'une des spécialités de l'établissement E_____ SA, outre les pizzas. À sa demande, il a été transféré dans la partie "non fumeur" du restaurant.

Un certificat médical du 1er juillet 2007 atteste d'une hospitalisation, en date du 29 juin 2007, dans le service ORL des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), avec une incapacité totale de travail jusqu'au 9 juillet 2007. La nature de l'intervention, respectivement la raison de l'hospitalisation, n'est pas précisée et il n'est pas établi si, et à quelle date, ce certificat a été porté à la connaissance de l'employeur.

Un certificat du 5 décembre 2008, établi par le docteur D_____, a la teneur suivante : *"Je soussigné médecin généraliste certifie que T_____ souffre d'une rhinite chronique de type irritative dont la recrudescence des symptômes correspond à ses périodes travaillées. Il est en traitement depuis plus de deux ans et vu ce qui précède il souhaite changer de lieu de travail, ce qui à mon sens est tout à fait indiqué en raison de ses problèmes médicaux."*

e. Par courrier du 17 décembre 2008, T_____ a mis fin au contrat de travail avec effet immédiat, pour des raisons de santé. Devant la Cour d'appel, le directeur de E_____ SA a indiqué qu'il avait effectivement reçu, en mains propres et par la poste, cette lettre de démission. Toutefois, aucun certificat médical n'y avait été joint. La représentante syndicale a, pour sa part, précisé que ce certificat avait été remis à l'employeur au début du mois de janvier 2009, après réception du bulletin de salaire -- contesté -- du mois de décembre 2008.

C'est le lieu de préciser que deux autres certificats médicaux, circonstanciés, ont été versés au dossier. Ces certificats n'ont pas été remis à l'employeur avant l'intentat de la procédure.

Le 12 décembre 2008, E_____ SA a répondu comme suit :

"Monsieur,

Nous nous référons à votre lettre de démission datée et remise en mains propres du soussigné le 17 décembre 2008. Bien que le délai de congé ne soit pas respecté, nous acceptons votre démission au 17 décembre 2008, comme vous me l'avez demandé. Votre dernier décompte de salaire vous parviendra prochainement par courrier.

Dans l'intervalle, veuillez agréer, Monsieur, nos salutations distinguées."

f. Le bulletin de salaire en question mentionne le salaire mensuel brut, pro rata temporis, en 2'012 fr. 90, les vacances payées en 2'730 fr., le 13e salaire en 3'250 fr. et un débit d'heures non effectuées pour 2'077 fr. 75, soit un montant total de 5'915 fr. 15 au crédit de l'employé, dont à déduire les charges sociales pour un montant, non contesté, de 801 fr., des acomptes, non contestés, pour 2'870 fr. 60, la nourriture, non contestée, pour 176 fr., et un poste, contesté, appelé dédommagement, pour 975 fr..

Par courrier du 5 janvier 2009, le SIT a sollicité, pour le compte de T_____, la restitution du montant de 975 fr. ainsi que du solde du salaire de décembre lui revenant. Était joint à ce courrier le certificat médical du 5 décembre 2008.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 59 al. 1 LJP). Le litige porte sur une valeur supérieure à 1'000 fr. (art. 56 LJP).
2. S'agissant de l'audition des témoins sollicitée par l'appelant, il y a lieu de constater que ce dernier a omis de déposer, devant le Tribunal des prud'hommes, une liste conforme à l'art. 31 al. 2 LJP. Dès lors que le restaurant de l'intimée étant pourvu d'un système de pointage, les heures d'arrivée et de départ de l'appelant, comme de tous les autres employés, à son travail n'étaient pas susceptibles d'être prouvées par la voie de l'audition de témoins. Aucun élément du dossier ne permet d'ailleurs de retenir que ce système de contrôle n'était pas adéquat ou opérationnel. L'appelant n'a, au demeurant, rien allégué de tel. Dans ces circonstances, rien ne

pouvait justifier que la Cour d'appel ordonne, d'office, l'audition de ces témoins et remédie ainsi à la carence de l'appelant.

3. C'est en vain que l'appelant plaide l'inexactitude des rapports périodiques. D'une part, il s'agit d'un moyen particulièrement adéquat pour fixer, à la fin de chaque mois, la situation des employés par rapport aux heures effectuées ou à effectuer, tous les détails voulus y figurant. D'autre part, l'employé est appelé à contresigner ces rapports périodiques, la signature valant approbation. En l'absence de toute pièce contraire, tel un courrier de protestation concernant l'un ou l'autre de ces rapports, et en l'absence de tout témoignage dans ce sens, l'appelant ne saurait être suivi lorsqu'il soutient avoir régulièrement contesté ces rapports ou n'avoir apposé sa signature que pour en accuser réception.

Ces rapports font donc foi aussi bien pour les heures comptabilisées que pour les jours de congé ou de vacances. Il a d'ailleurs été établi -- l'appelant ne le conteste plus -- que la période de maladie de fin juin à mi-juillet 2007 a bien été traitée comme telle et que l'appelant a été dûment payé.

Dès lors que l'appelant a régulièrement contresigné ces rapports et qu'il n'a ni allégué ni établi qu'il ne pouvait pas en obtenir copie -- il a du reste lui-même produit un certain nombre de ces rapports -- son argumentation, développée en appel, selon laquelle il aurait trouvé deux autres périodes de vacances, restées impayées, après la comparution personnelle des parties devant le Tribunal des prud'hommes seulement, n'est pas recevable.

Les prétentions en paiement de 1'397 fr. 50, représentant 10,75 jours de vacances, seront donc rejetées.

Il en va de même en ce qui concerne le solde négatif d'heures travaillées figurant sur le bulletin de salaire de décembre 2008. À cet égard, le raisonnement de l'appelant, qui plaide que le crédit de 80 heures que l'employeur lui a accordé en mars 2008 démontrerait l'absence de fiabilité des rapports périodiques ne saurait être suivi, pour les raisons exposées ci-dessus. De plus, ce crédit est intervenu à une époque où il n'était pas question de démission, ni d'ailleurs de licenciement, de sorte qu'il faut considérer qu'il s'agissait d'un geste de l'employeur en faveur de l'employé.

Enfin, le grief de l'appelant, qui soutient que l'employeur ne l'aurait jamais mis en demeure d'effectuer les heures manquantes, ne résiste pas l'examen. Au même titre qu'un compte bancaire ou postal peut, selon les règles appliquées, se trouver au crédit comme au débit, il peut arriver qu'un employé soit créancier au débiteur d'heures travaillées ou à travailler. Là encore, en apposant chaque mois sa signature sur les rapports périodiques, l'appelant est présumé avoir approuvé le solde d'heures, positif ou négatif, y figurant.

L'intimée était en conséquence fondée à retenir, sur le dernier salaire de l'appelant, le montant correspondant au débit d'heures accumulé.

L'appelant sera en conséquence débouté de sa prétention en paiement de 2'077 fr. 75.

4. Reste à examiner si l'appelant était fondé, ou non, à résilier le contrat de travail avec effet immédiat.

4.1 L'art. 337 CO prévoit que l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs.

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; 127 III 351 consid. 4a et les références). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un licenciement avec effet immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 28 et 213 ; 129 III 380). Seul un manquement particulièrement grave peut ainsi justifier le licenciement immédiat du travailleur. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). A cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354).

4.2 En l'espèce, on ne se trouve, à l'évidence, pas dans un cas de figure tel que visé par la disposition précitée. La question est, au contraire, de savoir si l'état de santé de l'appelant, en décembre 2008, justifiait ou non une démission avec effet immédiat.

Il convient de relever, préalablement, que l'intimée n'ignorait pas que l'appelant ne supportait pas de travailler dans la zone "fumeur" du restaurant, dès lors qu'il avait demandé à être déplacé dans la zone "non-fumeur". En revanche, rien établit, à supposer que cela soit relevant, qu'elle était au courant de sa situation sur le plan de la santé. Si l'on considère que le séjour aux HUG, service ORL, de l'appelant remontait à 18 mois, au moment de la résiliation, en décembre 2008, ce dernier n'était en tous les cas pas fondé à présumer que l'intimée accepterait sans autre une démission avec effet immédiat, sans que cela ne soit médicalement justifié.

Or, force est de constater que le courrier de l'appelant du 17 décembre 2008 ne comportait aucune annexe. Du reste, même si l'appelant avait joint le certificat médical du 5 décembre 2008, une résiliation aussi abrupte des relations de travail n'aurait pas été justifiée pour autant. D'une part, ce certificat, émanant du médecin traitant de l'appelant, ne suggère aucune mesure de ce genre ; d'autre part, si vraiment il y avait eu urgence, on ne s'expliquerait pas le temps mis par l'appelant (du 5 au 17 décembre) à présenter sa démission.

Il s'en suit que la démission de l'appelant, de surcroît avant la période des fêtes de fin d'année, n'était pas justifiée de manière suffisante, en l'absence d'indication médicale impérative.

4.3 L'art. 337 d CO prévoit que lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ainsi qu'à la réparation du dommage supplémentaire. Selon l'al. 2 de cette disposition, le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue à l'alinéa précédent.

En l'espèce, il convient assurément de prendre en considération la teneur pour le moins ambiguë du courrier de l'intimée du 18 décembre 2008. En effet, ce courrier laisse clairement entendre que la démission de l'appelant était acceptée purement et simplement. L'intimée savait en particulier que l'appelant ne maîtrisait le

français que de manière très imparfaite et ne pouvait pas présumer qu'il comprenne, sans que cela ne soit dit de manière explicite, que son salaire serait réduit de presque 1'000 fr. Dans de telles circonstances, une mise en demeure expresse de reprendre le travail était indispensable. Il aurait été d'autant plus facile pour l'intimée de formuler une telle mise en demeure dès lors que l'appelant avait remis sa lettre de démission en mains propres de son représentant. Or, celle-ci n'a ni allégué ni prouvé avoir attiré l'attention de l'appelant sur les conséquences d'un abandon de poste.

La Cour d'appel parvient ainsi à la conclusion que la retenue de 975 fr. était injustifiée. L'intimée sera en conséquence condamnée à rembourser ce montant, avec les intérêts au taux légal de 5%. Elle devra, en outre, remettre à l'appelant un certificat de salaire modifié pour décembre 2008.

L'appel sera ainsi admis dans cette faible mesure.

5. La procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement rendu le 27 novembre 2009 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/7332/2009.

Au fond :

Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 975 fr., avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2009.

Condamne E_____ SA à remettre à T_____ un certificat de salaire rectifié relatif au mois de décembre 2008.

Confirme ce jugement pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente