



E _____ SA
Dom. élu : Me Pascal PETROZ
Avenue de Champel 12
Case postale 123
1211 Genève 12

T _____
c/o _____

12_ _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du mardi 26 juin 2007

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Eric MULLER, juges employeurs

MM. Max DETURCHE et Roland PLOCHER, juges salariés

Mme Florence SCHMUTZ, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé le 30 janvier 2007 au greffe de la Cour d'appel, E_____ SA appelle du jugement rendu par le Tribunal de la juridiction des prud'hommes le 20 décembre 2006 la condamnant à verser la somme brute de 22'386 fr. 30 à T_____, sous déduction de 4'000 fr. net, avec intérêts à 5% dès le 6 avril 2005. Le montant de 22'386 fr. comporte les indemnités suivantes: 3'910 fr. 40 à titre de treizième salaire, 9'275 fr. 85 pour vacances non prises, 7'961 fr. 30 pour jours de repos non pris et 1'238 fr. 65 pour jours fériés œuvrés. E_____ demande l'annulation de ce jugement et le rejet de toutes les conclusions de T_____, qui conclut à la confirmation du jugement attaqué.
- B. Les faits suivants ressortent de la procédure :
- a. E_____ est une société anonyme dont le siège est à Thônex et dont le but social est l'acquisition et l'exploitation d'établissements publics et de commerces ainsi que l'exploitation de stations-service.
- b. T_____ a été engagé par E_____, le 1er septembre 2001, au restaurant des Trois Communes, en qualité de plongeur, pour un salaire mensuel brut de 3'500 fr. Il y a travaillé jusqu'au 31 mars 2003. Les parties n'ont pas conclu de contrat de travail écrit.
- c. T_____ a ensuite travaillé ailleurs pour reprendre son activité au restaurant des Trois Communes à une date sur laquelle la position des parties diverge. T_____ prétend avoir travaillé dès le 1er octobre 2003 et jusqu'au 6 avril 2005 tandis que E_____ allègue qu'il n'aurait travaillé qu'en qualité d'extra de septembre 2004 à octobre 2005.
- d. Par courrier du SIT du 15 avril 2005, T_____ a demandé à E_____ de s'expliquer sur le non-paiement de son treizième salaire, de ses vacances ainsi que de ses jours fériés pendant toutes les relations de travail.
- e. E_____ a répondu le 21 avril 2005 avoir eu un entretien avec T_____ et l'avoir dédommagé pour tous ces points. A son courrier était jointe une attestation du 20 avril 2005 signée par T_____, confirmant avoir été indemnisé pour ses vacances, son treizième salaire et ses jours fériés du 1^{er} septembre 2001 au 6 avril 2005 (pièce 4 dem.). L'indemnité s'est élevée à 4'000 fr.
- f. Par courrier du 21 avril 2005, T_____ a annoncé à son syndicat avoir été entièrement dédommagé par E_____ (pièce 5 dem.). Ces deux documents (pièces 4 et 5 dem.) ont été rédigés par le comptable de A_____, qui a assisté à la discussion.
- g. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 21 mars 2006, T_____ a assigné E_____ en paiement de 34'435 fr. 50 brut, sous déduction

d'un montant net de 4'000 fr. déjà reçu le 20 avril 2005, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 6 avril 2005. Ladite somme comporte 6'924 fr. 35 à titre de treizième salaire pour les années 2002 à 2005, 10'056 fr. 40 à titre d'indemnité pour vacances non prises, 15'784 fr. 20 à titre d'indemnité pour jours de congé non pris et 1'670 fr. 55 à titre d'indemnité pour jours fériés.

E_____ a contesté intégralement les conclusions de son ancien employé. Elle a conclu subsidiairement à une compensation avec une créance de 28'800 fr. due pour l'utilisation d'un studio pendant quatre ans.

T_____ a allégué avoir travaillé du 1^{er} septembre 2001 au 31 mars 2003, puis du 1^{er} octobre 2003 jusqu'au 6 avril 2005. Le travail était semblable pendant les deux périodes de travail, de même que les horaires. Le salaire était de 3'200 fr. net non déclaré pendant la 2e période. Il commençait à 10h le matin jusqu'à 15h, puis de 18h à 24h, le samedi et le dimanche de 8h à 15h et de 18h à 24h. Il avait congé le lundi et le mardi matin. Après début 2005, il travaillait tous les soirs, ainsi que le mardi midi et les samedis et dimanches toute la journée pour un salaire de 2'600 fr. net. Pendant la 1^{ère} période, il n'avait qu'un jour de congé. Il a été payé jusqu'au 6 avril 2005; il n'a jamais pris de vacances pendant cette période. Il a habité deux ans chez son employeur avec des collègues, puis chez une amie. Il a quitté le studio fin mars 2003, en même temps qu'il a arrêté de travailler pour E_____. Pendant la 2e période quand il travaillait à nouveau chez E_____, ce n'est qu'après 5 ou 6 mois qu'il a réintégré le studio; il l'a quitté définitivement en avril 2005.

E_____ a indiqué que les rapports de travail avaient été résiliés pour le 31 mars 2003, à la suite d'un contrôle de l'Office de la main d'œuvre étrangère. Par la suite, T_____ est revenu travailler environ une année après en tant qu'extra. Il travaillait les samedis et dimanches comme aide de cuisine et, la semaine, il nettoyait le sol. Pendant cette période, il travaillait 1,5h par jour, de 6h à 7h30. Le week-end, il venait comme aide de cuisine et pour faire la vaisselle de 11h à 14h30 et de 18h30 à 23h30. T_____ a habité gratuitement jusqu'à février 2006 dans l'appartement; le studio est désormais loué pour 600 fr. par mois.

- C. Le Tribunal a retenu que T_____ avait travaillé pour E_____ à 100% du 1^{er} septembre 2001 au 31 mars 2003, puis à 50% du 1^{er} octobre 2003 au 31 mars 2005; il n'avait congé que le jeudi et vendredi matin. La quittance pour solde de tous comptes signée le 20 avril 2005 par l'employé était nulle, celui-ci ne pouvant renoncer, selon l'art. 341 CO, aux créances résultant du contrat de travail. T_____ n'ayant pas reçu de treizième salaire entre 2002 et 2005, ni été payé pour vacances non prises, les jours de congé et certains jours fériés non pris, il convenait de faire droit à sa demande. L'employeur n'ayant pas démontré que T_____ avait logé dans le studio alors qu'il n'était pas employé de E_____ devait pour le surplus être débouté de ses conclusions en paiement du loyer.

Les arguments des parties en appel seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 al. 1 LJP). Compte tenu de la suspension des délais du 18 décembre au 1^{er} janvier (art. 30 al. 1 let. c LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), l'appel a été interjeté en temps utile (art. 59 al. 1 LJP).

2. L'appelante fait en premier lieu valoir que l'art. 341 CO ne fait pas obstacle à la validité de la convention signée le 20 avril 2005. Cet accord faisait suite au courrier du syndicat de l'intimé lui demandant de prendre position par rapport aux points ayant ensuite fait l'objet d'un accord.
 - 2.1 En principe, l'employé ne peut pas valablement renoncer aux créances résultant du contrat de travail pendant la durée du contrat et le mois qui suit la fin de ce dernier (art. 341 al. 1 CO). Une renonciation à ce droit n'est licite que dans le cadre d'un accord comportant des concessions réciproques, pour autant qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (art. 341 al. 1 CO; ATF 118 II 58 consid. 2b; 115 V 437 consid. 4b; 110 II 168 consid. 3b).

 - 2.2 En l'espèce, l'écrit du 20 avril 2005, signé par l'intimé, indique que celui-ci aurait été "dédommagé (tout le solde réglé) par l'appelante pour les vacances non prises, le treizième salaire et les jours fériés depuis 1^{er} sept. 2001 jusqu'au 6 avril 2005" (pièce 4 dem.). L'intimé a reconnu avoir reçu, le 20 avril 2005, la somme de 4'000 fr. Aucun détail quant à ce montant n'est toutefois fourni. Il n'est par ailleurs fait aucune mention de la prise en compte du loyer, prétendument dû par l'intimé. Contrairement à ce que soutient l'appelante, il n'est en outre pas possible de mettre le montant de 4'000 fr. en rapport avec le courrier du syndicat auquel appartient l'intimé, puisque celui-ci ne chiffrait aucune prétention, mais demandait uniquement à l'employeur de s'expliquer sur le versement du salaire afférent à différents postes (vacances, treizième salaire, etc.). Lors de l'entretien du 20 avril 2005, l'intimé n'avait pas non plus chiffré ses prétentions (témoin D_____, p.-v. du 11 juin 2007). L'on ignore ainsi tout de la constitution de ce montant, si ce n'est qu'il se rapporte aux prétentions relatives aux vacances, jours de congé et jours fériés non pris pendant toute la période de l'emploi. Il n'est donc pas possible de retenir avec certitude que cet arrangement est le fruit de concessions réciproques. Au contraire, si l'on considère l'ensemble des prétentions que l'intimé a fait valoir à ce titre et que le Tribunal a arrêtées à 22'386 fr. 20 brut, le versement de 4'000 fr. n'en constitue qu'une faible partie, de sorte que l'on ne peut raisonnablement retenir que l'appelante a fait des concessions substantielles ou comparables à celles de l'intimé. C'est donc à bon droit que les premiers juges ont constaté que l'écrit du 20 avril 2005 ne constituait pas une renonciation valable de l'intimé à toute prétention résultant de son contrat de travail.

3. L'appelante fait en outre valoir que la seconde période d'emploi s'est étendue du 1^{er} mars 2004 au 31 mars 2005, et non du 1^{er} octobre 2003 au 31 mars 2005. Elle ne conteste cependant ni le montant du salaire dû ni le taux d'activité retenu par le Tribunal pour la seconde période d'emploi.

3.1 Selon le témoin B_____, l'intimé a travaillé 7 mois pour lui, d'avril à septembre, en 2003 ou en 2004. Dès lors que selon l'appelante, l'intimé a recommencé à travailler pour elle en mars 2004, la Cour retiendra que les sept mois d'emploi auquel se réfère le témoin précité ont eu lieu en 2003. Le comptable de l'appelante a indiqué devant les premiers juges que l'interruption de travail de l'intimé pour l'appelante avait duré environ six mois (p.-v. du 14 août 2006, p. 3). Ce témoin est toutefois revenu sur sa déclaration en appel, affirmant qu'après avoir discuté avec d'autres employés, il lui serait apparu que l'intimé ne serait revenu qu'en septembre 2004 (p.-v. du 11 juin 2007, p. 2). Selon la nouvelle version donnée, au lieu de s'être interrompu environ six mois en 2003, l'intimé se serait interrompu une année et demie. La différence est importante. Compte tenu du fait que la première déclaration est plus proche temporellement des faits et que le comptable ne s'est alors pas, contrairement à sa seconde déposition, référé à des tiers, mais à ses propres souvenirs, la Cour ne retiendra que sa première déposition à cet égard.

Par ailleurs, les déclarations du témoin C_____ qu'invoque l'appelante ne permettent pas de tirer de conclusions par rapport au début de la seconde période d'emploi de l'intimé. En effet, ce témoin a indiqué, le 14 août 2006, avoir employé l'intimé 3 à 5 ans auparavant pour différentes missions, soit celle de nettoyeur pendant trois à quatre mois, puis de cuisinier pendant une période non précisée. Le cadre temporel est ainsi trop vague et ancien, d'une part. D'autre part, ce témoin a indiqué que l'intimé avait fait des "extras" et travaillé, d'abord, une heure et demi par jour en tant que nettoyeur le soir à la fermeture, puis de 11h à 14h en tant que cuisinier servant des plats du jour, soit pendant la semaine. Un tel horaire est tout à fait compatible avec ceux allégués par l'appelante pour la seconde période d'emploi, à savoir de 6h à 7.30h la semaine et de 11h à 14.30h et de 18.30h à 23.30h le week-end (p.-v. du 14 août 2006, p. 2).

Au vu de ce qui précède, la Cour est convaincue que l'intimé a retravaillé pour celle-ci dès le 1^{er} octobre 2003 jusqu'à fin mars 2005.

Pour le surplus, le taux d'occupation de 100% pendant la première période d'occupation et de 50% pendant la seconde est reconnu (p.-v. précité, ibidem). Le montant du salaire dû n'est pas non plus contesté en tant que tel.

4. L'appelante ne remet pas en cause le droit aux vacances et à des jours de congé de l'intimé. Elle considère cependant que l'intimé ayant refusé de timbrer les cartes de présence et ainsi violé ses obligations contractuelles, il appartenait à celui-ci de prouver qu'il n'avait pas pris de vacances et de jours de congé.

- 4.1** Ce grief est mal fondé. D'une part, l'appelante n'a pas démontré que l'intimé aurait refusé d'utiliser la pointeuse. Cette affirmation ne repose que sur ses propres allégations. D'autre part et de jurisprudence constante, il appartient à l'employeur de démontrer, lorsque un rapport de travail et le droit contractuel aux vacances existent, que l'employé a bénéficié des vacances (ATF 128 III 271 consid. 2a et les références citées). Le seul fait que l'employé n'aurait pas rempli la carte de présence ne suffit pas pour renverser le fardeau de la preuve. L'appelante n'allègue au demeurant pas qu'elle aurait mis l'intimé en demeure de remplir ladite carte, voire qu'elle lui aurait indiqué que dans l'hypothèse où il ne s'exécuterait pas, il perdait son droit d'être payé pour les vacances non prises.
- 4.2** Le même raisonnement est valable en ce qui concerne l'indemnité pour jours de congé non pris en nature et jours fériés œuvrés. Le Tribunal a retenu, sans être contredit, que l'intimé ne bénéficiait que d'un jour et demi de congé par semaine et que le restaurant était ouvert tous les jours, y compris les jours fériés, à l'exception du 25 décembre et 1er janvier. Il appartenait en conséquence à l'appelante de prouver qu'elle avait accordé les jours de congé réclamés, soit en nature, soit en espèces, preuve dans laquelle elle a toutefois échoué. En répartissant ainsi le fardeau de la preuve, les premiers juges ont appliqué correctement l'art. 8 CC.
- 4.3** Il conviendra uniquement de corriger le calcul de l'indemnité due pour jours de congé non pris et jours fériés ouvrés en se fondant, pour la période d'emploi postérieure au 1er janvier 2002 sur la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) - dont l'application n'est pas contestée - dans sa teneur en vigueur dès cette date, qui fixait ces indemnités à 1/22 et non à 1/30 du salaire brut, comme c'était le cas en 2001.

L'appelante doit donc à titre de jours de congé non pris en 2001 le montant de 1'010 fr. 30 ($1/2 \times 4,33 \text{ semaines} \times 1/30 \times 4 \times 3'500 \text{ fr.}$), puis du 1er janvier 2002 au 31 mars 2003 5'166 fr. 50 fr. ($15 \times 3'500 \text{ fr.} \times 4,33 \text{ semaines} \times 1/22 \times 1/2 \text{ jours}$) et pour la période du 1er octobre 2003 au 31 mars 2005 1'417 fr. 10 ($1'600 \text{ fr.} \times 1/22 \times 50\% \times 18 \text{ mois} \times 4,33 \text{ semaines} \times 1/2 \text{ jour}$), soit au total 7'593 fr. 90.

L'indemnité pour jours fériés non accordés, doit, pour 2001, également être calculée à raison d'1/30 et non 1/22. Il convient donc de réduire le montant global de 1'238 fr. 65 retenu à ce titre par le Tribunal de la somme de 84 fr. 90 ($4 \times 0,5 (1/22 \times 3'500 \text{ fr.}) - (1/30 \times 3'500 \text{ fr.})$), de sorte que le montant dû s'élève à 1'153 fr. 75.

- 5.** En dernier lieu, l'appelante se plaint du fait que les premiers juges n'ont pas admis la compensation qu'elle opposait aux créances de l'intimé. Celle-ci résulterait de la mise à disposition pendant quatre ans et 11 mois, soit du 1er mars 2001 au 31 janvier 2006, d'un studio situé au-dessus du restaurant. Le studio serait actuellement loué à 600 fr. par mois. Compte tenu du fait que seule une partie du loyer aurait été

retenue sur le salaire de l'intimé pendant la première période d'emploi et rien pendant la période suivante, sa créance s'élèverait à 28'560 fr.

Ce grief est également mal fondé. L'appelante n'a pas démontré qu'elle pouvait louer le studio à 600 fr. par mois. Elle n'a en particulier produit aucun contrat de bail ni fait porter les enquêtes sur le loyer. Elle n'a en outre pas prouvé que l'intimé aurait logé pendant toute la période alléguée dans le studio, en particulier également pendant la période où il n'a pas travaillé pour l'appelante, puis après la fin des rapports de travail. Au contraire, le comptable a indiqué que l'intimé aurait quitté le studio à la fin de son emploi en juin 2005, et non au mois de février 2006 comme l'allègue l'appelante. Enfin, il ressort des fiches de salaire, puis de la déclaration du comptable en appel que pendant la durée de l'emploi de l'intimé, une somme a été régulièrement retenue sur son salaire au titre de frais de logement. L'appelante n'allègue pas avoir formulé, en cours d'emploi, de réserves quant à un solde de loyer qui resterait dû. L'intimé pouvait ainsi, de bonne foi, partir de l'idée que l'appelante n'avait plus de prétention à faire valoir de chef à son encontre. Le fait pour l'appelante de revenir sur ce point relève d'une attitude contradictoire ne méritant pas protection (cf. ATF np 4C.320/2005 du 20 mars 2006, consid. 5.5).

Au vu de l'ensemble de ces motifs, c'est à juste titre que les premiers juges ont débouté l'appelante de son chef de conclusions en compensation.

6. En conclusion, l'appel sera rejeté et le jugement corrigé en tant que l'indemnité pour jours fériés et de congé est recalculée. De ce fait, le montant total dû par l'appelante à l'intimé s'élève à 21'933 fr. 90 (3'910 fr. 40 treizième salaire + 9'275 fr. 85 vacances non prises + 7'593 fr. 90 jours de congé non pris + 1'153 fr. 75 jours fériés non pris). La procédure étant gratuite, il n'est pas alloué de dépens (art. 343 CO, 76 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté le 30 janvier 2007 par E_____ SA contre le jugement TRPH/949/2006 prononcé le 20 décembre 2006 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/7533/2006-2.

Au fond :

Rejette l'appel.

Rectifie le jugement attaqué en tant que la somme brute due par E_____ SA à T_____ n'est pas de 22'386 fr. 20, mais de 21'933 fr. 90 (vingt et un mille neuf cent trente-trois francs et nonante centimes), plus intérêts à 5% l'an dès le 6 avril 2005, sous déduction de la somme nette de 4'000 fr.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente