

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8046/2012-4

CAPH/43/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 19 MARS 2014

Entre

A_____, domiciliée _____, _____, appelante et intimée sur appel joint d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 23 juillet 2013 (JTPH/232/2013), comparant par M^e Yael HAYAT, avocate, rue de la Fontaine 2, 1204 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Monsieur B_____, domicilié _____, _____, intimé et appelant sur appel joint, comparant par le Syndicat E_____, rue des Chaudronniers 16, case postale 3287, 1211 Genève 3,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 mars 2014

EN FAIT

A. a. A_____ (ci-après A_____) est une société anonyme dont le siège se trouve à _____ qui a pour but l'exploitation d'une entreprise de gestion de parkings privés et de contrôle du stationnement, de services de sécurité et de surveillance, d'interventions diverses, d'enquêtes et filatures, de protection de biens et de personnes, de transport de fonds, de systèmes d'alarme et de réfection de marquages et de serrurerie de parking.

b. Par contrat de travail du 18 décembre 2002, B_____ a été engagé par A_____, dès le 1^{er} janvier 2003 et pour une durée indéterminée, en qualité d'employé fixe avec permis de conduire automobile. Il était principalement affecté au service des patrouilles.

c. Le 10 octobre 2005, B_____ et A_____ ont conclu un nouveau contrat de travail, entré en vigueur au 1^{er} juin 2005, pour lequel les dispositions du Code des obligations, de la Loi fédérale sur le travail (ci-après LTr) et la Convention collective de travail pour la branche des services de sécurité (ci-après CCT) étaient applicables à titre supplétif (art. 9 du contrat). L'employé s'est, en outre, engagé à respecter le règlement d'entreprise du 10 octobre 2005 (art. 12 du contrat).

B_____ a signé le contrat ainsi que le règlement d'entreprise et a reçu en copie l'Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la CCT.

Le contrat de travail prévoyait un horaire de travail de base de 180 heures par mois ainsi que le versement d'un salaire mensuel de 4'722 fr. brut, montant auquel s'ajoutait une prime de garde mensuelle de 200 fr.

L'employé bénéficiait de quatre semaines de vacances par année auxquelles devaient s'ajouter 112 jours de congé par an (52 dimanches, 52 samedis et 8 jours fériés), dont 12 dimanches (art. 13 al. 1 et 4 CCT).

La durée annuelle de travail, fixée par l'employeur dans une fourchette comprise entre 1800 et 2300 heures, comprenait les heures au cours desquelles le travail était effectivement fourni mais également les pauses payées et les vacances; les congés selon l'art. 13 al. 1 CCT en étant exclus (art. 9 al. 1 et 2 CCT). En outre, une majoration temps de six minutes (10%) devait être appliquée par heure (pause comprise) en cas de travail de nuit (de 23 à 6 heures), du dimanche et des jours fériés officiels (de 6 à 23 heures) (art. 9 al. 3 CCT).

L'employé ne pouvait prétendre à aucune rémunération pour les heures pouvant être effectuées en sus de l'horaire de base, celles-ci devant être compensées par du

temps libre (art. 11 ch. 1 de la CCT), et pour autant qu'elles aient été expressément commandées ou autorisées par l'employeur.

Le travail était interrompu par une pause payée obligatoire de 90 minutes pour 10 heures de travail (art. 5 du Règlement ; cf. ég. art. 10 al 1 CCT fixant une pause minimale de 60 minutes pour une journée de plus de neuf heures ininterrompues), cette pause étant prise en compte dans la durée du travail et rétribuée si le collaborateur ne pouvait pas quitter son lieu de travail pendant les pauses (art. 10 al. 2 CCT).

Si la durée du travail des collaborateurs rétribués au mois s'écartait, sur ordre de l'employeur, de la durée annuelle de travail convenue, une compensation devait intervenir sous forme de congés supplémentaires ou de temps de travail complémentaire. Si une compensation des heures en plus n'était pas possible, ces heures seraient rétribuées conformément à l'Annexe 1 chiffre 5. Les heures en moins ne devaient pas dépasser le nombre de 30. Les heures en plus dépassant 150 devaient être compensées en l'espace de deux mois ou pouvaient être rétribuées, avec le consentement du collaborateur, conformément à l'Annexe 1 chiffre 5 (art. 11 al. 1 CCT). Comptaient comme heures de travail supplémentaires, les heures qui se situaient entre la durée annuelle du travail possible de 2400 heures et la durée maximale de 2540 heures. Ces heures supplémentaires étaient rétribuées à 125% du taux pour heures en plus (art. 11 al. 3 CCT).

d. En 2006, A_____ a décidé de ne plus rémunérer les pauses des employés pour autant que celles-ci soient prises à l'extérieur du lieu de travail. L'heure de pause n'était alors pas comptabilisée dans le total des heures, ainsi le total mentionné de 12 heures de service correspondait à 11 heures effectives de service. Les employés qui ne pouvaient pas prendre leur pause devaient le signaler pour que l'heure de pause non prise ne soit pas déduite des heures travaillées (tém. C_____, p.v. d'enquêtes du 15 janvier 2013, p. 2 et 3). Il pouvait arriver que les heures de pause soient comptabilisées dans les heures de travail. Principalement chez les patrouilleurs, la planification comptabilisait ainsi 12 heures de travail mais le travail effectué était de 11 heures. Le nombre d'heure de présence incluait donc les heures de pauses, qui, comptabilisées, étaient payées (tém. D_____, p.v. d'enquêtes du 15 janvier 2013, p. 4).

Les plannings indiquant le nombre d'heures à effectuer par les employés étaient établis le mois précédent et prévoyaient un nombre d'heures de travail qui n'était pas inférieur au quota d'heures contractuelles tout en respectant les temps de repos (tém. C_____, p.v. d'enquêtes du 15 janvier 2013, p. 3; tém. D_____, p.v. d'enquêtes du 15 janvier 2013, p. 4).

e. Depuis le 1^{er} janvier 2011, B_____ a travaillé comme agent de sécurité fixe pour un salaire de 5'355 fr. 45 par mois.

f. Il a résilié les rapports de travail avec effet au 30 juin 2011.

g. Par courriel du 22 juin 2011, A_____ a communiqué à B_____ le décompte de ses heures de travail et vacances au 30 juin 2011, soit un solde positif de vacances de 17 heures 15 représentant une somme de 510 fr. 20 (17.15 x 29 fr. 75), ainsi qu'un solde négatif de 68 heures de travail au 30 juin 2011, représentant un montant à sa charge de 829 fr. 50 (30 x 29 fr. 75), seules 30 heures pouvant être prises en compte selon l'art. 11 CCT.

A_____ a ainsi déduit une somme de 319 fr. 30 (510 fr. 20 – 829 fr. 50) de la rémunération de B_____ pour le mois de juin 2011.

h. Par courrier du 1^{er} décembre 2011, B_____, par le biais du syndicat E_____, a réclamé à A_____ le paiement de 1'358 fr. 90 bruts à titre d'heures de travail supplémentaires, 8'211 fr. bruts à titre de 276 heures de pauses non prises en nature, 4'343 fr. 60 bruts à titre d'indemnité pour 17,6 jours de vacances, 21 fr. 60 bruts à titre de différence de salaires pour les mois de janvier à avril 2011, 120 fr. à titre d'indemnité pour quatre services de piquet ainsi que 829 fr. 50 à titre de remboursement du solde négatif de 30 heures de travail retenu au mois de juin 2011.

i. Dans sa réponse du 15 février 2012, A_____ a rejeté l'ensemble des prétentions de B_____ à l'exception de la somme de 21 fr. 60 relative à la différence de salaire pour la période de janvier à avril 2011.

B. a. Par demande déposée en vue de conciliation le 20 mars 2012, déclarée non conciliée le 18 mai 2012 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes le 20 juillet 2012, B_____ a assigné A_____ en paiement de 14'884 fr. 60, soit 1'358 fr. 90 « à titre de majoration pour les heures de travail dépassant les 50 heures par semaine », 8'211 fr. à titre "d'heures dites de pause mais travaillées et à disposition", 4'343 fr. 60 à titre de vacances non prises, 21 fr. 60 à titre de différence de salaire de janvier à avril 2011, 120 fr. à titre d'indemnisation pour service de piquet et 829 fr. 50 à titre de déduction salariale sur le salaire du mois de juin 2011.

B_____ a, notamment, allégué avoir effectué 182.71 heures de travail supplémentaires au sens de l'art. 13 LTr, soit plus de 50 heures par semaine, entre 2007 et 2011 se décomposant comme suit :

- 23.25 heures de travail supplémentaire en 2007 (10.25 heures la semaine du 29 octobre et 13 heures la semaine du 5 novembre).
- 34.50 heures de travail supplémentaire en 2008 (10 heures la semaine du 7 avril, 1 heures la semaine du 14 avril, 7.50 heures la semaine du 9 juin,

- 11.50 heures la semaine du 16 juin, 0.50 heures la semaine du 23 juin et 4 heures la semaine du 24 novembre).
- 46.39 heures de travail supplémentaire en 2009, compte tenu des majorations de nuit (12.48 heures la semaine du 13 avril, 10.13 heures la semaine du 25 mai, 12.48 heures la semaine du 1^{er} juin et 11.30 heures la semaine du 15 juin).
 - 44.68 heures de travail supplémentaire en 2010 compte tenu des majorations de nuit (11.30 heures la semaine du 12 avril, 10.78 heures la semaine du 3 mai, 11.30 heures la semaine du 22 novembre et 11.30 heures la semaine du 13 décembre).
 - 33.90 heures de travail supplémentaire en 2010 compte tenu des majorations de nuit (11.30 heures la semaine du 31 janvier, 11.30 heures la semaine du 28 février et 11.30 heures la semaine du 30 mai).

Il a également fait valoir ne pas avoir pu prendre ses pauses déjeuner de mai 2007 à décembre 2008, étant tenu de rester à disposition de son employeur en uniforme et à proximité de sa voiture de fonction, alors qu'elles ne lui étaient pas rémunérées, comme indiqué dans les décomptes "*pauses non payées*". Il estimait que ces pauses non prises représentaient 276 heures, soit une heure par jour travaillé, bien que ne disposant plus de ses décomptes horaires.

Enfin, il a allégué que son employeur n'était pas autorisé à déduire de son dernier salaire les heures de travail non effectuées puisque celles-ci avaient été accumulées parce que son employeur n'avait pas planifié correctement son emploi du temps.

A l'appui de ses allégués, il a notamment produit les plannings le concernant pour les mois d'août à décembre 2007, janvier à avril, juin et novembre 2008, avril à juin 2009, avril, mai, novembre et décembre 2010 et janvier à juin 2011. Certains de ces documents sont annotés de manière manuscrite.

Les documents 2007 et 2008 indiquent en bas de page "*Patrouille : Pause incluse dans les heures. A prendre impérativement en tournus. Pauses non payées*".

b. Par mémoire de réponse du 17 septembre 2012, complété le 1^{er} octobre 2012, A_____ s'est engagée à verser la somme brute de 141 fr. 60 (21 fr. 60 de différence de salaire et 120 fr. de service de piquet) à B_____ pour solde de tout compte, concluant au déboutement de ce dernier pour le surplus.

Elle n'a pas nié que son employé avait effectué les heures alléguées mais considère que celles-ci ne doivent pas être rémunérées puisque la LTr prévoit uniquement l'indemnisation des heures excédant 60 heures par année, ce qui n'avait jamais été le cas, et qu'au demeurant celles-ci avaient été compensées par des congés au moins équivalents, si ce n'est supérieurs, conformément à la CCT.

Par ailleurs, aucune déduction horaire n'avait été opérée s'agissant des heures de pauses comme l'indiquait expressément chaque décompte par la mention "*pauses incluses dans les heures*", de sorte qu'aucune rémunération supplémentaire n'était due.

Enfin, son employé avait signé un décompte d'heures laissant apparaître un solde négatif de 68 heures au terme de son service de sorte qu'elle était créancière d'une somme équivalente à 30 heures de travail soit 829 fr. 50.

A_____ a produit les relevés d'heures de B_____ de 2009 à 2011. Dans ces documents, les jours de repos apparaissent sous forme de pointillés à la suite des dates sous les colonnes "service" et "mission". Les jours de vacances, maladie, service militaire ou indisponibilités sont précisés par une lettre entre la colonne "mission" et celle "horaire", les "i" indiquant les indisponibilités correspondant aux jours où l'employé ne désirait pas travailler.

Les relevés d'heures susmentionnés laissent apparaître 16 jours d'indisponibilité en 2009, 23 jours en 2010 et 20 jours en 2011.

c. Par pli déposé au greffe du Tribunal de 6 février 2013, B_____ a allégué qu'il fallait distinguer la planification de l'horaire de travail du nombre d'heures effectivement accomplies, qu'il arrivait fréquemment que le planning ne corresponde pas à l'activité réellement accomplie (remplacement, heures en plus), c'est pourquoi il était de règle qu'un agent remette à son employeur une fiche des heures réellement accomplies à la fin de chaque semaine ou chaque mois de service, l'employeur délivrant un décompte à l'employé après vérification. Cette procédure n'existait pas au sein de A_____. Dès lors, les relevés d'heures étaient biaisés, au moins partiellement puisque les plannings ne tenaient pas compte des heures effectivement accomplies. En outre, les heures effectuées de nuit, le dimanche et les jours fériés officiels n'avaient pas été majorés des 10% prévus. Enfin, les jours de maladie et de service militaire devaient être pris en compte pour calculer la durée annuelle de travail.

d. Dans sa réponse du 15 février 2013, A_____ a allégué qu'il avait été tenu compte des majorations pour les nuits, dimanches et jours fériés mais que de 2009 à 2011 B_____ n'avait jamais travaillé le nombre d'heures contractuellement prévues, soit 2'160 heures par an, puis qu'il n'avait effectué que :

- 2'138.91 heures en 2009, soit 1'832.2 heures normales + 18 heures de majorations pour les dimanches + 3.6 heures de majorations pour les jours fériés + 3.25 heures de majorations pour le travail de nuit + 161.88 heures (19 jours) de vacances + 61.6 heures (10 jours) de maladie + 58.38 heures (7 jours) de service militaire;
- 2'109.86 heures en 2010, soit 1'775 heures normales + 19.2 heures de majorations pour les dimanches + 3.3 heures de majorations pour le travail de

nuit + 178.92 heures (21 jours) de vacances + 133.44 heures (16 jours) de service militaire;

- 1'076.87 heures pour le premier semestre 2011, soit 811 heures normales + 8.4 heures de majorations pour les dimanches + 2.4 heures de majorations pour les jours fériés + 1.45 heures de majorations pour le travail de nuit + 161.88 heures (19 jours) de vacances + 91.74 heures (11 jours) de service militaire.

B_____ avait donc accumulé 74.36 heures négatives sur ses trois dernières années d'emploi (21.09 en 2009, 50.14 en 2010 et 3.13 en 2011) tout en ayant disposé de 59 jours de disponibilité (16 en 2009, 23 en 2010 et 20 en 2011), soit 708 heures de travail.

e. Lors de l'audience de débats du 5 mars 2013, A_____ a indiqué que les heures de piquet n'étaient pas comptabilisées puisqu'elles étaient indemnisées.

B_____ a exposé ne pas détenir d'autres décomptes que ceux déjà versés à la procédure. Il n'a pas contesté les jours notés comme « i » (pour indisponibilité), ni le fait qu'il n'avait pas travaillé durant ceux-ci, relevant toutefois qu'il n'avait pas toujours demandé à ne pas travailler au cours de ces périodes.

A l'issue de l'audience, lors des plaidoires finales, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

- C. Par jugement du 23 juillet 2013, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal, après avoir déclaré la demande recevable (ch. 1 du dispositif), a condamné A_____ à payer à B_____ la somme de 6'532 fr. 45 bruts (ch. 2), a donné acte à A_____ de son engagement de verser à B_____ les sommes de 21 fr. 60 et 120 fr., l'y condamnant en tant que de besoin (ch. 3 et 4), a invité les parties qui en ont la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 5) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

Le Tribunal a notamment retenu que les parties avaient été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO et que les rapports de travail étaient régis, depuis le 1er juin 2005, par les dispositions impératives de la CCT et, à titre supplétif, les clauses du contrat de travail et du règlement d'entreprise du 10 octobre 2005.

La rémunération des heures réclamée par l'employé ne pouvait être admise au titre de travail supplémentaire au sens de l'art. 13 LTr puisqu'elles ne dépassaient pas le seuil de 60 heures pour chacune des années en cause. En revanche, au regard du code des obligations, ces heures supplémentaires, soit les heures alléguées dépassant les 50 heures par semaine, dont il n'avait pas été prouvé pour les années 2008 à 2011 qu'elles avaient été compensées par des congés, devaient être rémunérées conformément à l'art. 321c CO, ce qui représentait une somme de

5'702 fr. 95. Cette somme, bien que supérieure à celle réclamée pour ce poste pouvait être allouée puisqu'elle était inférieure à la somme totale réclamée.

Par ailleurs, le travailleur n'avait pas prouvé ne pas avoir pu prendre ses pauses et, quand cela était malgré tout possible, devoir rester à disposition de son employeur, pas plus qu'il n'avait prouvé avoir signalé à son employeur avoir travaillé durant ses pauses de sorte que la demande devait être rejetée sur ce point.

Enfin, le travailleur avait été empêché d'effectuer ses heures de travail en raison d'une mauvaise planification par son employeur si bien que la déduction de 829 fr. 50 n'était pas justifiée.

D. a. Par acte du 16 septembre 2013, A_____ (ci-après : l'appelante) appelle de ce jugement et conclut à l'annulation des chiffres 2, 5 et 6 du dispositif du jugement et au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

b. Par mémoire de réponse du 15 octobre 2013, B_____ (ci-après : l'intimé) conclut, sur appel principal, au déboutement de A_____ des fins de son appel et à la confirmation du jugement, et, subsidiairement, si par impossible la Cour devait considérer que le Tribunal a statué ultra petita, à la condamnation de A_____ à lui verser la somme brute de 1'358 fr. 90 à titre de majoration des heures dépassant les 50 heures par semaine, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2011.

Sur appel joint, il conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il le déboute de ses conclusions en paiement de 8'211 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2011, au titre de rémunération pour pauses non prises et à la confirmation du jugement pour le surplus.

Il produit trois pièces nouvelles.

c. A_____ conclut au rejet de l'appel joint.

d. Par avis du 19 novembre 2013, les parties ont été informées de la mise en délibération de la cause.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

La valeur litigieuse était de 14'884 fr. 60 devant l'instance précédente de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Formés dans les délais et selon la forme prescrits par la loi auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) par des parties qui y ont intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel et l'appel joint sont recevables (art. 130, 131, 311 al. 1 et 313 al. 1 CPC).

1.3 La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Le litige, dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., est soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC).

La maxime inquisitoire sociale est applicable (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).

2. L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

En l'espèce, les pièces produites par l'intimé en appel ne constituent pas des pièces nouvelles de par leur contenu puisqu'elles consistent uniquement à reproduire sous une autre forme (tableau) le contenu de pièces déjà produites par l'appelante (pièces 5 à 7 déf.) devant le Tribunal.

Dès lors, ces pièces seront déclarées recevables.

3. Les parties sont liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO, les dispositions applicables étant celles de la CCT et, à titre supplétif, les clauses du contrat de travail et du règlement d'entreprise du 10 octobre 2005 (art. 9 du contrat).
4. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir statué extra petita et en violant son droit à la preuve en accordant à l'intimé, sans en avoir préalablement informé les parties, la rémunération d'heures supplémentaires, au sens de l'art. 321c CO, alors que ce dernier s'était limité à réclamer le paiement de son travail supplémentaire, en application de l'art. 13 LTr.

4.1.1 Le droit d'être entendu, ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. féd. en tant que garantie constitutionnelle minimale, se trouve réglé au niveau légal par l'art. 53 CPC, pour le domaine d'application du CPC. La jurisprudence développée en relation avec l'art. 29 al. 2 Cst. féd. doit donc aussi être prise en compte pour l'interprétation de l'art. 53 CPC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_109/2012 du 3 mai 2012 consid. 2.1).

Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à

tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2; 127 I 54 consid. 2b; 124 I 48 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_561/2011 du 19 mars 2012 consid. 10.1).

D'une manière générale, le juge n'a pas à soumettre à la discussion des parties les principes juridiques sur lesquels il va fonder son jugement. En vertu de la règle "*jura novit curia*" (art. 57 CPC), il n'est en principe pas lié par les moyens de droit développés par les parties. Le juge peut ainsi appliquer d'office, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème de droit, une autre disposition de droit matériel pour allouer les conclusions du demandeur (ATF 126 I 97 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_561/2011 du 19 mars 2012 consid. 10.1).

Toutefois, afin de respecter le droit d'être entendu des parties, le juge doit les interpellier lorsqu'il envisage de fonder sa décision sur une norme ou un principe juridique non évoqués dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence in casu (arrêts du Tribunal fédéral 4A_35/2013 du 15 mars 2013 consid. 4 ; 5A_561/2011 du 19 mars 2012 consid. 10.1, non publié in ATF 138 III 289 ; 5A_795/2009 du 10 mars 2010 consid. 3.1, non publié in ATF 136 III 123).

Dans la mesure où l'instance précédente a violé des garanties formelles de procédure, la cassation de sa décision est la règle, les justiciables ayant en principe le droit au respect des degrés de juridiction (arrêt du Tribunal fédéral 8C_241/2007 du 9 juin 2008 consid. 1.3.2). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours au fond. Toutefois une violation pas particulièrement grave du droit d'être entendu peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pouvoir d'examen en fait comme en droit. Même en cas de violation grave du droit d'être entendu, la cause peut ne pas être renvoyée à l'instance précédente, si et dans la mesure où ce renvoi constitue une démarche purement formaliste qui conduirait à un retard inutile, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée (comparé à celui d'être entendu) à un jugement rapide de la cause (ATF 137 I 195 consid. 2.2, 2.3.2 et 2.6 = SJ 2011 I 345).

4.1.2 Le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse (art. 58 al. 1 CPC).

Lorsque le tribunal est tenu d'appliquer le droit d'office, il ne viole pas la maxime de disposition s'il admet la demande par une autre motivation juridique que celle articulée par le demandeur. Le principe "*ne eat iudex ultra petita partium*" n'est pas violé lorsque sous l'angle juridique, le tribunal apprécie la prétention objet de

la demande d'une manière qui s'écarte en tout ou partie de la motivation présentée par les parties, pour autant qu'il demeure dans le cadre des conclusions (ATF 120 II 172 c. 3a).

Le tribunal est en revanche lié par l'objet et la mesure des conclusions, en particulier si dans ses conclusions, le demandeur a lui-même qualifié ou limité ses prétentions (arrêt du Tribunal fédéral 4A_464/2009 du 15 février 2010 consid. 4.1).

La question de savoir si le tribunal a accordé plus ou autre chose que ce qu'une partie au procès a demandé se détermine en premier lieu selon les conclusions formulées (arrêt du Tribunal fédéral 4A_307/2011 du 16.12.2011 c. 2.4).

Dans les procédures régies par la maxime des débats, lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes de dommage reposant sur la même cause, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé. Il peut donc - dans des limites à fixer de cas en cas - allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre (ATF 119 II 396 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_225/2010 du 2 novembre 2010 consid. 4.1).

4.2 En l'espèce, les parties se sont exprimées sur le paiement "d'heures supplémentaires" au regard de la loi sur le travail. Seule la question de savoir si l'art. 13 LTr permettait la rémunération de ces heures a été discutée, à l'exclusion de l'application de l'art. 321c CO, dont les parties n'ont, à aucun moment, exprimé qu'elle pourrait être envisagée. Si le Tribunal était théoriquement en droit de faire application de l'art. 321c CO en vertu du principe "jura novit curia", il ne pouvait toutefois pas le faire sans avoir préalablement consulté les parties quant à l'application de cette disposition et aux faits pertinents s'y rapportant, aucun allégué n'ayant été formulé sur l'éventualité d'heures supplémentaires au sens de la disposition précitée.

Les premiers juges ont, dès lors, violé le droit d'être entendu des parties qui n'ont, notamment, pas pu s'exprimer sur la question de savoir si l'intimé a, de leur point de vue, effectué plus d'heures de travail que celles contractuellement prévues. Cette violation, qui porte sur le fondement même de la prétention de l'intimé, ne saurait être réparée dans le cadre de la procédure d'appel et le droit des parties au double degré de juridiction doit être respecté.

Dès lors, l'appel sera admis et la décision attaquée annulée sur ce point, la cause étant renvoyée au Tribunal (art. 318 al. 1 let. c CPC), pour instruction et nouvelle décision.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner dans le cadre du présent appel si le Tribunal a statué ultra petita en admettant l'existence d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO. En revanche, il appartiendra au

Tribunal de se pencher sur cette question avant d'examiner, cas échéant, si l'intimé a effectué plus d'heures que celles contractuellement prévues.

5. Sur appel joint, l'intimé reproche au Tribunal de ne pas lui avoir accordé la rémunération de ses heures de pauses non prises.

5.1 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

Avec la maxime inquisitoire sociale, applicable en l'espèce (cf. consid. 1.3 supra), le juge n'est pas lié par l'offre de preuve des parties. S'il l'estime lacunaire, il a le devoir de rechercher lui-même des preuves pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents. Le juge peut de même inviter cette partie à compléter ses moyens, par exemple si les documents produits sont insuffisants (ATF 139 III 13 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2011 du 2 novembre 2011, consid. 2.2; ATF 136 III 74 consid. 3.1 p. 80; 125 III 231 consid. 4a).

Le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC).

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 et les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves (SJ 1984 25).

5.2 En l'espèce, l'intimé ne conteste pas avoir failli à prouver son absence de pause, mais il reproche au Tribunal de ne pas avoir statué "*en équité*" au motif que l'absence de preuve est due à son employeur qui n'avait pas mis en place de système permettant aux employés de réclamer le paiement des heures de pauses non prises.

Certes, l'appelante n'avait pas élaboré de formulaire permettant à ses salariés d'indiquer s'ils n'avaient pas pris leur pause. Toutefois, l'intimé n'a ni allégué ni prouvé avoir porté à la connaissance de son employeur qu'il n'était pas en mesure de prendre ses pauses. Il n'a pas non plus soutenu qu'il aurait été empêché d'exprimer sa revendication. Ce manque total de réactivité de l'intimé est d'autant plus étonnant qu'il prétend n'avoir pu prendre aucune de ses pauses pendant une année et demie.

Par ailleurs, un témoin a déclaré qu'il appartenait aux employés de signaler à l'employeur lorsque les pauses étaient non prises et un autre témoin a indiqué qu'il était rare que les agents n'aient pas la possibilité de les prendre. Aucun élément apporté à la procédure ne vient contredire ces déclarations.

Enfin, dès lors que l'intimé n'avait pas allégué avoir informé son supérieur ni nommé quiconque pouvant relater qu'il ne prenait pas ses pauses, on ne saurait reprocher au Tribunal de ne pas avoir ordonné d'autres actes d'instructions tendant à prouver les allégués de l'intimé.

Eu égard aux preuves dont il disposait, c'est à juste titre que le Tribunal les a appréciées en retenant que l'intimé n'avait pas prouvé ne pas avoir pris ses pauses.

Le jugement sera dès lors confirmé sur ce point.

6. L'appelante reproche enfin au Tribunal d'avoir retenu qu'elle n'avait pas correctement planifié le travail de l'intimé, alors que ce dernier n'avait pas pu remplir ses obligations contractuelles en réclamant un grand nombre de jour d'"indisponibilité".

6.1 Selon l'art. 324 al. 1 CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, le travailleur a droit à son salaire indépendamment du fait qu'il n'a pas exécuté sa prestation.

L'art. 11 de la CCT prévoit d'ailleurs que si la durée du travail des collaborateurs rétribués au mois s'écarte, sur ordre de l'employeur, de la durée annuelle de travail convenue, une compensation intervient sous forme de temps de travail complémentaire, étant précisé que les heures en moins ne doivent pas dépasser le nombre de 30.

Toutefois, l'art. 324 al. 1 CO est une règle impérative, de sorte que le travailleur ne peut pas valablement renoncer à son bénéfice pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (art. 362 et 341 al. 1 CO).

La demeure de l'employeur suppose, en principe, que le travailleur ait clairement offert ses services (arrêt du Tribunal fédéral 4A_552/2008 du 12 mars 2009 consid. 4.1 non publié dans l'ATF 135 III 349 et les références citées).

6.2 En l'espèce, l'appelante donne la possibilité à ses agents de se mettre en jour "d'indisponibilité", c'est-à-dire d'annoncer qu'ils ne désirent pas travailler certains jours sans que cela soit compté comme un jour de vacances. Il s'agit bien d'une possibilité puisqu'aucune disposition légale ne prévoit un tel droit. L'employeur était donc légitimé à refuser les jours d'indisponibilité réclamés par l'intimé s'il estimait que celui-ci n'avait pas encore effectué ses heures de travail contractuelles. Dès lors qu'elle était en charge de l'organisation du travail, il appartenait à l'appelante de refuser ces jours d'indisponibilité à l'intimé ou d'obliger celui-ci à réclamer des vacances.

Par conséquent, l'appelante n'avait pas la faculté, comme elle l'a fait, de laisser l'intimé accumuler des heures de travail négatives pour ensuite opérer une

déduction de 829 fr. 50 brut sur son dernier salaire. C'est donc à juste titre que le Tribunal a condamné l'appelante à rembourser cette somme à l'intimé.

La décision querellée sera donc également confirmée sur ce point.

7. Il n'est pas perçu de frais (art. 71 RTFMC), ni alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :

À la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ et l'appel joint formé par B_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes JTPH/232/2013 du 23 juillet 2012 rendu en la cause C/8046/2012-4.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif de ce jugement en tant qu'il condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 5'702 fr. 95 brut à titre d'heures supplémentaires.

Renvoie la cause au Tribunal pour instruction et nouvelle décision sur ce point.

Confirme le chiffre 2 du dispositif de ce jugement en tant qu'il condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 829 fr. 50 déduite de son dernier salaire.

Confirme le jugement pour le surplus.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente, Messieurs Michel BOHENBLUST, juge employeur, Yves DELALOYE, juge salarié; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile ; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires ; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 15'000.- fr.