



Monsieur  
E. \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Catherine MOTAMEDI  
Rue François-Bellot 2  
1206 GENEVE

Monsieur  
T. \_\_\_\_\_  
Route Impériale  
F - 74200 ANTHY

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du vendredi 25 octobre 2002

- M. Axel TUCHSCHMID, président
- M. Jean-Claude GAUTHEY et Mme Johanna HARRY, juges employeurs
- MM. Francis KOHLER et Pascal FOUVY, juges salariés
- M. Didier PERRUCHOUD, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. E. \_\_\_\_\_ a exploité l'entreprise  
X \_\_\_\_\_.

T. \_\_\_\_\_, domicilié à Anthy en France voisine, a commencé à travailler le 1<sup>er</sup> mars 2000, pour E. \_\_\_\_\_, moyennant un salaire mensuel de fr. 3'500.-- lesquels étaient remis de la main à la main ; selon l'employeur, les cotisations AVS ont été versées.

B. Par contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000, E. \_\_\_\_\_ a engagé T. \_\_\_\_\_ en qualité de technicien audio-visuel qualifié. L'entrée en fonction a été fixée au 1<sup>er</sup> mai 2000 et pour une durée indéterminée. Les parties ont convenu d'un temps d'essai d'un mois. Aux termes de ce contrat, la résiliation devait être notifiée par écrit et par courrier en voie recommandée. Le délai de résiliation a été fixé, durant les douze premiers mois, à un mois et à partir du 13<sup>e</sup> mois, à deux mois, prenant effet à la fin d'un mois (art. 335c CO). Le salaire mensuel brut mensuel a été arrêté à fr. 4'500.-- pendant le temps d'essai et il devait être ensuite réévalué. Toujours selon le contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000, le temps de travail dans l'entreprise était de 40 heures hebdomadaires ; compte tenu du domaine d'activité, une souplesse était demandée quant à l'horaire, ainsi que certaines heures supplémentaires inhérentes à la fonction ; les heures supplémentaires seraient compensées en jours de congé. L'employé avait droit à quatre semaines de vacances par année. L'acte du 1<sup>er</sup> mai 2000 fait état d'un permis frontalier obtenu le 12 avril précédent.

Le salaire mensuel dû à l'employé devait être versé treize fois l'an.

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001, ce salaire a été porté à fr. 4'650.-- brut par mois.

C. En 2000-2001, l'entreprise X \_\_\_\_\_ comportait cinq à six collaborateurs. A1 \_\_\_\_\_ a été l'un des responsables.

Selon E. \_\_\_\_\_, à une certaine époque, A1 \_\_\_\_\_ lui a proposé de s'occuper de la tenue des décomptes d'heures de travail du personnel, ce que l'employeur a accepté ; aux dires de ce dernier, A1 \_\_\_\_\_ a établi ces décomptes pour lui-même et T. \_\_\_\_\_.

Ce dernier et A1 \_\_\_\_\_ venaient ensemble au travail.

A1 \_\_\_\_\_ n'a pas eu à se plaindre de T. \_\_\_\_\_ qu'il a qualifié de nerveux mais de pas grossier. Selon A1 \_\_\_\_\_, l'entreprise souffrait d'un manque de communication dont il s'est dit le premier responsable ; toujours d'après A1 \_\_\_\_\_, la secrétaire a, pour une bonne part, été responsable du mauvais climat qui régnait.

Des clients ou des fournisseurs ont formulé des remarques relatives à des retards – parfois de deux heures – de T. \_\_\_\_\_. Il est arrivé à A2 \_\_\_\_\_, secrétaire-comptable, de devoir porter elle-même du matériel aux fournisseurs, car T. \_\_\_\_\_ était en congé compensatoire non annoncé.

Le 26 avril 2001, un incident a opposé E. \_\_\_\_\_ et T. \_\_\_\_\_ ; l'employeur a reproché à son collaborateur d'avoir égaré une cassette ; selon E. \_\_\_\_\_, sa partie adverse l'a traité de « dingue » et lui a notamment dit « qu'il devait se faire soigner » et « qu'il n'avait qu'à le licencier » ; T. \_\_\_\_\_ conteste avoir tenu de tels propos. A2 \_\_\_\_\_ a entendu les éclats de voix des parties, que l'employé a qualifié E. \_\_\_\_\_ d' « enfoiré » et lui dire « qu'il ne savait pas ce qu'il disait » ; l'employeur a alors annoncé à T. \_\_\_\_\_ qu'il était « viré » et l'intéressé a répondu « tant pis, je n'attendais que ça ».

Selon T. \_\_\_\_\_, après cette dispute, il s'attendait plus ou moins à recevoir une lettre de congé ; dix minutes après l'incident, son employeur lui a signifié son congé.

Par lettre recommandée du 27 avril 2001, postée le même jour, E. \_\_\_\_\_ a licencié T. \_\_\_\_\_ avec effet au 31 mai 2001, en raison de son attitude

irrespectueuse et de son état d'esprit qui démontrait un désintérêt à une bonne collaboration ; E.\_\_\_\_\_ a exigé de l'employé une attitude correcte jusqu'à la fin du contrat et qu'il assumât ses tâches de manière à ne pas léser la clientèle.

Du livret postal produit par T.\_\_\_\_\_, il résulte que la susdite lettre est parvenue au bureau postal de destination le 30 avril 2001.

Cette lettre du 27 avril 2001 a également été envoyée par pli simple.

Selon T.\_\_\_\_\_, il a reçu ce courrier en plis simple et recommandé, respectivement les 2 et 3 mai 2001 ; l'intéressé a encore déclaré avoir appris la réception du pli recommandé par un téléphone de son père le 2 mai et avoir reçu le pli simple le même jour ou le lendemain.

Le 2 mai 2001, T.\_\_\_\_\_ a travaillé pour E.\_\_\_\_\_ ; selon l'employé, ayant pris connaissance de la lettre de congé - envoyée par pli simple - le soir du 2 mai 2001, il a téléphoné à son collègue A1\_\_\_\_\_, lequel lui a conseillé de compenser ses heures de travail supplémentaires.

A1\_\_\_\_\_ a confirmé avoir conseillé à T.\_\_\_\_\_ de récupérer ses heures dans les premiers jours du mois de mai 2001 et l'avoir rappelé, un vendredi, pour effectuer une tâche. A1\_\_\_\_\_ n'avisait pas l'employeur des absences de T.\_\_\_\_\_.

Ce dernier n'a pas travaillé les 3, 4, 8, 9, 10 et 14 mai 2001 ; le 11 mai 2001, il s'est donc rendu au travail, à la demande de A1\_\_\_\_\_.

Le 4 mai 2001, T.\_\_\_\_\_ a déposé, au greffe de la juridiction des prud'hommes, une demande par laquelle il a conclu à la condamnation d'E.\_\_\_\_\_ à payer fr. 9'000.-- comme salaires d'avril et mai 2001, fr. 4'500.-- à titre de 13<sup>e</sup> salaire, fr. 375.-- comme part du 13<sup>e</sup> salaire 2001 et fr. 1'800.-- à la suite d'un trop perçu d'impôts à la source.

Par lettre du 14 mai 2001, envoyée par plis simple et recommandé, E.\_\_\_\_\_ a résilié, avec effet immédiat, le contrat de travail de

T. \_\_\_\_\_ ; tout en manifestant sa surprise d'avoir reçu une assignation en paiement du Tribunal des prud'hommes, l'employeur a invoqué les absences de l'intéressé les 3, 4, 7, 8, 9, 10 et 14 mai 2001 sans excuse ni justification.

Du 12 au 18 et le 29 mai 2001, T. \_\_\_\_\_ a travaillé pour DORIER SA, moyennant un salaire de fr. 250.-- par jour, soit fr. 2'000.--.

- D. Dans le cadre de l'instruction de la cause, en plus de l'audition des parties, le Tribunal des prud'hommes a recueilli les dépositions des témoins A1 \_\_\_\_\_ et A2 \_\_\_\_\_. Au cours de l'audience du 20 septembre 2001, le demandeur a déclaré réclamer fr. 9'300.-- pour les mois de mai et juin 2001, comme délai de congé, un mois de salaires pour licenciement immédiat injustifié, fr. 3'000.-- et fr. 2.325.-- à titre de 13<sup>e</sup> salaires pour 2000 et 2001, fr. 2'571,70 (solde de 12 jours de vacances non prises) et fr. 5'710,95 pour 156 heures de travail supplémentaires non compensées ; au terme de cette audience du 20 septembre 2001, T. \_\_\_\_\_ a indiqué abandonner sa prétention en annulation des impôts prélevés à la source.

Selon le demandeur, il a retrouvé un emploi un bon mois après son licenciement.

Dans son écriture déposée le 29 octobre 2001, le défendeur a conclu à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser à T. \_\_\_\_\_ la somme de fr. 899,50 pour solde de tout compte et de toute prétention résultant du contrat de travail ; E. \_\_\_\_\_ a conclu, pour le surplus, au déboutement de sa partie adverse de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions.

Par jugement du 22 novembre 2001, communiqué par plis recommandés le 8 février 2002, le Tribunal des prud'hommes a donné acte à E. \_\_\_\_\_ de ce qu'il reconnaissait devoir à T. \_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 5'325.-- avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 mai 2001, l'a condamné, en tant que de besoin, au paiement de ce montant ; E. \_\_\_\_\_ a été condamné à payer à sa partie adverse la somme brute de fr. 5'319,50 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mai 2001, la partie qui en avait la charge a été invitée à opérer les déductions sociales et légales usuelles ; le Tribunal a débouté les parties de toute autre conclusion.

Après avoir déclaré de nul effet le congé signifié le 14 mai 2001 et qui ne reposait pas sur une motivation essentiellement différente de la première résiliation des 26-27 avril précédents, les premiers juges ont retenu que le demandeur était fondé à réclamer son salaire jusqu'au terme ordinaire du contrat, soit jusqu'au 31 mai 2001, sous déduction des gains provenant d'un autre emploi (fr. 4'650.-- - fr. 2'000.--). Une somme de fr. 4'937,50 a été allouée à T.\_\_\_\_\_ à titre de 13<sup>e</sup> salaire pour l'année 2000 (fr. 3'000.--) et 2001 (fr. 1'937,50). Le Tribunal a ensuite tenu pour acquis l'accomplissement par l'employé de 66 et 56 heures supplémentaires, non compensées pour 2000 et 2001 sous imputation des jours non travaillés en mai 2001, soit un solde de 66,30 heures que l'employeur était tenu de rémunérer à 125% sur la base du salaire versé en 2000, soit fr. 32,50 l'heure ; un montant brut de fr. 2'156,35 a ainsi été arrêté en faveur de T.\_\_\_\_\_. Ce dernier a enfin été reconnu fondé dans sa réclamation de fr. 900,65 brut au titre d'indemnité de vacances non prises, soit 4,33 jours.

- E. Par acte déposé le 13 mars 2002, E.\_\_\_\_\_ a appelé du susdit jugement, concluant l'annulation de la décision attaquée à ce que, statuant à nouveau, la Cour d'appel lui donne acte de ce qu'il reconnaît devoir à sa partie adverse fr. 1988,25 brut pour solde de tout compte et de toute prétention résultant du contrat de travail du 1<sup>er</sup> mai 2000, le condamne en tant que de besoin au paiement de ce montant et l'invite à opérer les déductions sociales et légales usuelles sur la susdite somme ; le déboutement de l'intimé de toutes autres ou plus amples ou contraires conclusions est requis.

Dans sa réponse du 3 mai 2002, l'intimé a requis la confirmation du jugement.

Les parties ont été entendues par la Cour d'appel le 6 mai 2002. Par décision de la même date, la Cour d'appel a invité T.\_\_\_\_\_ à produire les relevés de son ou de ses comptes ouverts auprès de l'UBS et relatifs aux mois de janvier à juillet 2001, a invité l'intimé à produire toute pièce utile établissant le ou les revenus qu'il a perçus en juin 2001 ainsi qu'à communiquer les susdits relevés et pièces à E.\_\_\_\_\_ et au greffe de la juridiction des prud'hommes, dans un délai de 10 jours dès la réception de cette décision ; la Cour a imparti aux parties un délai de 15 jours à compter de la réception par E.\_\_\_\_\_ des susdits relevés et

pièces pour déposer leurs observations écrites au greffe de la juridiction des prud'hommes.

Le 21 juin 2002, T. \_\_\_\_\_ a déposé une lettre du 17 du même mois et des relevés de son compte UBS aux 31 janvier, 28 février, 31 mars et 30 avril 2001.

Aucune observation écrite n'a été déposée.

Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art.59 LJP), l'appel est recevable.
2. A juste titre, les premiers juges ont retenu la compétence des juridictions genevoises et l'application du droit suisse (art. 115 al. 1 et 121 al. 1 LDIP).
3. Selon l'appelant, le contrat de travail a été valablement résilié avec effet immédiat, pour justes motifs, par sa lettre du 14 mai 2001.

Dans cette missive, l'employeur a invoqué les absences de sa partie adverse depuis le 2 mai, soit un motif différent de celui du congé notifié à la fin avril 2001 lequel avait mis en cause l'attitude de l'employé.

Sur ce point, la motivation des premiers juges ne peut donc pas être suivie dans la mesure où ils ont retenu, en substance, que les motifs des licenciements se fondaient sur des circonstances identiques ou comparables.

L'article 337 al.1 CO stipule que l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie

immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande.

Selon le deuxième alinéa de cette disposition, sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances, qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.

Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir ruiné la confiance qui est la base essentielle du rapport de travail, voire l'avoir ébranlée à tel point qu'on ne saurait exiger de l'employeur la continuation de celui-ci. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Un tel manquement suppose que le travailleur a violé soit l'une de ses obligations au travail, soit son devoir de fidélité. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 121 III 467 = JdT 1996 I 381 avec les références).

La résiliation immédiate n'est admissible qu'en dernier ressort que lorsque l'on ne peut même plus exiger du partenaire contractuel qu'il résilie les rapports de travail en respectant les délais ordinaires de congé ou, dans le cas d'un contrat de durée déterminée, qu'il attende la fin des relations contractuelles (...). En revanche, des violations moins graves d'obligations tel un comportement incorrect ou déloyal envers un employeur ne rendent en général impossible la continuation des rapports de travail que lorsqu'elles ont été réitérées malgré un ou plusieurs avertissements. Cette condition est requise parce qu'avant d'en arriver au point de non retour, on peut encore s'attendre à ce que le rapport de confiance soit ébranlé et que l'avertissement donné au travailleur détournera ce dernier de commettre d'autres violations de ses devoirs (ATF 117 II 560 = JdT 1993 I 148).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs. Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (...). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive.

Lorsqu'un congé ordinaire a déjà été signifié, on doit se montrer encore plus réservé quant à l'admission de justes motifs fondant un congé donné ultérieurement. Plus la durée du contrat restant à courir après la signification du congé ordinaire est courte, plus il est possible d'exiger de la part de l'employeur la continuation jusqu'à la fin ordinaire des rapports de travail (ATF 104 II 28 = JdT 1978 I 514).

Il y a abandon d'emploi, au sens de l'art. 337d al. 1 CO, lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs, ce qui présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif de poursuivre l'exécution du travail confié (ATF 112 II 41 = SJ 1986 p. 388 ; SJ 1997 p. 149).

En l'espèce, l'abandon d'emploi ou l'existence de justes motifs ne peut pas être envisagée.

En effet, ce fut sur conseil de A1\_\_\_\_\_, pour compenser ses heures de travail supplémentaires, que T.\_\_\_\_\_ n'a pas travaillé les 3, 4, 8, 9, 10 et 14 mai 2001 ; d'ailleurs, à la demande de A1\_\_\_\_\_, l'intimé s'est rendu au travail le 11 mai 2001.

A1\_\_\_\_\_, l'un des responsables de l'entreprise X\_\_\_\_\_, s'occupait notamment de la tenue des décomptes d'heures de travail de T.\_\_\_\_\_.

En conséquence, le conseil donné par A1\_\_\_\_\_ à l'intimé de ne pas se rendre au travail en mai 2001 est opposable à l'appelant ; le fait que T.\_\_\_\_\_ n'a pas travaillé en mai 2001 ne saurait donc constituer un juste motif de résiliation.

Le congé notifié par lettre du 14 mai 2001 est donc nul.

Partant, la réclamation formulée par E.\_\_\_\_\_ en fr. 1'162,50 sur la base de l'art. 337d al. 1 CO est écartée.

Il découle également de la solution adoptée précédemment que c'est le congé signifié le 27 avril 2001 qui déploie ses effets.

4. Selon le contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000, signé par les parties, la résiliation devait être notifiée par écrit et par courrier, en voie recommandée.

Le contrat de travail peut prévoir que le congé doit être donné sous une forme particulière. Lorsque les parties n'ont pas précisé si la forme stipulée était un simple moyen de preuve ou une condition de validité, c'est cette dernière éventualité qui est présumée. Cette présomption peut cependant être renversée par les circonstances du cas d'espèce (SJ 1953 p. 217 ; Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, p. 93-94 No 165 ; Engel, Traité des obligations en droit suisse, p. 258).

En l'espèce, aucun élément concret du dossier ne justifie de retenir que la forme écrite de la résiliation, prévue par le contrat, n'aurait constitué qu'un moyen de preuve. En conséquence, le congé n'a pas été valablement notifié lors de l'entretien verbal des parties du 26 avril 2001 mais il l'a été par la lettre de l'employeur du 27 avril 2001.

La résiliation est une manifestation de volonté soumise à réception qui ne produit ses effets que lorsqu'elle parvient à son destinataire (ATF 113 II 259 = JdT 1988 I 175).

Il appartient à la partie qui a dénoncé le contrat de prouver qu'elle l'a fait en temps voulu ; celui qui se prévaut de faits libératoires doit les prouver (Tercier, Les contrats spéciaux, No 2812).

La lettre du 27 avril 2001 a donc été envoyée par plis simple et recommandé.

Si, selon l'appelant, le pli simple est arrivé le 30 avril 2001, ce fait n'a pas été établi. La réception, à cette date, par le bureau postal français, ne constitue pas un élément déterminant relatif au pli simple. D'après le cours ordinaire des choses, la missive envoyée par pli recommandé serait parvenue à son destinataire au plus tôt

le 1<sup>er</sup> mai 2001 à supposer qu'en France le courrier soit distribué le 1<sup>er</sup> mai. T.\_\_\_\_\_ affirme avoir reçu les plis simple et recommandé respectivement les 2 et 3 (voire le 2) mai 2001 et que son père l'a avisé, le 2, du courrier recommandé. Cette allégation est confirmée par le fait que l'intimé a travaillé le 2 mai 2001.

De toute manière, sur la base de ce qui a été développé ci-dessus, la Cour d'appel ne retient pas que la lettre de congé aurait été reçue en avril 2001 ; elle est parvenue à son destinataire au plus tôt le 2 mai 2001.

Cette solution fait qu'en référence au contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000, le délai de résiliation était de deux mois - pour la fin d'un mois – les rapports de travail ayant dépassé la durée de douze mois (art. 4 du contrat et 337c al. 1 CO). C'est dire que le congé a été notifié avec effet au 31 juillet 2001. Cette solution s'impose d'autant plus que T.\_\_\_\_\_ a commencé à travailler pour l'appelant le 1<sup>er</sup> mars 2000. La conclusion formelle de plusieurs contrats successifs n'interrompt pas les rapports de travail selon la loi (ATF 112 II 51 = JdT 1986 I 508 ; SJ 1995 p. 791 ; Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, p. 185).

5. Le salaire de l'intimé était donc dû jusqu'à la fin juillet 2001.

Dans sa lettre du 14 mai 2001, E.\_\_\_\_\_ a manifesté l'intention que l'intimé cessât toute activité pour son entreprise.

T.\_\_\_\_\_ n'était donc plus tenu d'offrir ses services (ATF 118 II 139 = JdT 1993 I 390).

Toutefois, tout revenu procuré par un autre emploi doit être déduit (not. art. 337c al. 2 CO par analogie ; ATF 118 II 139 = JdT 1993 I 390).

Ayant travaillé pour DORIER SA du 12 au 18 mai 2001 et le 29 de ce mois, l'intimé a gagné fr. 2'000.--. Par sa décision du 6 juin 2002, la Cour de céans a invité T.\_\_\_\_\_ à produire toutes pièces utiles établissant ses revenus

perçus en juin 2001, ainsi que les relevés de son ou de ses comptes ouverts auprès de l'UBS et relatifs aux mois de janvier à juillet 2001.

L'intimé a communiqué les relevés de son compte UBS de janvier, février, mars et avril 2001. Les relevés de juin et juillet 2001, sollicités par la juridiction de céans, n'ont donc pas été déposés et l'intimé n'a fourni aucune explication à ce sujet.

Lors de l'audience du 20 septembre 2001, après avoir déclaré avoir retrouvé du travail dans une autre société dès le 6 juillet 2001, T.\_\_\_\_\_ a indiqué que suite à son licenciement, il avait mis un bon mois avant de retrouver un emploi. Cette dernière explication a été protocolée après un paragraphe concernant la lettre de congé du 27 avril 2001 (reçue le 2 mai suivant selon l'intéressé).

Dans ces circonstances, l'intimé n'ayant fourni ni les pièces ni les explications requises par la décision du 6 juin 2002 et relatives aux mois de juin et juillet 2001, la Cour d'appel arrive à la conclusion que T.\_\_\_\_\_ n'est pas fondé dans sa réclamation relative aux salaires des mois de juin et juillet 2002.

Pour le mois de mai 2001, en plus du salaire versé par DORIER SA (fr. 2'000.--), le dossier ne justifie pas d'envisager que l'intimé aurait perçu d'autres revenus. En conséquence, un montant de fr. 2'650.-- (fr. 4'650.-- - fr. 2'000.--) est dû par E.\_\_\_\_\_.

6. Le 13<sup>e</sup> salaire est un élément du salaire (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., ad. art. 332 note 3). En cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, le 13<sup>e</sup> salaire doit être payé en fonction de la durée de ce rapport (ATF 109 II 447 = SJ 1984 p. 448). Cette solution vaut également en cas d'engagement en cours d'année.

Pour la période écoulée du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2000, le montant du 13<sup>e</sup> salaire s'est élevé à fr. 3'000.-- (fr. 4'500.-- : 12 x 8).

La Cour d'appel a retenu ci-dessus (ch. 4 et 5) que le contrat a été résilié avec effet au 31 juillet 2001 et que le salaire de l'employé était dû jusqu'à la fin mai 2001 sous déduction – pour le mois de mai – de fr. 2'000.-- versés dans le cadre d'un autre emploi.

Pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2001, le 13<sup>e</sup> salaire a représenté une somme de fr. 1'937,50 (fr. 4'640.-- : 12 x 5).

Il est rappelé que tout revenu procuré par un emploi doit être déduit.

Comme salaire versé par DORIER SA en mai 2001, l'intimé a donc perçu fr. 2'000.--, ce qui implique pour ce montant de fr. 2'000.--, déduit d'un salaire mensuel, une réduction de fr. 166,65 (fr. 2'000.-- : 12).

Le 13<sup>e</sup> salaire 2001 dû par l'appelant est donc de fr. 1'770,85 (fr. 1'937,50 – fr. 166,65). En conséquence, à titre de 13<sup>e</sup> salaires, la prétention de T. \_\_\_\_\_ est fondée à concurrence de fr. 4'770,85 (fr. 3'000.-- + fr. 1'770,85).

7. Le contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000 a prévu que le temps de travail était de quarante heures par semaine... et que les heures supplémentaires seraient compensées en jours de congé.

Selon l'art. 321c al. 1 CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander.

Le deuxième alinéa de cette disposition prévoit que l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée.

L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (art. 321 c al. 3 CO).

Que les heures supplémentaires aient été proposées plutôt qu'imposées par l'employeur n'est pas décisif. Ce n'est que si le travailleur en prend l'initiative contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prête à discussion (...). En revanche, dès que c'est l'employeur qui y recourt, ces heures sont réputées s'accomplir dans son intérêt (ATF 116 II 69 = JdT 1990 I 384).

Des heures supplémentaires non ordonnées ou non approuvées ne donnent pas lieu aux prétentions visées par l'art. 321c al. 3 CO. Toutefois, l'employeur est tenu de rémunérer les heures lorsqu'il a laissé le travailleur les accomplir (à son su, sinon à son vu) sans rien dire et que le travailleur a pu déduire que ces heures étaient approuvées (SJ 1986 p. 290 et note de M. Aubert ; SJ 1987 p. 546; JAR 1992 p. 116-117; CAPH du 20.2.1996 VI/58/24; CAPH du 4.3.1998 C/1638/97-8).

Du dossier, il résulte qu'E.\_\_\_\_\_ savait que l'intimé effectuait des heures supplémentaires. En effet, l'employeur a invoqué ce problème lors de l'audience du Tribunal du 20 septembre 2001 quand il a été question de décomptes qu'il n'aurait jamais pu obtenir ; il est établi qu'à la demande ou en tout cas avec l'accord de l'employeur, A1\_\_\_\_\_, un responsable de l'entreprise, s'occupait de la gestion des heures de T.\_\_\_\_\_ ; A1\_\_\_\_\_ a confirmé que l'intimé avait accumulé beaucoup d'heures supplémentaires ; ces dernières étaient inhérentes au genre d'activités de l'entreprise. Le fait que l'intimé et A1\_\_\_\_\_ venaient ensemble au travail n'a pas de portée déterminante en ce qui concerne cette prétention de T.\_\_\_\_\_. Le fait que l'employé se trouve à son lieu de travail – pendant les heures de travail contractuelles – et sans activité concrète ne libère pas l'employeur de son obligation de verser le salaire (art. 13 al. 1 OLT I).

L'appelant se trouve engagé par la gestion de A1 \_\_\_\_\_ des heures de T. \_\_\_\_\_.

En substance, les éléments du dossier justifient de retenir que l'intimé a effectué des heures supplémentaires au su de son employeur et dans l'intérêt de celui-ci.

Le fait d'avoir formulé sa prétention relative aux heures supplémentaires et de présenter les relevés y relatifs, après la cessation des rapports de travail, ne met pas en cause la réclamation de T. \_\_\_\_\_.

D'ailleurs, la Cour rappelle que ces relevés des heures ont été tenus et conservés par A1 \_\_\_\_\_; cette circonstance est opposable à l'employeur; en effet, A1 \_\_\_\_\_ avait qualité de responsable de l'entreprise.

La preuve d'une prétention en matière de travail supplémentaire incombe à l'employé (ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19).

Même si l'article 29 LJP fait obligation au juge d'établir d'office les faits sans être lié par les offres de preuve des parties, il ne dispense pas ces dernières d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF T. c/ R. No 4 p. 201-1997). La mission du juge se limite à interpellier les plaideurs s'il a des doutes pour s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes. Il n'a pas à entreprendre des investigations sur des faits non contestés ou à ordonner des enquêtes aux fins de remédier aux lacunes des argumentations présentées (CAPH du 27 août 1997 K. c/ K. No VI/258/98). De plus, l'obligation pour le juge d'établir les faits ne modifie pas les règles générales sur le fardeau de la preuve et la partie qui a négligé de produire des pièces doit se voir opposer l'échec de l'apport de la preuve (ATF 116 II 236 = JdT 1981 I 286; CAPH du 6.3.2000 N. c/ E. No C/17740/1999-5; CAPH du 20.3.1996 Cause No II/1194/94).

Les relevés des heures supplémentaires effectuées jusqu'au 30 avril 2001 ont été déposés lors de l'audience du Tribunal du 20 septembre 2001.

E.\_\_\_\_\_ a annoté ces relevés et sur cette base, il a établi un décompte duquel il résulte qu'entre 2000 et 2001, sa partie adverse avait effectué respectivement 66 heures et 15 minutes d'heures supplémentaires non compensées.

La Cour d'appel constate que T.\_\_\_\_\_ s'est limité à contester le décompte établi par son adverse partie et n'a fourni aucune explication concrète ; quant au Tribunal, sans procéder à un examen des relevés et du susdit décompte, il a retenu 66 heures et 56 heures et 35 minutes d'heures supplémentaires non compensées en 2000 et 2001. Les premiers juges se sont référés au fait qu'ils ne disposaient que des documents établis par les employés, E.\_\_\_\_\_ ayant laissé à ceux-ci le soin de compléter les fiches de présence.

Certes, cette motivation est conforme mais il importe, en plus, de tenir compte des explications et éléments concrets fournis en cours de procédure par l'employeur. A ce sujet, T.\_\_\_\_\_ ne s'est donc pas déterminé.

Une partie ne peut se limiter à contester les allégués de sa partie adverse, elle doit s'en expliquer. Une simple contestation globale est insuffisante (art. 126 al. 2 et 3 LPC ; Bertossa, Gaillard, Guyet, Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, ad art. 126 note 3 ; art. 11 LJP).

Sur la base de ce qui a été développé ci-dessus, la Cour, en référence au décompte établi par E.\_\_\_\_\_ (pièce 17 déf.), retient 66 heures et 15 minutes d'heures supplémentaires effectuées en 2000 et 2001(jusqu'au 30 avril) par l'employé.

La Cour ne termine pas ce chapitre sans relever avoir procédé, sur la base des décomptes hebdomadaires déposés le 20 septembre 2001 par T.\_\_\_\_\_, aux calculs de ses heures supplémentaires et être parvenu, à deux occasions, à des résultats différents ; toutefois, il doit être constaté que les indications figurant dans les décomptes hebdomadaires de l'intimé sont soit illisibles, soit difficiles à lire, soit encore incomplètes.

Rappelant que la preuve en matière d'heures supplémentaires incombe à l'employé et qu'une partie ne peut se limiter à une contestation globale d'allégués

concrets de l'autre plaideur, la Cour retient donc les nombres d'heures articulés par l'appelant.

En 2000 et 2001, le salaire de l'intimé a été respectivement de fr. 4'500.-- et fr. 4'650.-- par mois, soit fr. 32,50 et fr. 33,35 l'heure supplémentaire (art. 321c al. 3 CO).

Compte tenu des jours non travaillés – pour compenser les heures supplémentaires – des 3, 4, 7, 8, 9, 10 et 14 mai 2001, soit 56 heures, les heures supplémentaires à rémunérer sont arrêtées à 10 heures en 2000 et 15 minutes en 2001. La Cour rappelle que, par sa lettre du 14 mai 2001, l'employeur a libéré l'intimé de son obligation de travailler ; il n'y a donc pas lieu de prendre en considération comme compensation des jours non travaillés postérieurs à cette date.

Un montant de fr. 333,40 est en conséquence alloué à l'employé (10 x fr. 32,50 et 15 minutes x fr. 33,55).

8. Selon le contrat du 1<sup>er</sup> mai 2000, l'employé avait droit à quatre semaines de vacances par année (20 jours ouvrables).

Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO).

L'interdiction de remplacer les vacances par d'autres prestations relève des dispositions absolument impératives du droit du contrat de travail, la clause relative au salaire afférent aux vacances des dispositions relativement impératives (art. 361 et 362 CO ; ATF 116 II 515 = JdT 1991 I 313 ; Brunner/Bühler/Waerber, op. cit., p. 124).

La conversion des vacances en espèces n'est licite que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations en nature (ATF 106 II 152 = JdT 1980 I 602 ; CAPH du 26.5.1998 C/25125/97-9, p. 7).

Il appartient à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, p. 80 No 133).

En 2000, compte tenu d'un travail commencé le 1<sup>er</sup> mars, l'intimé pouvait prétendre à 13,33 jours de vacances (20 jours : 12 x 8) et en 2001, soit jusqu'à la fin juillet, à 11,66 jours.

En 2000, T. \_\_\_\_\_ a pris comme vacances, la semaine du 4 au 10 septembre, ce qui implique quatre jours, compte tenu du Jeûne Genevois, les 11 et 12 septembre (deux jours) et la semaine du 25 au 31 décembre 2000 (quatre jours) ont également correspondu à des vacances, les 25 et 31 (dimanche) décembre ayant été des jours fériés. La Cour se réfère notamment aux déclarations de l'employé faites lors de l'audience du 6 juin 2002 ainsi qu'au décompte d'absences produit.

En 2000, l'intimé a donc pris dix jours de vacances, ce qui implique un solde de 3,33 jours. En 2001, il a eu quatre jours de vacances, conformément aux indications concordantes formulées par les parties à l'audience du 6 juin 2002 ; le solde de vacances 2001 est donc de 7,66 jours (11,66 – 4).

En 2000, avec le 13<sup>e</sup> salaire, l'employé a gagné fr. 5'000.-- par mois [fr. 4'500.-- + fr. 375.-- (fr. 3'000.-- : 8) = fr. 4'875.-- : 21,75], soit fr. 224,10 par jour ; en conséquence, pour 3,33 jours de vacances non prises en 2000, une somme de fr. 746,30 est due à T. \_\_\_\_\_.

La juridiction de céans rappelle avoir retenu que le contrat liant les parties a été résilié avec effet au 31 juillet 2001 ; à cette date, le 13<sup>e</sup> salaire de l'exercice représentait un montant de fr. 2'712,50 (fr. 4'650.-- : 12 x 7), soit fr. 387,50 par mois (fr. 2'712,50 : 7) ; le revenu mensuel s'est donc élevé à fr. 5'037,50 (fr. 4'650.-- + fr. 387,50) et le salaire journalier à fr. 231,60 (fr. 5'037,50 : 21,75).

Ainsi, pour 7,66 jours de vacances non prises en 2001, l'employeur doit fr. 1'774,05.

En conséquence, pour les vacances non prises en 2000 et 2001, un montant total de fr. 2'520,35 est dû à T.\_\_\_\_\_.

9. Ce dernier admet avoir perçu en trop, par rapport à l'impôt à la source, pour les mois de mai à octobre 2000, fr. 1'593.-- ; ce montant est donc alloué à l'appelant.

10. Sur la base de ce qui a été examiné et développé dans le présent arrêt, la Cour d'appel retient que les montants suivants sont dus à l'intimé :

fr. 2'650.--(salaire de mai 2001), fr. 4'770,85 (13<sup>e</sup> salaires 2000 et 2001), fr. 333,40 (heures supplémentaires) et fr. 2'520,35 (vacances non prises) alors qu'une somme de fr. 1'593.-- est allouée à E.\_\_\_\_\_. Ce dernier est en conséquence condamné à verser à sa partie adverse fr. 8'681,60 avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2001 ; cette date n'est pas critiquée en appel.

### **PAR CES MOTIFS**

**La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,**

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E.\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 22 novembre 2001 rendu dans la cause No C/9028/2001-1.

#### **Au fond :**

Annule ce jugement.

**Statuant à nouveau :**

Condamne E.\_\_\_\_\_ à payer à T.\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 8'681,60 (huit mille six cent quatre-vingt-un francs et soixante centimes) avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2001.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président