

## **GE\_GERICHTE CAPH/83/2014 vom 5. August 2013**

GE Cour de justice, 2013-08-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_83\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_83_2014)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/83/2014 du 5 août 2013

IT: GE\_GERICHTE CAPH/83/2014 del 5 agosto 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

L'appel est recevable contre les décisions incidentes et finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), rendues dans des causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). En l'occurrence, l'appel respecte les dispositions précitées, de sorte qu'il est recevable.

#### **E. 1.2**

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

#### **E. 1.3**

Le Tribunal, à juste titre, a omis d'examiner la question de son pouvoir juridictionnel ("Gerichtsbareit"); en effet, lorsque l'Etat défendeur, comme en l'espèce, il renonce à exciper de son immunité de juridiction (cf. art. 8 al. 1 let. b Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004; doc. UN.Doc. AG//59/508; signée par la Suisse le 22 mars 2006, et publiée in SJ 2006 123 ss). Cela n'est d'ailleurs par remis en question par les parties.

- 21/32 -

C/26817/2011-5

#### **E. 2.1**

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Lorsque le salaire est fixé d'après le temps et que les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le 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 (art. 321c al. 1 CO). L'employeur peut alors, 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 (art. 321c al. 2 CO). Lorsque cette compensation n'a pas lieu, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires 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. 321c al. 3 CO). Le travailleur est tenu d'établir régulièrement le décompte de ses heures supplémentaires et de le remettre périodiquement à son employeur. Lorsque l'employeur ignore la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires ou l'exercice effectif de celles-ci et qu'il n'avait pas de raison de les connaître, l'employé dispose, dès le paiement de son salaire habituel non majoré, d'un délai

de 30 jours pour annoncer ses heures supplémentaires dans leur quotité et leur principe, à défaut de quoi il perd sa prétention à une rémunération supplémentaire (WYLER, Droit du travail, 2e éd., Berne 2008, p. 123). Il appartient au travailleur de prouver d'une part qu'il a accompli des heures supplémentaires, et d'autre part que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_40/2008 du 19 août 2008; ATF 129 III 171 consid. 2.4 p. 176 ; art. 8 CC). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. L'évaluation se fonde sur le pouvoir d'appréciation des preuves et relève donc de la constatation des faits, que le Tribunal fédéral revoit uniquement sous l'angle de l'arbitraire (arrêt 4A\_338/2011 du 14 décembre 2011 consid. 2.2, in PJA 2012 282; cf. aussi ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 364). Si l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; 122 III 219 consid. 3a p. 221). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (cf. ATF 132 III 379 consid. 3.1; 122 III 219 consid. 3a p. 222).

- 22/32 -

C/26817/2011-5 Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise (cf. arrêt 4P.35/2004 du 20 avril 2004 consid. 3.2, in JAR 2005 p. 180); l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2, 4A\_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.1.3). Le juge ne saurait toutefois se référer à cette norme lorsque le travailleur aurait eu la possibilité d'apporter la preuve d'un nombre déterminé de ses heures supplémentaires, par exemple en recourant à une carte de pointage, ou à tout document relatif à son devoir d'annoncer les heures supplémentaires à son employeur (STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 16 ad art. 321c CO; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2e éd., n. 3069 p. 44 ; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 13 ad art. 321c CO, p. 79/80; WYLER, op. cit., p. 116-117). En effet, les heures supplémentaires, effectuées dans l'intérêt de l'employeur mais à son insu, doivent lui être annoncées dans un délai utile, dont la durée est controversée (ATF 129 III 171 consid. 2.2 p. 174 et les références), cela pour lui permettre d'approuver ces heures supplémentaires ou de prendre les mesures d'organisation interne nécessaires à éviter le travail supplémentaire à l'avenir (ATF 66 II 155, in JT 1961 I 235, cité dans ATF 129 III 171, in JT 2003 245). En conséquence, si l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, et si, compte tenu des circonstances, il n'avait pas non plus de raison de le savoir, on peut admettre que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées. Cependant, on ne peut reconnaître à l'employeur un intérêt à être immédiatement informé lorsque, selon les circonstances, il possède suffisamment d'éléments pour savoir d'emblée que la durée de travail convenue ne suffit pas à son employé pour accomplir les tâches qui lui ont été confiées. Dans les cas où l'employeur doit admettre, au moins pour le principe, que des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO sont nécessaires, il peut ainsi s'organiser en conséquence et on peut attendre de lui qu'il se renseigne dans la mesure où il désire connaître le nombre d'heures supplémentaires

effectuées. Ainsi, si l'employé peut partir de l'idée que son employeur connaît la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, il ne doit pas nécessairement les chiffrer concrètement lors de la première période de salaire. Bien plus, il est autorisé, dans une telle situation, à attendre, pour chiffrer ses heures supplémentaires, de savoir si et dans quelles proportions il aura besoin, à long terme, de plus en plus de temps pour accomplir les tâches qui lui ont été confiées. Cela vaut en particulier lorsque la possibilité de compenser les heures supplémentaires dans le temps ou par des loisirs a été convenue (ATF 129 III 171, consid. 2.3, in JT 2003 245).

- 23/32 -

C/26817/2011-5

### **E. 2.2**

L'art. 321c CO prévoit que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces; plus précisément, 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 (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3). L'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature (ATF 123 III 84 consid. 5a p. 84). Un accord du travailleur est nécessaire. Il incombe à l'employeur de prouver l'existence d'une telle convention, qui peut être tacite (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7e éd. 2012, n° 11 ad art. 321c CO). Par ailleurs, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages "bloquées") doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps (SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, 2010, n° 12 ad art. 321 CO; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 9 ad art. 321 CO). En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469; cf. aussi ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible (REHBINDER/STÖCKLI, *op. cit.*, n° 7 ad art. 321c CO); il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op. cit.*, p. 215 n° 4 ad art. 321c CO).

### **E. 2.3**

p. 514 s. et les nombreux arrêts cités). Selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé-représailles ou

congé-vengeance. Elle tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (art. 3 al. 1 CC) et il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées. La réclamation ne doit toutefois être ni chicanière ni téméraire, car elle empêcherait alors une résiliation en elle-même admissible (arrêt du Tribunal fédéral 4C.237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.2 et les références). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées. L'abus n'est pas obligatoirement inhérent au motif de la résiliation; il peut également surgir dans ses modalités. La partie qui veut mettre fin au contrat, même pour un motif légitime, doit exercer son droit avec des égards et s'abstenir de tout comportement biaisé ou trompeur. Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité adéquat entre le motif illicite et le licenciement. Il faut donc que le motif ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat, cette décision pouvant par ailleurs reposer sur plusieurs motifs. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer, si, sans ce motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié (SJ 1995 p. 798); en d'autres termes, le juge doit examiner lequel des motifs en concours était le motif prédominant et déterminant pour la décision de licencier (arrêts du Tribunal fédéral 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 consid. 3; 4P.205/2000 du 6 mars 2001 in: ARV/DTA 2001 p. 46 = JAR 2002 p. 238; ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 265; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 20 ad art. 336 CO).

### **E. 2.3.1**

Aux termes de l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. S'il se révèle que le contrat apparemment conclu ne correspond pas à la réelle et commune intention des parties, ce contrat, acte simulé, est nul; il est alors nécessaire de déterminer quel est le contrat que, le cas échéant, les parties ont réellement conclu; celui-ci, acte dissimulé, est valable s'il ne contrevient à aucune des dispositions qui lui sont par ailleurs applicables (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_501/2008 du 30 janvier 2009; ATF 117 II 382 consid. 2a p. 384; voir aussi ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc p. 68; Winiger, in Commentaire romand, n. 81, 90 et 91 ad art. 18 CO; JÄGGI/GAUCH, in Commentaire zurichois, ch. 120, 121, 139 à 142 ad art. 18 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (on parle alors d'une interprétation objective). Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188 et les arrêts cités). Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune

raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188). Il y a lieu de partir du texte du contrat avant de l'examiner dans son contexte; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération; il s'agit en effet de rechercher la solution la plus appropriée aux circonstances, car ne saurait être admis que les parties en auraient voulu une autre (ATF 122 III 420 consid. 3a; 115 II 264 consid. 5a, JdT 1990 I 57, rés. SJ 1990 p. 90).

### **E. 2.3.2**

En l'espèce, le contrat prévoyait que l'horaire hebdomadaire de l'appelant était de 40 heures par semaine et que l'employé pouvait être tenu de travailler le week-end selon les exigences de travail, étant précisé que l'employeur s'engageait autant que possible à ne pas dépasser le nombre d'heures limite hebdomadaire.

- 25/32 -

C/26817/2011-5 Cela impliquait du travail en dehors des murs de la Mission, un horaire irrégulier et flexible et la possibilité pour l'employé de devoir effectuer des heures supplémentaires. Par ailleurs, l'employeur n'avait aucun contrôle sur les heures effectuées à l'extérieur de la Mission (témoin C\_\_\_\_\_), de sorte que le pointage effectué par l'appelant ne correspondait pas aux heures effectuées par celui-ci. En outre, l'art. 5 du contrat prévoyait que les heures supplémentaires devaient être demandées, selon les instructions de Son Excellence le chef de Mission, l'ambassadeur ou de son représentant; l'employé devait présenter un relevé/inventaire détaillé à la fin de chaque semaine sur les heures supplémentaires demandées pour qu'elles soient considérées. Cela a été confirmé par le témoin C\_\_\_\_\_ qui a déclaré que les heures supplémentaires devaient être demandées et approuvées par un diplomate responsable. D'après lui, l'art. 5 du contrat entre les parties ne constituait pas une clause de style et était respectée par la majorité de la trentaine des employés de la Mission. Il lui arrivait de recevoir des décomptes d'heures à payer. Le fait que ces heures étaient essentiellement effectuées par des employés qui n'occupaient pas une fonction similaire à celle de l'appelant est sans pertinence, dès lors qu'il ne ressort pas des faits que plusieurs personnes occupaient une position similaire à celle de l'appelant, même s'il y avait d'autres intervenants pour l'Etat B\_\_\_\_\_ (témoins C\_\_\_\_\_/R\_\_\_\_\_/N\_\_\_\_\_/M\_\_\_\_\_). C'est d'ailleurs ce que l'appelant affirme lui-même. En outre, l'appelant a admis avoir par le passé soumis un décompte d'heures supplémentaires, en application de cette disposition. Il n'est à cet égard pas pertinent de savoir si ces heures supplémentaires réclamées ont été rémunérées. Le fait que ce décompte ait été contesté par l'employeur, comme allégué par celui-ci, ne constitue pas davantage un indice de ce que l'employé n'était pas tenu de fournir un décompte ou qu'il aurait dissuadé l'appelant de lui présenter ledit décompte. Au vu de ce qui précède, il doit être retenu que, dans l'esprit des parties, celles-ci étaient liées par cette disposition dont le contenu a correspondu à leurs volontés concordantes, car rien ne permet de retenir que les parties ont souhaité que l'art. 5 du contrat soit fictif. A titre superfétatoire, l'interprétation objective des déclarations et comportements ne conduit pas à une autre solution.

- 26/32 -

C/26817/2011-5 En effet, en application du principe de la confiance, qui permet d'imputer à l'appelant le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime, la Cour tient pour acquis que les parties étaient bien liées par l'art. 5 du contrat, compte tenu de son texte clair et des circonstances, qui

s'opposent à la thèse de la clause fictive soutenue par l'appelant. Les griefs de l'appelant sont donc infondés.

#### **E. 2.4**

En ce qui concerne les heures supplémentaires réclamées par écrit le 15 septembre 2008 et relatives à la période du 7 au 12 septembre 2008, l'employé avait fourni un décompte selon lequel il avait travaillé 8 heures supplémentaires du 8 au 12 septembre 2008, jours pendant lesquels il aurait travaillé de 10h00 à 18h00 sans pause déjeuner, soit au total huit heures. Or cet horaire n'implique aucune heure supplémentaire, puisqu'il correspond à celui prévu contractuellement, soit huit heures par jour. L'appelant critique le fait que les premiers juges se soient référés aux relevés de la carte de timbrage établis par l'intimé. En tout état de cause, ces relevés ne sont pas déterminants à cet égard, puisque l'horaire indiqué par l'appelant lui-même ne suppose aucune heure supplémentaire. S'agissant des heures supplémentaires relatives au dimanche 7 septembre 2008, que l'appelant prétend avoir réalisées pour la préparation d'une déclaration de son employeur, celui-ci n'a pas établi la nécessité de ces heures supplémentaires. Or, conformément à la jurisprudence précitée, la rémunération des heures supplémentaires n'est pas due si le travailleur prend l'initiative d'effectuer de telles heures contrairement à la volonté de son employeur ou à son insu. En outre, dans la mesure où l'appelant ne pointait pas systématiquement, comme l'a exposé C\_\_\_\_\_, il était difficile à l'intimé de contrôler les heures réalisées par l'appelant. En tout état de cause, l'intimé était en droit de refuser de rémunérer des heures supplémentaires réclamées par son employé sans avoir pu au préalable vérifier si elles étaient fondées, et ce indépendamment de l'application de l'art. 5 du contrat. Partant, aucune rémunération n'était due par l'intimé pour les heures supplémentaires réclamées par l'appelant par courrier du 15 septembre 2008.

#### **E. 2.5**

L'appelant reproche également au Tribunal de n'avoir pas fait application de l'art. 42 al. 2 CO. Il considère avoir démontré avoir réalisé des heures supplémentaires et reproche au Tribunal de n'avoir pas estimé la quotité des heures en application de l'art. 42 al. 2 CO.

- 27/32 -

C/26817/2011-5

A cet égard, l'appelant n'allègue pas avoir établi un décompte d'heures et avoir présenté celui-ci à l'intimé, alors que le contrat prévoyait que l'employé devait soumettre celui-ci à son employeur.

L'appelant avait certes réclamé par écrit le paiement de 4'000 heures supplémentaires par courrier du 20 mai 2011, il n'avait toutefois établi aucun décompte détaillé et n'avait pas régulièrement soumis celui-ci à son employeur.

La réalisation de ces heures supplémentaires ont été contestées et l'appelant n'a pas établi que son employeur avait une connaissance effective ou la nécessité des heures supplémentaires réclamées.

En tout état de cause, compte tenu de l'art. 5 du contrat, l'appelant ne pouvait faire l'économie de présenter un décompte d'heures de façon périodique et de solliciter au préalable l'accord de son employeur, ce d'autant que ses horaires et son organisation étaient flexibles, l'appelant pouvant travailler à l'extérieur et étant amené à travailler le week-end et

que l'intimé n'avait aucun moyen de contrôler ses heures de travail effectuées à l'extérieur de la Mission. Pour le surplus, contrairement à ce qu'allègue l'appelant, il ne ressort pas de l'instruction que l'employeur l'ait dissuadé de fournir ce décompte. A cet égard, il y a lieu d'accorder moins de crédibilité au témoignage de l'épouse de l'appelant, qui ne fait que rapporter une conversation qu'elle a eue avec son mari, qu'à la déclaration du témoin C \_\_\_\_\_ qui a, contrairement à ce que soutient l'employé, clairement indiqué qu'il ne lui avait pas déconseillé d'établir un décompte des heures et qu'il ne connaissait pas son activité. Pour ce motif déjà c'est à juste titre que le Tribunal a rejeté la demande de l'appelant. Par surabondance, l'appelant n'a pas établi le nombre d'heures supplémentaires dont il réclame le paiement ou le fait que son temps de travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. Il ressort de l'instruction que les sessions ordinaires et spéciales du Conseil des droits de l'homme avaient lieu trois fois par année, entre 3 et 4 semaines à chaque fois et les horaires officiels étaient de 10 à 13h. et de 15 à 18h. et parfois de manière ininterrompue de 9h. à 18h. Il est également établi que les sessions du groupe de travail de l'Examen Périodique Universel se déroulaient sur deux semaines trois fois par an. Il y avait également des sessions extraordinaires (témoins N\_\_\_\_\_/Q\_\_\_\_\_/R\_\_\_\_\_/M\_\_\_\_\_). Ces sessions impliquaient également du travail en amont et pendant la tenue de celles-ci des relectures et la rédaction de rapports (témoins M\_\_\_\_\_/O\_\_\_\_\_).

- 28/32 -

C/26817/2011-5 Il découle des enquêtes que l'appelant a participé à des sessions, sans qu'il en ressorte avec quelle fréquence et selon quel horaire. Il est également établi qu'il a fait la queue à des heures matinales pour inscrire l'intimé comme orateur lors desdites sessions, sans que l'instruction ou les pièces au dossier aient pu déterminer avec quelle fréquence il s'y rendait et le nombre d'heures d'attente que cela représentait (témoins O\_\_\_\_\_/M\_\_\_\_\_/N\_\_\_\_\_), étant précisé que le décompte établi par l'appelant a posteriori ne constitue qu'un allégué. L'appelant admet lui-même que ce décompte n'est pas précis. En outre, l'appelant n'était pas seul à représenter l'intimé (témoins M\_\_\_\_\_/N\_\_\_\_\_/R\_\_\_\_\_). Cela étant, il ne ressort pas davantage de l'instruction quels ont pu être les horaires de l'appelant, étant précisé que les témoins ayant une activité similaire à celle de l'appelant n'avaient pas les horaires allégués par ce dernier et qu'ils consacraient moins de temps que celui indiqué par l'appelant pour des activités semblables (témoins O\_\_\_\_\_/N\_\_\_\_\_/R\_\_\_\_\_).

Même s'il n'est pas exclu qu'il ait effectué des heures supplémentaires dans ce contexte, il n'en demeure pas moins qu'elles ne peuvent être établies a posteriori. Le fait que l'appelant a commencé par réclamer le paiement de 4'000 heures supplémentaires et qu'il a finalement déposé une demande en paiement de 1677 heures apparaît être contradictoire et ôte toute force probante au décompte d'heures de l'appelant qu'il a établi a posteriori et dont il admet qu'il puisse contenir des erreurs.

Il suit de là que l'appelant n'a pas fourni les éléments nécessaires en vue de permettre d'établir le nombre d'heures accomplies en application de l'art. 42 al. 2 CO.

### **E. 3**

L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu que son licenciement était abusif, et d'avoir de la sorte violé l'art. 336 al. 1 let. d CO.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif au sens des art. 336 ss CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables par leur gravité aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO. Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu

- 29/32 -

C/26817/2011-5 contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi, lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur, quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 136 III 513 consid.

### **E. 3.2**

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 123 III 246 consid. 4b). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé

- 30/32 -

C/26817/2011-5 abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les références citées).

### **E. 3.3**

En l'espèce, l'appelant a allégué que le motif réel du licenciement constituait une sanction consécutive aux prétentions formulées par lui relatives aux heures supplémentaires.

Il ressort des pièces que le licenciement a été prononcé le 14 juin 2011. Précédemment, il est admis que l'appelant avait adressé le 7 mars 2011 un message injurieux au Premier secrétaire de la Mission à la teneur suivante: " ce putain de gars m'a appelé, il veut que je lui prépare la déclaration malgré ma maladie". L'employé, qui avait été hospitalisé du 31 mars au 18 avril 2011, avait été en incapacité de travail du 4 mars au 30 septembre 2011. Par courrier du 19 avril 2011, l'employé a remercié l'Ambassadeur de son appel téléphonique pendant son hospitalisation et a réclamé le paiement de 4'000 heures de travail supplémentaire, demande qu'il a réitérée un mois plus tard, soit le 20 mai 2011.

En réponse à ce courrier, le 8 juin 2011, l'intimé a contesté la réalisation de ces heures supplémentaires, indiquant à l'appelant qu'il n'avait pas respecté l'art. 5 du contrat. Il lui a toutefois demandé de lui faire parvenir les justificatifs établissant ses heures

supplémentaires, n'excluant ainsi pas d'en tenir compte.

L'intimé a toujours invoqué comme motif de la résiliation le message injurieux envoyé par l'appelant. Il n'a pas varié dans ses explications à cet égard. Il a certes indiqué dans le cadre de la procédure qu'il reprochait à l'appelant d'effectuer son travail dans les délais. Il n'en demeure pas moins qu'il a toujours indiqué que ce message était à l'origine de la résiliation et qu'il a renoncé à résilier le contrat pour justes motifs et a attendu la fin de la période de protection à laquelle il s'est expressément référé dans la lettre de licenciement.

Le fait que l'intimé ait attendu la fin de cette période de 90 jours (art. 336c al. 1 let. b CO) au lieu de résilier le contrat avec effet immédiat ne constitue pas un indice pour faire apparaître le motif invoqué comme fictif. De même, le fait qu'il n'ait pas résilié le contrat le jour après la période de protection n'est pas davantage un indice que le motif résiliation invoqué serait abusif. En effet, il apparaît que le

- 31/32 -

C/26817/2011-5 message a été adressé pendant la période de protection et qu'il est compréhensible que l'intimé n'ait pas souhaité accabler davantage l'appelant, qui avait été hospitalisé, par un licenciement immédiat.

A cet égard, l'appel de l'Ambassadeur pour s'enquérir de la santé de l'appelant ne constitue pas une preuve ou un indice que celui-ci ait décidé de pardonner l'envoi du message injurieux, l'appelant n'alléguant pas que tel aurait été la teneur de ce téléphone.

Les témoignages des amis et de son épouse selon lesquels l'appelant leur avait relaté l'envoi de ce message et le fait que l'Ambassadeur aurait pardonné l'incident n'ont pas de valeur probante, dès lors qu'ils se sont limités à relater les faits exposés par l'appelant.

En outre, il apparaît pour le moins improbable que pour un incident de cette envergure l'appelant n'ait pas formulé des excuses écrites et obtenu une réponse officielle des responsables de la Mission.

Enfin, le fait que l'appelant ait formulé des prétentions excessives relatives à ses heures supplémentaires après l'envoi du message injurieux ne constitue pas un indice qu'il s'agirait là du véritable motif du licenciement. Il apparaît au contraire que l'appelant a pu opportunément saisir l'occasion pour faire valoir ses prétentions. Il s'ensuit que l'appelant n'est pas parvenu à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme vraisemblable le motif qu'il a avancé, et comme non réel le motif invoqué par l'intimé. Le licenciement signifié à l'appelant ne revêt donc pas de caractère abusif. Partant, le jugement qui a débouté l'appelant des conclusions en indemnité prises de ce chef sera confirmé.

#### **E. 4**

Les autres points du jugement n'étant pas querellés, ils sont entrés en force de chose jugée.

#### **E. 5**

Compte tenu de ce qui précède, l'appel est infondé et le jugement entrepris sera entièrement confirmé. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à l'500 fr., seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC; art. 71 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10). Ils seront compensés avec l'avance de même montant fournie par lui, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

C/26817/2011-5

PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : À la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre les chiffres 3, 5 et 6 du dispositif du jugement JTPH/254/2013 rendu le 5 août 2013 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/26817/2011. Au fond : Confirme les chiffres 3, 5 et 6 du dispositif du jugement querellé. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires à 1'500 fr. Les met à la charge d'A\_\_\_\_\_ et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais effectuée par lui, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Elena SAMPEDRO, présidente; Madame Denise BOËX, juge employeur, Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.