

## **GE\_GERICHTE C/3297/2004 vom 25. Mai 2005**

GE Cour de justice, 2005-05-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_3297\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_3297_2004)

FR: GE\_GERICHTE C/3297/2004 du 25 mai 2005

IT: GE\_GERICHTE C/3297/2004 del 25 maggio 2005

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL; HÔTELLERIE ET RESTAURATION; BARMAID; RÉSILIATION IMMÉDIATE; JUSTE MOTIF ; FARDEAU DE LA PREUVE; INDEMNITÉ(EN GÉNÉRAL); DROIT AU SALAIRE; INDEMNITÉ DE VACANCES; HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES | T, sans autorisation de travail, a été engagée par E en qualité de serveuse. Les conditions de travail n'ont pas été précisées. Après un mois de collaboration, E a mis un terme immédiat aux rapports de travail, au motif que des manques avaient été constatés dans la caisse à plusieurs reprises, que T ne savait pas compter et qu'elle n'avait pas les compétences linguistiques nécessaires. E n'a pas versé son salaire à T. Considérant que rien ne permet de penser que T, qui ne travaillait pas seule, était à l'origine des manques en caisse allégués, et moins encore qu'elle aurait détourné de l'argent au détriment de son employeur, la Cour rejette l'appel de E, qui avait engagé T en pleine connaissance de ses compétences, et confirme sa condamnation à lui verser une indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant au salaire, aux indemnités de vacances et à la rémunération des heures supplémentaires dus. | CCNT.21; CC.8; CO.321c; CO.337; CO.337.al3

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

L'appelante reproche au Tribunal une mauvaise appréciation des preuves concernant les motifs du licenciement immédiat. Elle soutient qu'elle a commencé à constater des mancos dans la caisse à partir du 6 novembre 2003. Monsieur A\_\_\_\_\_ aurait alors formellement averti l'intimée. Ces mancos n'auraient été constatés que durant la période où l'intimée travaillait seule avec Monsieur J\_\_\_\_\_ au B\_\_\_\_\_ et qu'elle avait la responsabilité de la caisse. Depuis le licenciement avec effet immédiat de l'intimée, les comptes seraient à nouveau exacts.

#### **E. 3**

De plus, l'appelante soutient que l'intimée était incompétente dans son travail. Elle renvoie sur ce point aux témoignages de Monsieur D\_\_\_\_\_ et Madame H\_\_\_\_\_, selon lesquels l'intimée ne disposait pas de connaissances suffisantes en français pour exercer la profession de serveuse (p.-v. d'audience du 11 mai 2004, p. 5, 7). L'intimée n'assumait selon l'appelante pas non plus les tâches imposées par le métier de serveuse. a) Conformément à l'article 8 CC, il appartient à celui qui invoque des justes motifs de prouver les faits qui les étaient ( Engel , Contrats de droit suisse, p. 351 ; SARB 1997 p. 16). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique à cet effet les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC) (SARB 1997, p. 16). D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son

licenciement immédiat (ATF 117 II 560 consid. 3). b) En l'espèce, l'appelante allègue des manquements particulièrement graves de l'intimée dans le cadre de ses activités de serveuse, qui justifieraient une rupture avec effet immédiat des rapports contractuels. Encore doit-elle apporter la preuve de ses allégués, étant donné qu'elle supporte le fardeau de la preuve des justes motifs de résiliation immédiate. Si des mancos ont pu être constatés alors que l'intimée avait la responsabilité de la caisse, cela ne peut constituer la preuve suffisante que cette dernière ait commis un acte illicite en vue de détourner de l'argent à son profit, selon les termes mêmes utilisés par l'appelante. En effet, rien ne permet de dire avec certitude que l'intimée soit à l'origine des mancos constatés par l'appelante. Que l'appelante ait remarqué plusieurs mancos pendant la période où l'intimée travaillait au B \_\_\_\_\_, alors qu'auparavant elle n'en avait constaté qu'un seul n'est pas suffisant pour affirmer que l'intimée en est la cause. L'intimée ne travaillait en effet pas seule, puisque Monsieur J \_\_\_\_\_ se chargeait aussi d'encaisser les consommations (p.-v. d'audience du 11 mai 2004, p. 3). Certes, l'appelante en a fait à plusieurs reprises le reproche à l'intimée. Cette dernière conteste toutefois avoir jamais remarqué qu'il manquait de l'argent dans la caisse. De plus, même si l'on admettait que l'intimée eût occasionné des mancos, on ne voit pas quels éléments de l'instruction permettraient d'affirmer que le but de l'intimée était de détourner de l'argent de son employeur à son profit. Il s'agit là d'une accusation grave qu'aucun élément de preuve ne vient étayer. Au surplus, même si l'on devait admettre que l'appelante avait apporté la preuve de ses allégués, il s'agirait encore de relever que la jurisprudence ne considère pas le seul soupçon comme un motif de résiliation immédiate. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé récemment que le dépôt d'une plainte pénale par l'employeur et les soupçons sérieux qu'il pouvait nourrir à l'endroit du travailleur ne suffisaient pas pour fonder un motif de renvoi immédiat ; il s'agit en effet de circonstances unilatérales qui ne dispensent pas celui qui invoque les justes motifs d'établir la réalité objective des faits dont il se prévaut (arrêt non publié du 22 août 1997 dans la cause 4C.543/1996, JAR 1998 p. 218). Seule une doctrine minoritaire admet le droit de l'employeur de résilier immédiatement le contrat en cas de suspicion de justes motifs. L'employeur doit cependant, dans la mesure du possible, entendre le salarié avant le licenciement immédiat. En l'occurrence, l'appelante n'a pas été en mesure d'établir l'existence de soupçons objectivement fondés. Elle n'a en effet pas jugé utile de déposer plainte pénale contre l'intimée. De plus, le fait que le chiffre d'affaire de l'appelante ait baissé pendant que l'intimée travaillait au B \_\_\_\_\_ n'est pas déterminant au regard de la jurisprudence précitée. Rien en effet ne permet d'exclure une éventuelle erreur de Monsieur J \_\_\_\_\_. En ce qui concerne l'incompétence de l'intimée, plusieurs témoins ont confirmé qu'elle parlait mal le français. Quant à la qualité du service, les témoignages divergent. Pour certains elle paraissait à l'aise, tandis que pour d'autres il était évident qu'elle officiait comme serveuse pour la première fois. L'intimée admet elle-même qu'elle avait quelques difficultés à se familiariser au franc suisse, mais que ce problème s'est peu à peu résolu naturellement. Au vu des nombreuses divergences subsistant entre les témoignages et les déclarations des parties, les éléments de preuve ne permettent pas à la Cour de céans d'établir avec certitude l'incompétence de l'intimée. Au surplus, la Cour de céans estime, en accord avec la jurisprudence, qu'en règle générale, l'incompétence du travailleur ne peut être considérée comme un motif suffisant de licenciement immédiat. Ce n'est que dans la mesure où le travailleur a menti ou exagéré ses compétences et que de mauvaises prestations professionnelles en résultent que l'employeur est fondé à rompre le contrat de travail avec effet immédiat (JAR 1989 p. 226). Tel n'est pas le cas de l'intimée. Elle n'a

jamais cherché à cacher à l'appelante qu'elle n'avait jamais exercé la profession de serveuse. Elle n'a jamais non plus menti ou exagéré ses connaissances du français. L'appelante l'a engagée en toute connaissance de cause. Elle ne peut ensuite se prévaloir du fait que l'intimée ne disposait pas de compétences suffisantes pour exercer la profession de serveuse. d) Au vu de l'ensemble des éléments précités, la Cour de céans estime que le Tribunal des Prud'hommes a tiré les conclusions juridiques qui s'imposaient, au vu de l'absence d'éléments de preuve de l'appelante. Selon l'article 337c al. 1 CO, cette dernière supporte par conséquent l'échec de la preuve des justes motifs de résiliation immédiate et doit à l'intimée la somme de CHF 6'013.35 bruts à titre de délai de congé.

#### **E. 4**

En ce qui concerne les heures supplémentaires, l'appelante fait grief au Tribunal des prud'hommes d'avoir violé l'article 8 CC lors de l'application de l'article 21 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT). Elle reproche au Tribunal d'avoir statué en se fondant sur une vraisemblance. a) Le droit fédéral exige que les faits soient prouvés avec certitude (8 CC). Le degré de la preuve se déduit du droit matériel fédéral, d'après le sens et l'esprit de la disposition. En général, le degré de la preuve se déduit de l'article 8 CC (Hohl, Procédure civile, Berne 2001, n°1058 ; ATF 115 II 440, JdT 1990 I 362). En outre, l'article 8 CC règle aussi le fardeau de la preuve. Après avoir désigné la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombe et après avoir déterminé le degré de la preuve exigé par une disposition légale, il s'agit d'examiner in concreto les différents moyens de preuve apportés par les parties puis de décider si ceux-ci sont de nature à emporter la conviction de la Cour de céans. b) Selon la jurisprudence concernant l'application de l'article 321c CO, le travailleur a un devoir de diligence de signaler à son employeur lorsqu'il accomplit des heures supplémentaires de travail indispensables pour l'accomplissement de ses tâches. En l'absence de toute indication de la part du travailleur, son droit au remboursement en vertu de l'article 321c al. 3 CO se périmé. Le fardeau de la preuve relative aux heures supplémentaires effectuées incombe en principe au travailleur (BK-Rehbinder, art. 321c CO, n°2 et 3). L'article 21 CCNT prévoit cependant que l'employeur doit observer l'obligation de tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Ce registre doit en effet être à la disposition du travailleur, afin qu'il puisse s'informer de ses heures de travail, jours de repos, jours fériés et vacances. Si l'employeur n'observe pas cette obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (21 al. 3 CCNT). Dans ce cas, le travailleur n'est pas tenu de comptabiliser et d'annoncer les heures supplémentaires : il doit pouvoir se fier au décompte horaire tenu par l'employeur. Cette dernière situation se vérifie dans le cas d'espèce, puisque la CCNT s'applique entre les parties. Ladite convention oblige en effet l'employeur à tenir un décompte horaire des heures supplémentaires de travail effectuées par ses employés au moins une fois par mois (21 CCNT). Si ce décompte n'est pas tenu, il revient à l'employeur de prouver que les heures de travail supplémentaires revendiquées par le travailleur n'ont pas été effectuées (21 al. 3 CCNT). Il s'ensuit que si les dispositions de contrôle sont observées, le fardeau de prouver la prestation d'heures supplémentaires incombe au travailleur, alors que, dans le cas contraire, il incombera à l'employeur de prouver l'absence d'heures supplémentaires. Il s'agit là d'un renversement du fardeau de la preuve (JAR 1997 p. 123). c) Il incombe par conséquent à l'appelante d'apporter la preuve certaine des heures supplémentaires et du nombre de jours travaillés par semaine par l'intimée. Il s'agira ensuite de soupeser les moyens de preuve administrés et de décider si les faits pertinents se

sont produits avec certitude. Il ressort des enquêtes menées par le Tribunal des Prud'hommes que l'intimée prétend avoir effectué 66h30 heures supplémentaires et 31 jours de travail, du 6 novembre au 6 décembre 2005 compris. L'appelante, en revanche, prétend que l'intimée n'aurait pas travaillé plus de 40 heures par semaine. La version de l'intimée est cependant corroborée par plusieurs témoins, selon lesquels elle commençait à travailler vers 16h30, et restait au B\_\_\_\_\_ jusqu'à 2h30, voire 3h du matin (p.-v. d'audience du 11 mai 2004, p. 5-8). Le concierge du bâtiment a noté que l'intimée travaillait tous les jours (p.-v. d'audience du 11 mai 2004, p. 8). Les témoignages concordent avec les déclarations de l'intimée à l'audience du 11 mai 2004. Lors de ladite audience, l'intimée a affirmé qu'elle restait après la fermeture afin de nettoyer les locaux. Dans la mesure où le B\_\_\_\_\_ fermait à 2h du matin, et que la plupart des témoins qui ont comparu à l'audience ont déclaré avoir vu sortir l'intimée du travail vers 2h30 ou 3h du matin environ, les dires de l'intimée sont particulièrement dignes de foi. Les déclarations de l'appelante ne sont par conséquent pas de nature à emporter la conviction de la Cour de céans. La Cour de céans confirme dès lors la position du Tribunal des Prud'hommes et condamne l'appelante à allouer à l'intimée CHF 3'788.55.- bruts à titre de salaire, vacances et jours fériés du 6 novembre au 6 décembre 2003, ainsi que CHF 1'010.80.- bruts à titre d'indemnité pour heures supplémentaires. Dans son appel incident du 3 septembre 2004, l'intimée reproche au Tribunal des Prud'hommes de ne pas avoir pris en considération les difficultés de placement inhérentes à son statut, et de n'avoir de ce fait alloué une indemnité au sens de l'article 337c al. 3 CO qu'à hauteur de CHF 50.-. Elle relève qu'elle n'est pas en possession d'un permis de séjour et que ses difficultés linguistiques rendent sa recherche de travail encore plus ardue. L'intimée souligne en outre la légèreté de l'appelante dans ses rapports contractuels avec elle. Il conviendrait, selon elle, de sanctionner le comportement de l'appelante par une indemnité qui soit plus que symbolique. Aux termes de l'article 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; cette indemnité ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Cette indemnité a une triple finalité, punitive, réparatrice et préventive (ATF 123 V 5 ; ATF 121 III 64 ; Brunner/Buehler/Waeber/Bruchez , Commentaire du contrat de travail, 3 ème édition, 2004, n° 6, ad art. 337c CO, p. 288). Elle ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, dans la mesure où elle est accordée même si la victime n'a subi aucun dommage. Le juge doit la fixer en équité (4 CC). Il doit prendre en considération notamment les effets économiques du licenciement, l'atteinte aux droits de la personnalité du travailleur, la durée des rapports de travail, l'âge du travailleur, sa situation sociale, sa réinsertion professionnelle (ATF 123 III 391 , SJ 1995 p. 802). Il convient de rappeler qu'aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 , SJ 1995 p. 802) En principe, le travailleur licencié avec effet immédiat sans juste motif a droit à l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO. Toutefois, le principe de l'allocation d'une indemnité n'est pas absolu. Le juge peut notamment y renoncer si aucune faute ne peut être reprochée à l'employeur ou si la faute paraît si légère au regard de celle du travailleur que le versement d'une indemnité paraît choquant (JAR 2002 p. 198 ; SJ 1995 p. 794 ; ATF 121 III 64 ). En l'espèce, aucun motif exceptionnel ne permet d'exclure dans son principe l'octroi d'une indemnité au sens de l'article 337c al. 3 CO. L'intimée a par conséquent droit à une indemnité. La Cour de céans dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la fixation du montant à allouer. Il lui incombe la tâche de pondérer les différents critères qui

permettent d'évaluer le montant qui sera versé à l'intimée. b) La Cour de céans retient en particulier que les rapports de travail ont été très brefs. L'intimée n'a en effet travaillé qu'un mois pour le compte de l'appelante. Il faut ajouter que l'intimée est jeune, et que de ce fait sa réinsertion professionnelle ne devrait pas s'avérer très difficile. Certes, le défaut d'un permis de séjour peut se révéler être un obstacle lors de la recherche d'un emploi. Il faut pourtant souligner ici que l'intimée n'était pas sans savoir, à son arrivée en Suisse, qu'elle était en situation irrégulière sur le plan administratif. Que l'appelante lui ait promis d'entreprendre des démarches en vue de l'obtention d'un permis de séjour n'y change rien. Celle-ci ne peut en effet être tenue pour responsable d'une difficulté préexistante à l'engagement de l'intimée. Il faut en outre relever que bon nombre d'employeurs, à l'instar de l'appelante, ne voient pas dans l'absence d'autorisation de séjour un obstacle à l'engagement d'un employé et entreprennent les démarches nécessaires à l'obtention d'un permis, ces dernières étant par ailleurs facilitées du fait de la relation de travail. Au vu de l'ensemble des éléments, la Cour de céans confirme par conséquent l'indemnité de CHF 50.- fixée par le Tribunal des Prud'hommes. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir admis à tort le calcul de l'intimée quant au montant dû à titre de vacances. D'après l'appelante, ce montant devrait être calculé de la façon suivante :  $CHF\ 3280.-/30 = CHF\ 109.35$ , et ce en application de l'article 17 al. 5 CCNT. La Cour de céans ne peut suivre l'appelante sur ce point. L'article 17 al. 5 CCNT prévoit effectivement que les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de 1/30 du salaire mensuel brut. Mais il faut au préalable déterminer le nombre de jours de vacances auxquels le travailleur a droit. L'intimée a travaillé 31 jours. Elle avait droit à 2,97 jours de vacances ( $35\text{ jours}/365\text{ jours} \times 31$ ). Son indemnité s'élève donc à CHF 324.70.- ( $CHF\ 3280.- / 30 \times 2,97$ ). Il s'agit par ailleurs de procéder au même calcul en ce qui concerne l'indemnité pour vacances non prises en nature afférentes au délai de congé. Au vu de l'ensemble des éléments précités, la Cour de céans estime que le Tribunal des Prud'hommes a tiré les conclusions juridiques qui s'imposaient. Le jugement attaqué sera par conséquent intégralement confirmé. .

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