



CAPH/240/2006

Madame T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Christian BRUCHEZ  
Rue Verdaine 12  
Case postale 3247  
1211 Genève 3

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Alain GROS  
Rue Charles-Bonnet 4  
Case postale 399  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du jeudi 7 décembre 2006

M. Richard BARBEY, président

MM. Daniel CHAPELON et Francis MOTTAZ, juges employeurs

MM. Marcel CONCHATRE et Marc LABHART, juges salariés

Mme Hamideh FIORE, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A.a. En 1987, E\_\_\_\_\_ (ci-après E\_\_\_\_\_) avec siège à Bâle-Ville, filiale de Z\_\_\_\_\_ en Hollande spécialisé dans la restauration, a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité de caissière de l'établissement qu'elle exploitait dans l'immeuble rue\_\_\_\_\_ à Genève.
- b. Par contrat du 1<sup>er</sup> avril 1994 prenant effet à cette date, T\_\_\_\_\_ est devenue la gérante du restaurant, titulaire de la patente à partir de 1996, avec une rémunération mensuelle brute de 4'700 fr. payable treize fois l'an, portée par paliers à 6'400 fr. jusqu'en février 1999, puis à 6'600 fr. dès mars de la même année (annexe A dem. du 11.6.2004, art. 1-3, 9; pv du 9.2.2005 p. 2, 7; du 15.6.2006 p. 1-2). Selon les art. 4 et 5 de l'accord, l'intéressée ne disposait pas du droit de signature pour le compte de la société et était subordonnée à un directeur d'exploitation basé à Zürich. Elle organisait son propre horaire de travail selon les besoins et ne pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires. Deux jours de repos hebdomadaire, ainsi que quatre semaines annuelles de vacances lui étaient reconnus (art. 6). Chaque partie pouvait enfin résilier le contrat par écrit pour la fin d'un mois, avec un préavis de quatre mois (art. 15.1).

Un cahier des charges, intégré au contrat de travail à teneur de l'art. 1 al. 3, définissait les tâches de l'employée (pièce 2 déf.).

Depuis 1994, l'activité de l'établissement s'est développée favorablement, avec en dernier lieu un chiffre d'affaires mensuel de 80'000 fr. durant les périodes creuses et de plus de 200'000 fr en fin d'année. Le personnel fixe avait été progressivement réduit et ne comprenait plus que quatre collaborateurs, auxquels s'ajoutaient des extras. Jusqu'à l'été ou l'automne 1998, la gestion de T\_\_\_\_\_ a suscité l'entière satisfaction de la direction de Zürich (pv du 19.5.2005 p. 4; du 15.6.2006 p. 2-3; pièces 15-18 dem.).

- B. En août et décembre 1998, la fiduciaire Y\_\_\_\_\_, qui s'occupait des intérêts de Z\_\_\_\_\_, s'est inquiétée auprès de T\_\_\_\_\_ de ce que

les recettes du restaurant n'étaient plus quotidiennement versées sur le compte bancaire de la filiale auprès du X\_\_\_\_\_ à Genève. Un découvert de 84'426 fr. 10 avait ainsi été constaté à la fin de novembre, selon un relevé du 10 décembre 1998 (pièces 3-4 déf.).

Dans un courrier envoyé par télécopie à E\_\_\_\_\_ le 3 mars 1999, l'intéressée s'est excusée auprès du siège de Zürich, en indiquant n'avoir pas toujours eu le temps de déposer l'argent au trésor de nuit de la banque, comme elle en avait la responsabilité, mais en assurant qu'elle allait faire le nécessaire pour régulariser la situation (pièce 5 déf.).

Quelques jours plus tard, A\_\_\_\_\_, directeur de E\_\_\_\_\_ s'est déplacé à Genève. T\_\_\_\_\_ lui a montré dans le coffre-fort du restaurant des reçus, qui laissaient entendre que les fonds manquants avaient été déposés à la banque, information qui s'est ensuite révélée inexacte. Au cours d'un nouvel entretien téléphonique, la gérante en pleurs a fait savoir à la secrétaire du directeur que l'argent avait disparu.

Accompagné de A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, collaborateur de la fiduciaire Y\_\_\_ en Hollande, s'est rendu sur place le 11 mars 1999. Au cours d'un entretien avec T\_\_\_\_\_, durant lequel furent à nouveau contrôlés le contenu du coffre-fort et des pièces comptables, la gérante fut amenée à signer un document dans lequel elle reconnaissait l'existence d'un découvert de 112'791 fr. 51. Le soir, B\_\_\_\_\_ rencontra la gérante et son mari, lequel accepta de verser de ses deniers personnels un acompte de 31'000 fr. sur la somme manquante. Le lendemain, l'employée parapha une reconnaissance de dette libellée comme suit (pv du 9.2.2005 p. 8-10 et documentation produite à l'audience; pv du 19.5.2005 p. 3-4; pièces 1 annexée à la demande, 6 déf. et 1 dem.);

*"Je soussignée T\_\_\_\_\_ ... reconnaît devoir à la société E\_\_\_\_\_ par laquelle je suis employée en qualité de gérante du restaurant E\_\_\_\_\_ ..., la somme de CHF 112'791.51 - montant qui manquait dans les comptes du restaurant - sous déduction du montant de CHF 31'000.- versé ce jour à mon employeur par mon époux.*

*Je m'engage à rembourser le montant qui reste dû, à savoir CHF 81'791.51 plus intérêts à 3% dès le 12 mars 1999, à raison de CHF 2'000.- par mois qui pourront être retenus sur mon salaire mensuel.*

*En cas de non-respect de l'engagement susmentionné, l'intégralité du montant restant dû et les intérêts y afférents deviendront immédiatement exigibles par mon employeur."*

Le 25 juin 1999, Z\_\_\_\_\_ (SUISSE) déposa plainte pénale contre inconnu auprès du Procureur général à raison de la disparition constatée des recettes. L'enquête de police ne permit toutefois pas d'identifier le montant des recettes non versées sur le compte bancaire de la société, ni les dates auxquelles elles ne l'auraient pas été, ni enfin le ou les auteurs des détournements. Le Ministère public classa en conséquence quatre mois et demi plus tard la procédure pénale P/7941/1999 relative à la plainte (pièces 14-15 déf).

- C/a. Après la signature de la reconnaissance de dette, T\_\_\_\_\_ a continué d'assumer la gérance du E\_\_\_\_\_, sa rémunération, y compris le treizième salaire, étant à chaque reprise imputée de 2'000 fr. - à hauteur d'un total de 64'000 fr. -, sans que l'employée ne proteste (jugement p. 24 non contesté; pv du 9.2.2005 p. 5).
- b. Au début de novembre 2000, la direction de Zürich autorisa la gérante à fermer l'établissement le dimanche à partir du 12 du même mois (pièce 7 déf.).
- D. Par lettre du 25 mai 2001, E\_\_\_\_\_ a licencié T\_\_\_\_\_ pour le 30 septembre de la même année (pièce 5 dem.).

Dans un courrier du 16 octobre 2001, celle-ci a réclamé son salaire pour le mois de septembre. La société refusa de le lui verser et établit les 23-24 octobre 2001 un décompte final, dont il ressortait qu'une somme brute de 6'600 fr. restait due pour le salaire de septembre, plus 11'308 fr. pour les vacances et 4'950 fr. pour la part du treizième mois, soit un total net de 20'521 fr. 10,

auquel venait se compenser le reliquat de la reconnaissance de dette arrêté à 20'521 fr. 05, d'où un solde de 5 ct. en faveur de l'employée.

Dans une lettre d'accompagnement, E\_\_\_\_\_ a relevé rester encore créancière de 11'878 fr. 15 correspondant à des frais occasionnés par un contrôle comptable, à de prétendues avances accordées en 2001 par la gérante à des employés du restaurant, mais en réalité jamais payées, enfin à un dernier montant manquant dans la caisse du restaurant. Dans les semaines qui suivirent, l'employée consulta un avocat à Genève, puis chercha en vain à atteindre son ancien directeur à Zürich, espérant selon son dire un accord transactionnel.

Elle ne se manifesta plus durant les deux ans qui suivirent (demande p. 3 et annexes 4, 6, 8; pièces 11-13 dem; pv du 15.6.2006 p. 2).

E/a. Après une mise en demeure du 13 février 2004 rejetée par l'employeur, T\_\_\_\_\_ a ouvert action le 11 juin 2004 devant le Tribunal des prud'hommes contre E\_\_\_\_\_, en paiement de 36'664 fr. brut composés de son salaire pour septembre 2001 (6'660 fr.), de son treizième mois pour l'année (4'950 fr.), de vacances non prises en 2000-2001 (11'308 fr), de jours de congé non pris en 2001 (9'306 fr), enfin de dédommagement ou d'intérêts moratoires (4'500 fr.). Elle a par la suite amplifié ses conclusions à hauteur de 31'000 fr. et 64'000 fr. correspondant aux sommes retenues par la défenderesse sur son salaire en vertu de la reconnaissance de dette, plus 79'336 fr. 80 constitués par son salaire de septembre 2001, son treizième salaire pour l'année, des vacances non prises de 1994 à 2001 et des jours de repos non pris au sens de la CCNT sur l'hôtellerie et la restauration, le tout avec intérêts moratoires. A la lire, la reconnaissance de dette était en particulier dénuée de valeur au regard de l'art. 321e CO et elle l'avait signée en contrepartie de la promesse de l'employeur de ne pas la licencier, engagement que celui-ci n'avait pas respecté deux ans plus tard.

Contestant l'application de la CCNT, la défenderesse s'est opposée à la demande, sous réserve d'un solde de 51.4 jours de vacances défini sur la base

du contrat de travail, et a réclamé reconventionnellement le montant prévu par la reconnaissance de dette, sous imputation de 95'000 fr., ainsi que 7'000 fr. à raison d'avances prétendument consenties par la gérante à des employés du restaurant, en réalité non versées, et d'un dernier découvert de caisse constaté (mém. du 2.8.2004 p. 7-8; du 15.1.2005 p. 8; pv du 17.11.2004 p. 3-4).

Quatre audiences ont eu lieu au cours desquelles ont été entendus sept témoins, dont un assermenté par erreur, en sus des parties et de l'époux de la demanderesse. La production d'une documentation complémentaire a également été ordonnée.

- b. Par jugement du 2 décembre 2005, le Tribunal a considéré que T\_\_\_\_\_ assumait une fonction dirigeante au sens de la CCNT sur l'hôtellerie et la restauration et qu'elle ne pouvait donc se prévaloir de ce texte. La légitimation active de la demanderesse a été écartée, s'agissant de la restitution des 31'000 fr. versés par son mari au moment de la signature de la reconnaissance de dette du 12 mars 1999. Les premiers juges ont pour le surplus admis la validité de cet engagement au regard des art. 17 CO et 321e CO et ont donc rejeté la prétention de l'employée tendant au remboursement des 64'000 fr. retenus ultérieurement sur ses salaires à partir de mars 1999. Outre la rémunération de septembre 2001, ainsi que le treizième mois de 2001, le montant dû pour les 51,4 jours de vacances reconnues a été arrêté à 11'308 fr., chiffre qui correspondait au dernier décompte de salaire établi par l'employeur. La réclamation pour des jours de repos a été rejetée, de même que celle afférente à des "intérêts moratoires" de 4'500 fr. Un excédent de 2'729 fr. 55 subsistait donc au profit de l'employée.

Le Tribunal a par ailleurs retenu l'existence d'une prétention reconventionnelle de l'employeur à hauteur de 3'012 fr., correspondant à deux prélèvements de 1'293 fr. 80 et 1'718 fr. 20 opérés le 11 janvier 2001 sur le compte bancaire du restaurant à Genève, censés correspondre à des avances de salaire à hauteur de 1'500 fr. chacune prétendument consenties par la demanderesse à des employés, mais dont la réalité n'avait pas été établie (jugement p. 24). Les autres montants réclamés par l'employeur n'ont pas été admis. Par le jeu de la

compensation, la demanderesse a en définitive été condamnée à payer 282 fr. 45, plus intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2001, à la défenderesse.

E. T\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement, en reprenant ses dernières conclusions de première instance.

E\_\_\_\_\_ propose la confirmation de la décision attaquée.

F. Le dossier révèle pour le surplus ce qui suit :

a. Selon son cahier des charges (pièce 2 déf), il incombait à l'appelante d'assurer la bonne marche du restaurant de Genève, en respectant les prix de restauration définis au sein de la chaîne pour l'ensemble de la Suisse, de diriger les employés permanents - qu'elle ne pouvait ni engager ni licencier, en étant cependant consultée le plus souvent sur ces sujets par la direction de Zürich -, et de faire appel à des extras suivant les besoins quotidiens de l'établissement (pièce 2 déf; pv du 9.2.2005 p. 3 et pièces déposées par la déf. à cette occasion; du 19.5.2005 p. 3-5). En fonction des chiffres d'affaires indiqués (cf. supra let. A/b), la Cour retiendra que le nombre des employés sur appel devait osciller entre dix et douze. La demanderesse établissait aussi les plannings de travail, des jours de repos et des vacances du personnel.

Sous réserve de rares exceptions, elle ne s'acquittait pas des salaires des extras, payés depuis Zürich sur la base des listes de présence qu'elle tenait à jour. Le siège de la société défenderesse assurait encore la rémunération de tous les employés fixes.

Au début de chaque semaine, T\_\_\_\_\_ commandait les marchandises de la chaîne - soit la viande et les pommes de terre - à la centrale de Zürich. Elle achetait et payait à Genève les légumes, fruits et produits laitiers nécessaires. Chaque année, elle soumettait un projet de budget à son supérieur hiérarchique à Zürich, qui n'était pas toujours accepté. Le siège de Zürich s'occupait en outre de la publicité, sous réserve de celle faite depuis le

restaurant même à Genève, qui relevait de la compétence de l'employée (pv du 16.9.2004 p. 1-2; du 19.5.2005 p. 4-5; du 15.6.2006 p. 2-3).

L'appelante pouvait engager E\_\_\_\_\_ pour les dépenses courantes d'exploitation à hauteur de l'000 fr., qui devaient se fonder sur des pièces justificatives. Il lui appartenait encore d'annoncer immédiatement à ses supérieurs tout évènement extraordinaire, tel qu'un vol (préambule et ch. 2 du cahier des charges).

- b. En sa qualité de gérante, T\_\_\_\_\_ avait l'obligation de veiller à l'encaissement des recettes de l'établissement auprès des employés. Les chiffres d'affaires quotidiens étaient imprimés à partir de la caisse enregistreuse, dont on déduisait les montants que les clients payaient par le biais de cartes de crédit, ainsi que les dépenses courantes. Les doubles des décomptes étaient envoyés au siège de Zürich, qui les transmettait une fois par semaine en Hollande. Conservé dans le coffre-fort du restaurant, le solde net des recettes devait être déposé quotidiennement, sous réserve du samedi et du dimanche, au trésor de nuit du X\_\_\_\_\_ à la place Bel-Air. Selon le système en vigueur au sein de la défenderesse, il appartenait à la demanderesse ou, en son absence, à son assistante d'assumer une telle tâche (pièce 5 déf; pv du 16.9.2004 p. 3; du 17.11.2004 p. 6, témoin C\_\_\_\_\_; du 9.2.2005 p. 5, 8, témoins D\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_; du 19.5.2005 p. 2).

T\_\_\_\_\_ n'a toutefois pas seulement délégué cette fonction à son assistante, mais également au chef de cuisine du restaurant - portant tout deux le patronyme G\_\_\_\_\_ - et peut-être à une quatrième personne dont elle n'a pas précisé l'identité, de même qu'une fois à H\_\_\_\_\_ qui travaillait comme serveur (pv du 16.9.2004 p. 3; du 17.11.2004 p. 2; du 9.2.2005 p. 4; du 15.6.2006 p. 2; du 19.5.2005 p. 6).

L'appelante s'est plainte à plusieurs reprises auprès de A\_\_\_\_\_ d'être trop occupée et de ne pas avoir le temps suffisant pour apporter l'argent depuis le restaurant de la rue\_\_\_\_\_ jusqu'au X\_\_\_\_\_. Elle n'a en revanche pas parlé de ce problème à son mari (pv du 17.11.2004 p. 5; du 19.5.2005 p. 2; cf. aussi pv du 16.9.2004 p. 4).

- c. Le jeudi 11 février 1999, lors de la visite de A\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_ à Genève (cf. let. B), T\_\_\_\_\_ a signé le premier décompte dans lequel elle reconnaissait que le découvert de caisse constaté s'élevait à un total de 112'791 fr. 51, après avoir calculé le chiffre avec le représentant de la fiduciaire Y\_\_\_\_\_.

Durant la discussion, elle a émis l'hypothèse qu'un tiers avait pu dérober les fonds qui avaient été placés dans des enveloppes bancaires sécurisées ("sealed"), mais ses interlocuteurs lui ont fait remarquer qu'on ne pouvait prendre l'argent sans détruire les enveloppes. Tant à l'égard de A\_\_\_\_\_ que de B\_\_\_\_\_, elle alors admis être quoi qu'il en soit responsable du découvert constaté.

Pour éviter que son épouse ne soit licenciée avec effet immédiat, I\_\_\_\_\_ a proposé de verser sur-le-champ l'acompte de 31'000 fr. Les négociations, qui se sont prolongées tard dans la nuit avec B\_\_\_\_\_ ont porté sur le remboursement du solde de la somme manquante, qui devait intervenir dans un délai de trois ans. Il fut en définitive convenu que le salaire de l'appelante ferait l'objet de retenues mensuelles de 2000 fr; B\_\_\_\_\_ voulait en effet que le reliquat laissé à l'employée lui permette de vivre. Le lendemain, le conseil de E\_\_\_\_\_ rédigea le texte de la reconnaissance de dette, que l'appelante signa (pv du 17.11.2004 p. 4-5; du 9.2.2005 p. 8-11; du 19.5.2005 p. 3-5).

- d. T\_\_\_\_\_ a parallèlement établi au profit de son mari une reconnaissance de dette, dans laquelle elle admettait avoir reçu de son conjoint à titre de prêt les 31'000 fr. versés à E\_\_\_\_\_.

Devant la Cour, l'appelante a précisé avoir remboursé sur ce montant 6'000 fr. à son époux, dont elle est désormais divorcée (pv du 17.11.2004 p. 5; du 15.6.2006 p. 3).

- e. Durant le temps où la demanderesse a assuré la gérance du "E\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_", l'établissement a bénéficié d'une forte affluence. Des exploitants

d'autres restaurants de la chaîne ont été délégués pour des stages dans celui de Genève, cité comme exemple.

La demanderesse, qui avait de bons contacts avec la clientèle et ses collaborateurs, ne comptait pas ses heures de travail et assurait le plus souvent la fermeture du soir. Elle remplaçait au besoin un serveur absent. Elle ne prenait en général qu'un jour de repos par semaine, parfois deux et parfois aucun (pv du 17.11.2004 p. 6-7; du 19.5.2005 p. 7).

Par rapport au calendrier de travail prévu dans la CCNT sur l'hôtellerie et la restauration, T \_\_\_\_\_ estime, dans le cadre de la présente procédure, avoir droit, de 1997 jusqu'au 30 septembre 2001, à 188,8 jours de repos non pris - soit 22,3 jours en 1997, 36 jours en 1998, 41,4 jours en 1999, 46,8 jours en 2000 et 42,3 jours en 2001 - correspondant à un montant encore dû de 44'991 fr. Elle se fonde à cet égard sur des décomptes annuels de son activité régulièrement établis durant la période en question (mém. du 28.10.2004 p. 7; du 3.1.2006 p. 13-14; pièces 6, 19-22 dem; pv du 17.11.2004 p. 3).

E \_\_\_\_\_ conteste cette prétention, en rappelant que sa partie adverse n'était pas soumise à la CCNT et organisait elle-même ses horaires de travail, comme l'a confirmé A \_\_\_\_\_ (pv du 19.5.2005 p. 2). Devant la Cour, l'intimée objecte encore à titre subsidiaire, que la prétendue créance relative au jours de repos non pris avant juin 1999 est prescrite au regard de l'art. 128 CO.

- f. T \_\_\_\_\_ réclame le solde de ses vacances non prises depuis le 1<sup>er</sup> avril 1994 jusqu'au 30 septembre 2001 qu'elle estime, toujours en fonction des barèmes de la CCNT, à un total de 95,66 jours ou de 22'795 fr. 80 sur une base de cinq semaines de vacances par an, (mém. du 28.10.2004 p. 5-6; du 3.1.2006 p. 11-13).

La défenderesse tient à nouveau la CCNT pour inapplicable, reproche à sa partie adverse des erreurs de calcul et invoque derechef la prescription de cinq ans de l'art. 128 CO.

- g. A l'audience du 17 novembre 2004, E \_\_\_\_\_ a produit les originaux et des copies de prélèvements de 1'293 fr. 80 et 1'718 fr. 20 opérés le 11 janvier 2001 par la demanderesse sur le compte de la société auprès du X \_\_\_\_\_ à Genève, censés correspondre selon des mentions manuscrites à deux avances de 1'500 fr. chacune consenties à des employés du restaurant. A entendre son représentant, les documents en question venaient d'être retrouvés dans un classeur posé sur un faux plafond dans le bureau du restaurant. T \_\_\_\_\_ a affirmé ignorer l'existence de classeurs dans le faux-plafond du bureau et a contesté avoir apposé les mentions manuscrites sur les pièces de caisse (pièces 16-17 déf. et liasses 12-12bis du dossier du Tribunal; pv du 17.11.2004 p. 1-2 au demeurant lacunaires).

A l'audience suivante du 3 février 2005 (pv p. 6), le témoin D \_\_\_\_\_, ancienne collaboratrice de la défenderesse à Zürich, a évoqué l'insatisfaction de la direction à l'endroit de T \_\_\_\_\_, motivée notamment par des différences de caisse constatées. Avisée, l'appelante avait expliqué les différences par des avances qu'elle avait consenties au personnel de l'établissement, mais sans pouvoir fournir les pièces justificatives qu'elle n'avait pas eu le temps d'établir.

Se fondant sur ces éléments, le Tribunal a considéré que la responsabilité de la demanderesse se trouvait engagée à l'égard de sa partie adverse pour les deux prélèvements de 1'293 fr. 80 et 1'718 fr. 20, en relevant que les employés de l'établissement avaient affirmé n'avoir jamais reçu d'avances de salaire. Toutefois, parmi les témoins entendus, deux d'entre eux ne se sont pas exprimés, au moins clairement, sur le sujet (C \_\_\_\_\_, pv du 17.11.2004 p. 5-6; H \_\_\_\_\_, pv du 19.5.2005 p. 5-7), un troisième a bien confirmé n'avoir jamais demandé d'avance (J \_\_\_\_\_, pv du 17.11.2005 p. 8) et un dernier a au contraire indiqué avoir obtenu des avances, en signant des formulaires de la société prévus à cet effet (K \_\_\_\_\_, même pv p. 7).

- h. La demanderesse a sollicité en première instance l'apport de la procédure pénale P/7941/1999 ouverte à la suite de la plainte contre inconnu déposée par E \_\_\_\_\_ le 25 juin 1999, probatoire que le Tribunal n'a pas ordonné et

que l'appelante n'a plus requis devant la Cour (pv du 16.10.2004 p. 4; du 15.6.2005 p. 2).

### **EN DROIT**

1. L'appel est recevable, ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits (art. 56 al. 1, 59 LJP).
  
2. Dès lors que l'appelante, assistée d'un avocat, ne requiert plus l'apport de la procédure pénale ouverte à la suite de la plainte déposée en 1999 par l'employeur, la Cour n'ordonnera pas d'office ce probatoire et statuera en fonction du dossier qui lui est soumis, qu'elle estime suffisant.
  
- 3.1. A teneur de l'art. 2 de la CCNT sur l'hôtellerie et la restauration (édition 1998), ne sont pas soumis à ce texte les chefs d'établissement et les directeurs. Selon le commentaire de la CCNT, les collaborateurs assumant ces fonctions doivent disposer d'un pouvoir décisionnel dans des affaires importantes au sens de l'art. 9 de l'ordonnance 1 relative à la LTr (OLT 1, RS 822.11).

En vertu de l'art. 9 OLT 1, exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important ou est en mesure d'influencer fortement les décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie de celle-ci. Le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'établissement ne permet pas à lui seul d'admettre qu'il y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères déterminants. Les affaires essentielles visées par l'art. 9 OLT 1 sont celles qui influencent de façon durable le vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou, du moins, dans l'un de ses éléments principaux (ATF 126 III

337 consid. 5/a; 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 3/1).

- 3.2. L'appelante ne figurait pas en qualité d'organe de l'intimée inscrite au registre du commerce et n'avait pas la compétence d'engager des employés fixes ou de les licencier.

La structure de l'intimée, propriétaire à l'époque de plusieurs établissements répartis dans toute la Suisse, doit toutefois être prise en compte. Titulaire de la patente du restaurant de Genève, la demanderesse avait la tâche d'en assurer l'exploitation. Elle commandait sur place les denrées nécessaires, sous réserve de celles fournies par le siège de Zürich, payait certaines factures et dirigeait le personnel fixe, ainsi que les dix à douze extras dont elle devait assurer la présence suivant les besoins saisonniers. Il lui incombait d'établir les plannings des jours de travail, de repos et des vacances. Enfin, elle devait assurer l'encaissement des recettes journalières et leur dépôt auprès du X\_\_\_\_\_.

En fonction de ces éléments et de la large autonomie dont elle disposait, y compris au plan géographique, la Cour considère à l'instar du Tribunal, que l'employée occupait effectivement un poste de chef d'établissement au sens de l'art. 2 CCNT. Son activité avait en effet une incidence déterminante sur une partie de l'entreprise, selon la définition de l'art. 9 OLT 1. Partant, la CCNT ne lui est pas applicable.

- 4.1. Compte tenu de la conclusion qui précède, les prétentions de l'employée pour des jours de repos non pris doivent être rejetées. La Cour rappellera au demeurant qu'il appartenait à la gérante, selon les termes du contrat de travail, d'organiser elle-même le calendrier de ses jours de repos.
- 4.2. L'employée n'a pas plus droit à des vacances selon les barèmes de la CCNT. Seules les vacances prévues par le contrat de travail entrent en considération. Les parties ne contestent pas à cet égard le solde de 51,4 jours retenu par le Tribunal, ni la rémunération de 11'308 fr. arrêtée dans le dernier décompte de

salaire et reprise dans le jugement (p. 22).

- 4.3. La décision attaquée sera donc confirmée sur ces deux points.

Les autres montants retenus comme dus à l'employée par le Tribunal, n'ont pas été contestés.

- 5.1. Ainsi qu'il l'a été vu, il appartenait à l'appelante d'encaisser les recettes du restaurant, et de les déposer au X\_\_\_\_\_ en faveur de l'intimée.

Le 11 mars 1999, le directeur de la société et le représentant de IFAC ont constaté l'existence d'un découvert accumulé de 112'791 fr. 51 par rapport aux sommes qui auraient dû être déposées à la banque. Le lendemain, le mari de la demanderesse a versé un acompte de 31'000 fr. et cette dernière a signé une reconnaissance de dette, dans laquelle elle a accepté que des retenues mensuelles de 2'000 fr. soient pratiquées sur ses futurs salaires jusqu'à couverture du solde de 81'791 fr. 51 majoré d'intérêts au taux de 3% l'an. La somme ainsi prévue a été amortie au terme des rapports de travail, en dernier lieu par voie de compensation avec des prétentions salariales de l'employée, selon le décompte final établi le 24 octobre 2001.

Tenant pour nul l'engagement ainsi souscrit au regard des art. 321e et 341 CO, l'appelante réclame la restitution totale ou au moins partielle des montants ainsi acquittés, après l'établissement de sa responsabilité personnelle pour le découvert de caisse constaté. L'intimée conteste quant à elle l'argumentation présentée, de même que la légitimation active de sa partie adverse s'agissant du montant de 31'000 fr. payée par son époux.

- 5.2. La demanderesse a remis à son mari une seconde reconnaissance de dette, dans laquelle elle s'est engagée à lui rembourser la somme en question, dont il s'était acquitté en mains de l'employeur et avancée sur la base d'un contrat de prêt. La légitimation active de l'employée doit ainsi être logiquement admise pour cette

prétention et le Tribunal ne saurait être suivi dans son raisonnement sur la question.

- 5.3. A teneur de l'art. 321e CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1). La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (al. 2). Il ne peut être dérogé aux principes ainsi posés, au détriment de l'employé (art. 362 CO).

Une disposition contractuelle imposant par avance au dirigeant d'une filiale une pleine responsabilité pour des découverts de caisse se révèle donc nulle au regard de l'art. 321e CO. La possibilité doit en effet être au moins réservée à l'intéressé de démontrer que la disparition d'une somme d'argent n'est pas due à son comportement fautif. Une responsabilité d'un supérieur pour des détournements ne saurait de surcroît être retenue, lorsque plusieurs personnes ont accès à la caisse selon l'organisation existant au sein de l'entreprise (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6<sup>ème</sup> éd, n. 6 ad art. 321e CO et les réf.).

Selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut enfin renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

Aux yeux de la doctrine majoritaire, la norme précitée ne s'applique pas seulement aux créances de l'employé, mais aux obligations souscrites par ce dernier à l'égard de l'employeur qui contreviennent à une règle légale impérative, ainsi l'engagement du travailleur de réparer un dommage causé au-delà de sa responsabilité définie par l'art. 321e CO (STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 15 ad art. 321e; n. 2 ad art. 341 CO et les réf.).

- 5.4. En se fondant sur cette analyse, déjà admise par deux jurisprudences cantonales (JAR 1984 p. 263; 1989 p. 131) et sans doute convaincante, l'appelante aurait éventuellement pu contester la validité de la reconnaissance de dette qu'elle a été amenée à signer le 12 mars 1999, étant rappelé que celle-ci doit reposer sur une cause licite (ATF 105 II 183 consid. 4/a).

On relèvera néanmoins que le directeur de l'intimée et le représentant de la fiduciaire Y\_\_\_\_\_ ont invité la gérante, lors de leur visite à Genève les 11 et 12 mars 1999, à fournir des explications sur l'important découvert de caisse constaté et qu'elle n'a alors pu en donner aucune convaincante, après avoir présenté une version non crédible. L'instruction de la cause a également fait ressortir que la demanderesse a confié à plusieurs employés du restaurant le soin d'apporter les recettes au X\_\_\_\_\_, alors que, selon les prescriptions en vigueur au sein de l'entreprise, cette tâche relevait de sa compétence ou de celle de son assistante.

Quoi qu'il en soit, l'objection fondée sur la nullité éventuelle de l'engagement de remboursement souscrit en mars 1999 supposait au premier chef que l'appelante réagisse avant l'extinction, par la voie de la compensation, de la dette qu'elle conteste présentement, amortie au terme des rapports de travail ou au plus tard lors de l'établissement du dernier décompte par l'employeur au mois d'octobre 2001. L'intéressée ne s'est cependant pas manifestée durant cette période, mais a au contraire attendu par la suite deux ans et demi avant de saisir les tribunaux.

- 5.5. Seule subsiste donc présentement la voie de l'action en enrichissement illégitime fondée sur les art. 62 et suiv. CO. Dans ce cadre et en application de l'art. 8 CC, la demanderesse supportait le fardeau de la preuve; il lui incombait notamment d'établir que l'avantage obtenu à ses dépens par sa partie adverse était dépourvu de cause légitime (PETITPIERRE, Commentaire romand, n. 54 ad art. 62 CO).

Or, on ne saurait retenir au vu du dossier, que l'intimée n'était pas fondée à réclamer à sa gérante le remboursement intégral du découvert de caisse. Le seul fait que le ou les auteurs des détournements n'aient pu être identifiés, ne

suffit pas. Trop d'incertitudes subsistent au contraire et la demanderesse n'a en tous les cas pas démontré que seule une responsabilité partielle pouvait lui être imputée pour la disparition des recettes, au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Par ailleurs, l'art. 63 al. 1 CO empêche celui qui a payé volontairement une dette, en sachant qu'elle n'était pas due, ne peut la répéter. L'expression "payer" inclut toute forme de prestation (PETITPIERRE, op. cit., n. 4 ad art. 63 CO). En l'occurrence, l'appelante a bien accepté en connaissance de cause, que sa dette souscrite en mars 1999 soit amortie durant les mois suivants, par le biais de retenues sur son salaire. Le caractère volontaire de l'attribution n'est certes pas réalisé dans une situation de contrainte (ATF 129 III 646 = JdT 2004 I 105 consid. 3/2). En l'espèce, il ne paraît toutefois pas que la demanderesse se soit trouvée dans une telle situation. Le 25 juin 1999, l'employeur a déposé une plainte auprès du Procureur général, qui a donné lieu à une enquête de police. L'employée ne s'est donc pas engagée à rembourser pour éviter une poursuite pénale. La crainte d'un licenciement, qui ne pouvait plus être immédiat à partir du mois d'avril ou de mai 1999, n'équivalait pas plus à une contrainte, puisque l'appelante a précisément pu s'acquitter de son obligation en fournissant sa prestation de travail.

Selon l'art. 63 al. 2 CO, l'action en répétition est en outre exclue s'agissant des sommes acquittées pour accomplir un devoir moral. Or, l'appelante a reconnu être moralement tenue de rembourser les recettes manquantes du restaurant.

En définitive, la prétention de l'employée, tendant au remboursement des retenues pratiquées sur sa rémunération, doit bien être rejetée, comme l'a admis le Tribunal des prud'hommes.

6. Le jugement attaqué sera en revanche réformé, dans la mesure où il a admis les conclusions reconventionnelles de la défenderesse à concurrence de 3'012 fr.

L'instruction de la cause n'a en effet pas démontré que l'appelante a prélevé les montants de 1'293 fr. 80 et 1'718 fr. 20 sur le compte de l'employeur auprès du X\_\_\_\_\_, le 11 janvier 2001, puis qu'elle a conservé l'argent par devers elle et que les mentions manuscrites figurant sur les avis de retraits, évoquant deux avances de 1'500 fr. consenties à des collaborateurs du restaurant, ne correspondraient pas à la réalité. L'auteur des mentions manuscrites n'a pu être identifié. En outre et contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, le dossier ne permet pas de retenir qu'aucun employé du restaurant n'a bénéficié d'avances sur salaire, notamment au mois de janvier 2001. Les enquêtes n'ont pas permis d'entendre l'ensemble du personnel du restaurant (pv du 15.6.2006 p. 2) et un des cuisiniers a confirmé avoir obtenu des avances. Enfin, D\_\_\_\_\_ a été interrogée de manière générale sur les problèmes des différences de caisse et des avances consenties au personnel, mais sans que la question des deux montants de 1'500 fr. et des prélèvements bancaires opérés au début de 2001 ne soit abordée.

La conclusion reconventionnelle de l'employeur doit donc être écartée, à l'instar de ses autres prétentions qui ne sont plus discutées devant la Cour.

7. Vu l'issue de la cause, l'appelante supportera la charge de l'émolument de deuxième instance acquitté (2'200 fr.), sous réserve de 50 fr. que l'intimée sera condamnée à lui rembourser.

**PAR CES MOTIFS**

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

A la forme :

- Reçoit l'appel du jugement rendu le 2 décembre 2005 par le Tribunal des prud'hommes dans la présente cause.

Au fond :

- Annule ce jugement et, statuant à nouveau :
- Condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme de 2'729 fr. 55 plus intérêts au taux de 5% l'an dès le 30 septembre 2001.
- Condamne E\_\_\_\_\_ à rembourser à T\_\_\_\_\_ 50 fr. sur l'émolument d'appel versé.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président