



E _____ SA
Dom. élu : Me Reynald BRUTTIN
Rue du Mont-de-Sion 8
1206 Genève

Monsieur T _____
c/o Syndicat UNIA
Mme _____
Chemin de Surinam 5
1211 Genève 13

**Partie appelante principale
et intimée incidente**

**Partie intimée principale et
appelante incidente**

D'une part

D'autre part

ARRET

du mercredi 6 décembre 2006

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Jean-Yves GLAUSER et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

M. Lionel DELGADO, greffier d'audience

EN FAIT

- A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 10 mars 2006, E_____ SA appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 6 février 2006 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 7 février 2006.

Le dispositif de ce jugement est le suivant :

A la forme :

- déclare recevable la demande formée le 22 juillet 2005 par T_____ contre le E_____ SA ;

Au fond :

- condamne le E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 3'946.25 (trois mille neuf cent quarante six francs et vingt-cinq centimes) et la somme nette de fr. 4'387.40 (quatre mille trois cent quatre-vingt sept francs et quarante centimes), plus intérêts aux taux de 5% l'an dès le 22 juillet 2005, sous déduction de tous les montants nets déjà versés, soit 6'395.60 ;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

a) E_____ SA conclut à l'annulation du jugement. Il conclut également à ce que T_____ soit d'une part condamné au paiement de fr. 5'509.80 plus intérêts à 5% dès le 31 janvier 2005 et d'autre part condamné aux dépens, lesquels comprendront une indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat.

b) En réponse, T_____ conclut au déboutement du E_____ SA de toutes ses conclusions. Il a également déposé un appel incident dans lequel il conclut à l'annulation du jugement et à ce que le E_____ SA soit condamné à lui payer la somme brute de fr. 3'946.25 et la somme nette de fr. 4'387.40 plus intérêts moratoires de 5% l'an dès le 22 juillet 2005, sous déduction du montant net de fr. 2'399,60.

- B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) E_____ SA est une société anonyme dont le siège est à Carouge (GE) et dont le but social est l'exploitation d'un café-restaurant.

b) T_____ a été engagé par E_____ SA, le 1^{er} septembre 2003 en qualité de responsable de salle à plein temps, soit 42 heures par semaines et cinq semaines de vacances. Les parties au contrat ont signé un contrat de travail pré-rédigé par C_____. Le salaire mensuel brut fixé au chiffre 7 dudit contrat

était de fr. 5'900.-. S'agissant du 13^{ème} salaire, le chiffre 7 renvoyait à la CCNT 98.

Le contrat prévoyait également, sous chiffre 8 dont l'intitulé est « dédommagements pour habits de travail (art. 33 CCNT) » auquel a été ajouté l'annotation manuscrite « + frais de représentation », une indemnité mensuelle de 500 fr.

T_____ a expliqué que l'indemnité dite de « frais de représentation » avait été fixée avec le E_____ SA de telle sorte que le salaire mensuel net atteigne fr. 4'500.-.

Le salaire mensuel a été porté à fr. 6'000.- en mai 2004 et l'indemnité intitulée "frais de représentation" à fr. 800.-.

c) En date du 30 juillet 2004, le E_____ SA licenciant T_____ pour le 31 août 2004. Le courrier était libellé comme suit :

« Suite à notre dernier entretien et à une restructuration de notre établissement, nous sommes obligés de vous licencier à fin août, soit pour le mardi 31 août 2004 ».

T_____ a été immédiatement réengagé par E_____ SA dès le 1^{er} septembre 2004 comme responsable d'un autre établissement exploité par cette même société : A_____.

Les parties divergent sur le nouveau montant du salaire convenu. T_____ soutient que le salaire a alors été fixé à fr. 5'500.- plus 800 fr. de frais de représentation. E_____ SA soutient pour sa part qu'il a été convenu avec T_____ un salaire de fr. 4'000.- nets pour 35 heures de travail et quatre semaines de vacances.

c) Par lettre du 23 décembre 2004, E_____ SA a licencié T_____ pour le 31 janvier 2005.

Par lettre signature du 10 mars 2005, T_____ a fait part au E_____ - _____ SA de diverses irrégularités dans le paiement de son salaire et a réclamé le paiement de fr. 8'381.90.

En réponse, E_____ SA a fait tenir un décompte de salaire duquel il ressort que T_____ restait lui devoir fr. 613.10.

e) Par demande du 22 juillet 2005, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 3'145.50 bruts et fr. 4'000.- nets, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 22 juillet 2005, montant qui se décompose comme suit :

- fr. 1'718.75 à titre de 13^{ème} salaire pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 janvier 2005 ;
- fr. 1'301.65 à titre de solde d'indemnité pour vacances non prises pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 janvier 2005;
- fr. 125.- à titre d'indemnité pour jours fériés pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 janvier 2005;
- fr. 4'000.- nets à titre de frais de représentation pour la période du 1^{er} septembre 2004 au 31 janvier 2005.

f) En réponse, E _____ SA a contesté devoir à T _____ des frais de représentation suite à son engagement du 1^{er} septembre 2004. ReConventionnellement, E _____ SA a réclamé à T _____ fr. 613.10.

E _____ SA a expliqué qu'aucun contrat écrit ne le liait à T _____ à partir du 1^{er} septembre 2004. Selon lui, il a réengagé T _____ au A _____ pour lui donner une seconde chance. Toujours selon E _____ SA le salaire convenu était de fr. 4'000.- nets par mois. Dans ce nouveau poste, T _____ n'avait pas les mêmes responsabilités et ne devait plus percevoir de frais de représentation.

En outre, T _____ ne travaillait plus que 35 heures par semaine et les vacances étaient réduites de 5 à 4 semaines par année. Selon E _____ SA, il ne devait plus le 13^{ème} salaire du fait du changement de contrat.

f) Lors de l'audience de comparution personnelle, T _____ a expliqué ce qui suit :

- le montant de fr. 500.- figurant sous la rubrique "fond de caisse cadeau" était un cadeau du E _____ SA;
- le montant de fr. 1'500.- sous la rubrique "prêt" était un don du E _____ SA;
- le montant de fr. 387.40 figurant sous la rubrique "avance pour divers achats" correspondait à des achats qu'il avait effectués pour le E _____ SA et que ce dernier devait lui rembourser.

En outre, T _____ a admis devoir au E _____ SA le montant de fr. 1'365.60 pour des avances de salaires prélevées directement dans la caisse du A _____. Il a également admis avoir reçu fr. 2'000.- d'avance de salaire du 8 février 2005 et fr. 1'000.- le 17 février 2005. S'agissant des jours fériés, T _____ a précisé avoir travaillé les 25 décembre 2004 et 1^{er} février 2005 qui étaient des samedis, jour de fermeture du A _____.

S'agissant de l'indemnité intitulée "frais de représentation", T _____ a expliqué que ce montant avait été fixé initialement pour atteindre le salaire net convenu de fr. 4'500.-. Selon lui, ce montant n'était pas prévu pour son habillement.

g) De son côté, le E_____ SA a expliqué que l'indication "fond de caisse cadeau" était une erreur qui apparaissait sur le décompte du 17 février 2005 qui a été corrigée dans le décompte du 2 mars 2005. Il a aussi expliqué que le montant de fr. 500.- apparaissant sous la rubrique "fond de caisse cadeau" du 17 août 2004 n'était pas un cadeau. Il a encore indiqué que le montant de fr. 1'500.- apparaissant sous la rubrique "prêt" du décompte du 2 mars était une avance de salaire qui devait lui être remboursée. E_____ SA a confirmé devoir fr. 387.40 à T_____.

E_____ SA a admis devoir la somme de fr. 1'924.90 pour les vacances non prises par T_____. S'agissant des jours fériés, E_____ SA a indiqué que T_____ avait eu congé les 25 décembre 2004 et 1^{er} janvier 2005 de sorte qu'aucun jour férié ne lui était dû.

S'agissant des frais de représentation, E_____ SA a expliqué que cette indemnité était prévue pour l'habillement de T_____. Cette indemnité permettait aussi d'inviter un représentant. E_____ SA n'a demandé aucun justificatif pour ses dépenses à T_____.

C. E_____ SA conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 6 février 2006 et à ce que B_____ soit condamné à lui verser fr. 5'509.80 avec intérêts de 5% dès le 31 janvier 2005.

E_____ SA fait grief au premier juge d'avoir retenu que le contrat du 1^{er} septembre 2004 n'était pas indépendant du contrat conclu le 1^{er} septembre 2003. Selon lui, les parties n'ont jamais eu l'intention de poursuivre ou de recréer les liens juridiques qui existaient avant le licenciement du 30 juillet 2004. Pour ce motif, il considère ne pas être redevable du 13^{ème} salaire dès lors que les relations de travail ont duré moins de sept mois. Il conteste aussi devoir l'indemnité intitulée « frais de représentation » dans le contrat des 8 et 10 octobre 2003.

S'agissant des vacances et des jours fériés, E_____ SA admet encore devoir à B_____ fr. 760.80 bruts à titre de vacances et fr. 125.- à titre d'indemnité brute pour jours fériés.

Selon E_____ SA, B_____ reste lui devoir un solde fr. 5'509.80.

D. B_____ conclut, sur appel principal, au déboutement du E_____ - _____ SA de toutes ses conclusions. Sur appel incident, il conclut à l'annulation du jugement et à la condamnation du E_____ SA à lui verser la somme brute de fr. 3'946.25 et la somme nette de fr. 4'387.40 plus intérêts moratoires de 5% l'an dès le 22 juillet 2005, sous déduction du montant net de fr. 2'399.60.

En substance, B_____ fait sien le raisonnement juridique des premiers juges. En revanche, il conteste l'imputation de fr. 6'395.60 faite par les premiers juges. Selon lui, seuls fr. 2'399.60 auraient dû être imputés des montants dus.

E. La Cour a procédé à une comparution personnelle des parties.

Lors de cette audience, les parties ont persisté dans leurs conclusions. Hormis la question de la qualification juridique de la relation contractuelle dès le 1^{er} septembre 2004 qui a une incidence sur le montant du treizième salaire et sur les éventuels frais de représentation, les parties admettent que les montants ci-après sont de toutes façons dus à B_____ :

- salaire de janvier 2005 : fr. 5'500.-
- solde de vacances : fr. 2'135.80
- indemnité pour jours fériés : fr. 125.-
- remboursement pour divers achats : fr. 387.40

Les parties admettent également que les montants ci-après devront être déduits de la somme due à B_____ :

- avance fond de caisse du 17 août 2004 : fr. 500.-
- prêt à rembourser du 20 octobre 2004 : fr. 1'500.-
- avance caisse du A_____ : fr. 1'395.60
- avance du 8 février 2005 : fr. 2'000.-
- avance du 17 février 2005 : fr. 1'000.-

soit au total fr. 6'395.60

F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel principal est recevable. Il en va de même de l'appel incident (art. 62 al. 1 LJP et 61 al. 1 LJP), et de la réponse à ce dernier (art. 62 al. 2 LJP).
2. A teneur des art. 356ss CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient,

c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement partie à la convention, les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'art. 356b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers, en vertu de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, auquel cas ces clauses s'appliquent également aux employeurs auxquels elles sont étendues.

En l'espèce, il est admis que les parties sont liées par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998 (CCNT 98) et dont le champ d'application a été étendu par arrêté d'extension du Conseil fédéral du 19 novembre 1998. Dès le 1^{er} janvier 2002, la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, modifiée au 1^{er} janvier 2002 (CCNT 2002), trouvait application.

3. **3.1** Les parties divergent d'abord sur les circonstances et la portée des modifications de leurs relations contractuelles intervenues en été 2004. L'appelante principale soutient que le contrat conclu le 1^{er} septembre 2004 était complètement indépendant du contrat conclu le 1^{er} septembre 2003. Elle explique qu'elle avait mis fin à ce contrat avec effet au 31 août 2004 par courrier du 30 juillet 2004. Selon elle, c'est sur demande insistante de l'intimé principal qu'elle a accepté de le réengager le 1^{er} septembre 2004 dans un nouveau contrat de travail conclu oralement pour un autre établissement qu'elle exploite. Selon l'appelante principale, dès lors qu'un nouveau contrat a été conclu pour le 1^{er} septembre 2004, l'intimé principal n'a pas droit au treizième salaire *prorata temporis*.

De son côté, l'intimé principal explique qu'il avait l'intention de démissionner en raison de problèmes relationnels avec le personnel du E_____. Selon lui, l'appelante principale lui a proposé de le licencier pour donner l'apparence d'une rupture avec le E_____ dans lequel il travaillait et de le reprendre immédiatement comme responsable d'un autre établissement qu'elle exploite : A_____.

3.2 Les parties divergent aussi sur la signification de l'ajout manuscrit à l'art. 8 du contrat concernant le montant de fr. 500.-. Pour l'appelante principale, ce montant de fr. 500.- était justifié par des frais de représentation. S'agissant du salaire convenu dès le 1^{er} septembre 2004, l'appelante principale soutient qu'il n'était pas prévu, dans le nouveau contrat conclu oralement, que l'intimé principal recevrait une indemnité pour frais de représentation. Toujours selon l'appelante principale, l'indemnité intitulée "frais de représentation" était prévue pour l'habillement de l'intimé principal et pour lui permettre d'inviter un représentant.

L'intimé principal a expliqué, s'agissant de la rémunération prévue dans le contrat du 1^{er} septembre 2003, qu'elle avait été fixée de telle sorte que le salaire mensuel net qu'il percevait atteigne fr. 4'500.-. Selon lui, c'est pour cette raison que ce

contrat prévoyait une rubrique "frais de représentation" d'un montant de fr. 500.- qui permettait, sur la base d'un salaire brut de fr. 5'900.- de lui assurer le salaire net convenu de fr. 4'500.- après les différentes déductions dont les impôts à la source. L'intimé principal a encore expliqué qu'il n'avait pas été prévu dans les modifications contractuelles intervenues avec effet au 1^{er} septembre 2004 la suppression de cette indemnité de représentation. En revanche, les parties ont convenu d'une réduction de l'horaire hebdomadaire de 42 à 35 heures en contrepartie de la suppression d'une semaine de vacances et d'une réduction mensuelle de salaire de fr. 500.-.

3.3 Au sens de l'art. 320 al. 1 CO, sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. L'art. 4 al. 1 CCNT n'exige pas non plus le respect de la forme écrite même si elle recommande d'établir le contrat de travail par écrit avant l'entrée en fonction.

Selon l'art. 322 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

L'art. 322 al. 1 CO exprime l'idée qu'en droit suisse, la rémunération du travailleur est soumise, en premier lieu, au principe de la liberté contractuelle, notion faisant appel à l'autonomie de la volonté des parties et donc à leur volonté subjective (ATF 122 III 110 = JdT 1996 I 618 (rés.)). La volonté subjective des parties concernant le montant de la rémunération peut, du fait que le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme particulière, être exprimée, par écrit, oralement ou même tacitement, par actes concluants (REHBINDER, Basler Kommentar, ad art. 320 n° 9 – 11 ; WYLER, op. cit., p. 58).

3.4 Pour tenter de déterminer quel a été le salaire convenu, au sens de l'art. 322 al. 1 CO, il y a lieu de rechercher, tout d'abord et comme le rappelle l'art. 18 al. 1 CO, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations éventuellement erronées utilisées par elles. L'art. 18 al. 1 CO a servi de base au développement, par le Tribunal fédéral, d'une véritable méthode d'interprétation réglant non seulement les cas où les parties sont parvenues à un accord, mais aussi ceux où l'accord n'est pas complet ou fait défaut (WINIGER, Commentaire romand, n° 132, ad art. 18 CO). Conformément au principe de la primauté de la volonté subjective, consacrée par l'art. 18 CO (ATF 121 III 118 ; ATF 123 III 35), le juge doit en premier lieu rechercher la volonté subjective des parties (ATF 125 III 263 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n° 834 ; ZELLER, Basler Kommentar, n° 31 ad art. 18). A cet égard, il peut s'inspirer des circonstances antérieures ou survenues postérieurement à la conclusion du contrat et pouvant constituer des indices de la volonté des parties (ATF 4C. 246/2003 ; ATF 118 II 365 ; SJ 1996, p. 553 ; WINIGER, op. Cit., n° 133, ad art. 18 CO).

Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée ou hypothétique des parties en

interprétant leurs manifestations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner, même si les parties ne se sont exprimées que par actes concluants (ATF 4C. 246/2003 ; SJ 1996, p. 552 ; ATF 110 II 344 ; ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). C'est alors le contenu objectif du contrat qu'il y a lieu de déterminer.

4. **4.1** En l'espèce, les parties ont conclu un premier contrat de travail par écrit sur une formule pré-rédigée de C_____ les 8 et 10 octobre 2003, étant précisé que le contrat avait débuté le 1^{er} septembre 2003.

La lettre du 30 juillet 2004 n'apporte aucun éclaircissement sur la réelle volonté des parties. Elle se réfère à un entretien (dont la teneur n'est pas résumée) et à une restructuration du E_____ dont rien n'indique la nature. S'agissant des relations entre les parties, la Cour relève que, quelques semaines avant la lettre du 30 juillet 2004, l'appelante principale a augmenté la rémunération globale de l'intimé principal de fr. 400.- (fr. 100.- de salaire et fr. 300.- de frais de représentation).

Sur un autre plan, aucun élément n'établit de manière probante à quel moment, et dans quelles circonstances, il a été convenu entre les parties que l'intimé principal travaillerait désormais au A_____ à partir du 1^{er} septembre 2004.

En conséquence, rien ne permet de conclure qu'il y a eu, en dernier ressort, rupture du contrat de travail des 8 et 10 octobre 2003 et conclusion d'un nouveau contrat de travail oral indépendant du premier.

Si les parties ont initialement envisagé de mettre un terme à leurs relations contractuelles de travail, elles n'ont finalement matériellement pas retenu cette solution mais décidé, en dépit de la lettre de licenciement du 30 juillet 2004, de continuer, sans aucune interruption, leurs relations de travail mais dans un autre établissement de l'appelante principale et à des conditions différentes.

4.3 Selon l'art. 12 CCNT, l'employé a droit à un treizième salaire calculé au taux de 50 % du salaire mensuel dès le septième mois de travail, au taux de 75 % du salaire mensuel, dès la deuxième année de travail et au taux de 100 % dès la troisième année de travail.

Il y a donc lieu de considérer qu'en application de l'art. 12 CCNT l'intimé principal a droit à 75% du treizième salaire *pro rata temporis*. Les rapports de travail ayant pris fin au 31 janvier 2005, l'intimé principal a droit au versement de 1'718.75 au titre de treizième salaire (fr. 5'500.- x 0.75 x 5/12), avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 22 juillet 2005.

4.4 S'agissant de l'indemnité pour "frais de représentation", il y a aussi lieu d'admettre que les parties ont voulu la continuation de leur rapports antérieurs sous ré-

serve des modifications contractuelles qu'elles admettent avoir convenu, à savoir une diminution du salaire de fr. 500.-, une diminution de l'horaire hebdomadaire de 42 à 35 heures et la suppression d'une semaine de vacances. L'appelante principale n'a pas établi pour quels motifs l'indemnité intitulée "frais de représentation" qui avait été prévue dans le contrat écrit des 8 et 10 octobre 2003 auraient été supprimée à partir du 1^{er} septembre 2004.

Même si les explications de l'appelante principale devait être retenue comme fondement de cette indemnité, à savoir l'habillement et d'éventuelles invitations d'un représentant, celle-ci n'a pas expliqué - ni démontré - en quoi les impératifs d'habillement, ou d'éventuelles invitations de représentants, différaient dans les deux postes occupés par l'intimé principal (responsable de salle dans un restaurant, d'abord, et responsable d'A_____, ensuite) au point de fonder une diminution de salaire mensuel de fr. 800.-.

Pour ces raisons, la Cour considère que le contrat écrit des 8 et 10 octobre 2003 n'a pas été modifié sur la question de l'indemnité de représentation qui reste due après le 1^{er} septembre 2004, l'indemnité mensuelle de représentation ayant toutefois été portée à fr. 800.- dès le mois de mai 2004.

5. En résumé, l'intimé principal a droit aux montants bruts ci-après, étant précisé que devront être déduits de ceux-ci les diverses charges sociales, légales et usuelles, y compris l'impôt à la source dus :

- fr. 1'718.75 brut à titre de 13^{ème} salaire *prorata temporis* ;
- fr. 5'500.- brut à titre de salaire pour janvier 2005 ;
- fr. 2'135.80 brut à titre de solde de vacances ;
- fr. 125.- brut à titre d'indemnité pour jours fériés ;

soit au total fr. 9'479.55 brut.

L'intimé principal a encore droit aux paiements nets suivants :

- fr. 387.40 net à titre de remboursement pour divers achats ;
- fr. 4'000.- net à titre de frais de représentation pour les mois de septembre 2004 à janvier 2005 (cinq mois à fr. 800.-);

soit au total fr. 4'387.40 net.

Doivent être déduits de ces montants fr. 6'395.60 nets déjà versé par l'appelante principale. Il en découle que l'intimé principal reste devoir à l'appelante principale fr. 2'008.20 net (fr. 6'395.60 net - fr. 4'387.40 nets) qui seront déduits des montants encore dus par l'appelante principale à l'intimé principal (fr. 9'479.55) après déduction des charges sociales, légales et usuelles dont l'impôt à la source.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme

- Reçoit l'appel principal déposé E_____ SA et l'appel incident déposé par T_____ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite la délibération du 2 décembre 2005 et notifié aux parties le 5 décembre 2005 en la cause n° C/16610/2005-2.

Au fond

- Annule ledit jugement;

Puis statuant à nouveau :

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 9'479.55 plus intérêts à 5% dès le 22 juillet 2005, sous déduction de fr. 2'008.20 net déjà versés par le E_____ SA ;
- Invite la partie qui en la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles, dont l'impôt à la source ;
- Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président