



Monsieur

E _____

Dom. élu : Me Claudio FEDELE
Avenue Krieg 7
1208 Genève

Partie appelante et intimée

Madame

T _____

Dom. élu : Me Damien BLANC
Rue Marignac 9
1206 Genève

Partie appelante et intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du lundi 27 février 2006

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Denis CHAPELON et Jean-Paul METRA, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

M. Paulo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

- A. T _____ a été engagée par E _____ le 1^{er} mai 2002 en qualité de serveuse dans l'établissement "D _____". Son salaire mensuel brut s'est élevé à fr.3'300.- par mois.
- B. Le 27 avril 2004, E _____ a résilié le contrat de travail de T _____ pour le 31 mai 2004. Cette dernière s'est trouvée en incapacité de travail pour cause de maladie du 30 avril au 30 août 2004.
- C. Par demande du 13 octobre 2004, T _____ a assigné son employeur en paiement de fr. 26'587.15 correspondant au salaire de juin à août 2004, au 13^e salaire 2002-2004, à ses heures supplémentaires ainsi qu'à une indemnité pour vacances non prises. Elle demandait également la délivrance d'un certificat de travail et d'une lettre de libre engagement.
- D. E _____ a expliqué qu'il exploitait le café conjointement avec son ex-compagne A _____, mère de ses trois enfants et soeur de T _____. Cette dernière se trouvait souvent au café, dès lors qu'il s'agissait d'un établissement familial. Elle prenait des pauses à midi, de sorte que son horaire hebdomadaire était de 42h30. En 2004, il l'avait également payée pour 29 samedis effectivement travaillés.
- E. En cours de procédure, T _____ a modifié ses prétentions: exposant que l'assurance perte de gain de son employeur l'avait totalement indemnisée pour les mois de juin à août 2004, elle ne réclamait plus rien pour cette période. Elle a toutefois maintenu ses conclusions de fr. 4'262.50 relatives au 13^e salaire des années 2002 à 2004 et demandé le paiement de 35 samedis travaillés en 2002, 52 samedis en 2003 et 17 samedis en 2004, ce qui représentait un montant global de fr. 17'301.35, dont il convenait de déduire la somme de fr. 4'350.- déjà versée pour indemniser 29 samedis. Ayant entre-temps perçu fr. 391.- en trop au titre d'indemnité pour vacances non prises, elle estimait que son employeur restait lui devoir la somme de fr. 16'822.85. T _____ a expliqué avoir travaillé tous les samedis, sauf les samedis des mois de juillet et août 2003 et le samedi de Pâques 2004.
- F. Dans son jugement du 1^{er} septembre 2005, notifié le lendemain, le Tribunal a retenu que la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants du 6 juillet 1998 (CCNT 98) était applicable, E _____ ne pouvant être considé-

ré comme étant un membre de la famille de son employée. Les premiers juges ont ensuite calculé le montant dû au titre de 13^e salaire, qu'ils ont arrêté à fr. 3'437.50. Ils ont toutefois débouté l'employée de ses prétentions en heures supplémentaires, considérant qu'elle n'en avait pas prouvé la réalité.

- G. Par acte déposé le 30 septembre 2005, respectivement expédié le 3 octobre 2005, E _____ et T _____ appellent de ce jugement. Le premier conclut à ce que la seconde soit déboutée de toutes ses conclusions. Celle-ci demande l'audition de sept témoins et la condamnation de sa partie adverse à lui verser la somme de fr. 14'909.50.

Chaque partie sollicite le rejet de l'appel de sa partie adverse. Leurs arguments seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile, les deux appels sont recevables (art. 59 al. 1 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à fr. 1'000.-, la Cour d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 al. 1 LJP).
 - 1.2 Lors de l'audience qui s'est tenue devant la Cour d'appel, l'intimée a déposé copie de son relevé de compte pour la période allant du 1^{er} janvier 2003 au 30 août 2004. L'appelant s'est opposé à la production de ces pièces. Dans la mesure où celles-ci ont déjà été produites en première instance avec le courrier du conseil de l'intimée du 2 mars 2005 et figurent ainsi déjà au dossier, il ne s'agit pas de pièces nouvelles, de sorte qu'il n'y a pas lieu de les écarter.
 - 1.3 L'intimée a demandé la réouverture des enquêtes et tous les témoins cités, à l'exception du témoin B _____, domiciliée en France et que l'intimée s'est chargée de convoquer, ont été entendus. L'intimée a néanmoins maintenu sa requête de faire entendre cette personne, qui était, selon l'intimée, une cliente régulière du "D _____". La Cour s'estime toutefois suffisamment renseignée sur les questions de fait pertinentes en l'espèce et ne donnera ainsi pas suite à cette demande de mesures probatoires complémentaires.
2. L'appelant fait valoir que son ex-compagne était son associée dans l'exploitation du café. Après que cette dernière a été mise au bénéfice d'une rente AI, elle ne pouvait plus apparaître officiellement et le commerce aurait été inscrit en 1999 au nom de l'appelant seul, A _____ bénéficiant toutefois d'une procuration individuelle. Bien que le couple se serait séparé au printemps 2003, cette dernière aurait continué à toucher sa part des bénéfices du café. En juin 2004 seule-

ment, elle aurait cédé sa part pour fr. 170'000.-. Tout au long de l'emploi de l'intimée, sa soeur devait donc être considérée comme une associée occulte de l'appelant et, donc, chef d'établissement au sens de l'art. 2 de la CCNT 98, de sorte que l'intimée ne peut se réclamer de l'application de cette Convention.

- 2.1** L'intimée rétorque que sa sœur a complètement cessé l'exploitation du "D _____" en novembre 1999 et n'a plus participé aux bénéfices. La procuration en sa faveur n'avait été établie que pour des raisons pratiques. La convention conclue entre celle-ci et l'appelant en juin 2004 ne ferait que finaliser la reprise de l'exploitation qui a eu lieu en 1999. L'intimée conteste ainsi que l'art. 2 de la CCNT 98 prévoyant que celle-ci n'est pas applicable aux parents du chef d'établissement trouve application en l'espèce.
- 2.2** L'art. 2 CCNT 98 prévoit que ne sont pas soumis à cette Convention les membres de la famille du chef d'établissement tels que conjoint, frères et sœurs ou parents. L'appelant a indiqué avoir racheté la part de son ex-compagne, sœur de l'intimée, le 16 juin 2004. Cette dernière ne conteste pas que sa sœur ait revendu sa part à cette date (PV de CP du 19 avril 2005, p. 2), mais explique que dans les faits c'était l'appelant qui lui donnait des ordres et était véritablement le patron du café. A _____ était inscrite au registre du commerce jusqu'au mois de septembre 1999 comme titulaire de la raison de commerce relative au D _____. Par la suite, l'appelant est devenu titulaire, sa compagne restant toutefois inscrite avec signature individuelle. L'appelant a expliqué que ce changement était dû au fait que A _____ avait obtenu une rente d'invalidité et qu'il n'était ainsi pas opportun qu'elle apparaisse encore comme titulaire d'une raison de commerce.

Pour certains témoins, essentiellement des clients de l'établissement, il n'était pas très clair qui de l'appelant ou de sa compagne était le patron (témoins, F _____, G _____). D'autres ont constaté que A _____ a continué, après 1999, à être présente dans l'établissement, s'occupant tantôt de la comptabilité (témoin H _____, G _____), tantôt également du service ou des commissions (témoin I _____, J _____). Deux témoins ont eu l'impression que A _____ et l'appelant s'occupaient ensemble de l'établissement (témoins K _____, I _____). Compte tenu du fait que A _____ a continué à se rendre régulièrement après 1999 au café, participait aux discussions qui avaient trait à la comptabilité de celui-ci et servait parfois des clients, la Cour considère que celle-ci est restée, après 1999 et jusqu'au 16 juin 2004, impliquée dans l'établissement en tant qu'associée de l'appelant. Dès lors que A _____ doit ainsi être considérée comme chef de l'établissement aux côtés de l'appelant et qu'elle est la sœur de l'intimée, cette dernière ne peut se prévaloir de l'application de la CCNT 98. Dans la mesure où aucun 13^e salaire n'a été convenu entre les parties, l'intimée fondant la prétention y relative uniquement sur la CCNT 98, elle ne peut y prétendre. Il est ainsi superflu d'examiner si la prétention que fait valoir l'intimée à ce titre est abusive, comme le soutient l'appelant.

3. L'intimée reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle n'aurait pas travaillé les samedis, hormis ceux pour lesquels elle aurait été payée.
- 3.1 L'appelant expose pour sa part que l'intimée se rendait souvent le samedi au "D _____" pour y passer un moment avec sa sœur et ses neveux. S'il est arrivé qu'elle donne alors un coup de main, cela n'avait rien de régulier et n'était qu'occasionnel. De toute manière, l'intimée aurait été généreusement payée puisque, outre le montant de fr. 8'719.25 versé sur son compte bancaire à fin mai 2004, elle aurait encore perçu fr. 6'600.-, ce qu'elle a d'ailleurs admis en audience.
- 3.2 L'appelant a reconnu que l'intimée a travaillé "certains samedis de 9h à 15h" (PV du 1^{er} février 2005, p. 1). Il lui a ainsi versé le montant de fr. 4'350.- pour 29 samedis travaillés de septembre 2003 à mai 2004. Seuls restent donc litigieux les 56 samedis travaillés entre mai 2002 et juin 2003. Les clients de l'établissement entendus par la Cour de céans ont tous indiqué que l'intimée travaillait le samedi (témoins H _____, F _____, K _____, I _____, J _____). Deux de ces témoins ont déclaré s'être retrouvés, après l'audience de première instance à laquelle ils auraient été convoqués sans toutefois être entendus, dans l'établissement public "L _____" avec l'intimée et son conseil. Si cela est pour le moins discutable de la part de ce dernier, la Cour ne doute pas que les déclarations faites par ces deux témoins quant aux jours de travail de l'intimée correspondent à ce qu'ils ont observé; ces constatations sont d'ailleurs corroborées par celles des autres témoins qui n'ont pas eu de contact avec l'avocat de l'intimée. Il ressort également de la pièce 16 app., établie par la comptable du "D _____" et comportant le détail des montants dus à l'intimée depuis septembre 2003, que celle-ci a travaillé tous les samedis entre septembre 2003 et avril 2004. La Cour est ainsi convaincue que l'intimée a également travaillé tous les samedis entre les mois de mai 2002 et juin 2003.

Il découle du montant de fr. 4'350.- versé par l'appelant pour les 29 samedis travaillés qu'un samedi de travail était rémunéré à hauteur de fr. 150.- (fr. 4'350.29), montant que l'intimée n'a pas critiqué, s'estimant au contraire pleinement indemnisée pour ces 29 samedis (appel, chiffre 21). L'intimée a articulé le nombre tantôt de 52, tantôt de 56 samedis travaillés; ses calculs se basent toutefois sur le nombre de 56. Il y a en effet eu 57 samedis entre le 1^{er} mai 2002 et le 31 mai 2003 et il n'est pas allégué et ni établi qu'à l'exception du samedi de Pâques 2004, que l'intimée reconnaît avoir chômé, un autre samedi pendant cette période aurait été un jour férié où l'établissement serait resté fermé. C'est donc le nombre de 56 samedis travaillés qui sera retenu et l'intimée peut ainsi prétendre, à ce titre, à un montant brut de 56 x fr. 150.-, soit fr. 8'400.-. De ce montant doit être déduite la somme de fr. 391.- que l'intimée dit avoir perçu en trop (appel chiff. 22).

Il convient également d'en déduire le montant de fr. 6'600.- net. La Cour est en effet convaincue que l'intimée a perçu ce montant. L'intimée l'a déclaré elle-même

lors d'une audience de première instance (PV du 1^{er} février 2005, p. 3). Son explication à l'audience d'appel selon laquelle elle ne maîtrise pas bien le français et se serait ainsi trompée dans ses déclarations ne convainquent pas. Elle était assistée d'un avocat et l'on ne voit pas pour quelle raison elle aurait articulé précisément ce chiffre, qui correspond à celui, manuscrit, figurant sur la pièce 16 app. Par ailleurs, l'intimée a indiqué que son salaire était versé de la main à la main, à l'exception de celui du mois de mai 2004 (même PV, p. 2). Il n'est ainsi pas surprenant que le montant de fr. 6'600.- n'apparaisse pas sur son relevé de compte. L'on constate au demeurant que les montants versés sur son compte sont irréguliers et ne correspondent jamais - sous réserve du versement du mois de mai 2004 - au montant du salaire qu'elle percevait selon les attestations de salaire. Au vu de ces éléments, la déclaration faite par l'intimée au sujet de la perception du montant de fr. 6'600.- sera retenue contre elle.

4. En conclusion, chaque partie obtient partiellement gain de cause. La procédure étant gratuite, il n'est pas perçu d'émoluments ni alloué de dépens (art. 343 CO, 76 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit les appels interjetés le 30 septembre et le 3 octobre 2005 par E _____ et T _____ contre le jugement TRPH/651/2005 prononcé le 1^{er} septembre 2005 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/22675/2004-2.

Au fond :

- Admet les appels et annule le jugement attaqué.

Statuant à nouveau :

- Condamne E _____ à payer à T _____ la somme brute de fr. 8'400.- (huit mille quatre cents francs) plus intérêts moratoires à 5% dès le 13 octobre 2004, sous déduction du montant net de fr. 6'991.-.
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente