



E_____ SA
Dom. élu : Me Jean-Marie FAIVRE
Rue de la Rôtisserie 2
Case postale 3809
1211 Genève 3

T_____
c/o A_____
Rue B_____
1227 Carouge

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du vendredi 20 avril 2007

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Yves GLAUSER, juges employeurs

MM. Max DETURCHE et Marc LABHART, juges salariés

Mme Keren Marie MAYER, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 11 septembre 2006, E_____ SA appelle d'un jugement TRPH/588/2006, rendu le 7 août 2006 et notifié par plis du 9 du même mois, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes l'a condamnée à verser à T_____ fr. 20'445.75 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 31 août 2004 et à lui remettre des fiches de salaire pour la période du 1^{er} janvier au 10 septembre 2001 et du 15 mars 2002 au 31 août 2004.

La procédure, introduite par T_____ le 23 novembre 2005, tendait à la condamnation de E_____ SA à lui verser fr. 85'255.50 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2004 et à la remise des fiches de salaire pour la période concernée.

La somme réclamée se décomposait comme suit :

- fr. 10'234.65 brut à titre de treizième salaire ;
- fr. 63'986.40 brut à titre de rémunération des heures supplémentaires ;
- fr. 8'267.20 brut à titre d'indemnité pour vacances non prises;
- fr. 2'767.25 brut à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés.

Devant la Cour, l'appelante conclut à l'annulation du jugement attaqué et au rejet de toutes les prétentions de T_____. L'intimé n'a pas répondu à l'appel. A l'audience du 5 mars 2007, il a confirmé conclure à la confirmation de la décision attaquée.

Les éléments suivants résultent du dossier:

- A. E_____ SA, société inscrite au Registre du Commerce de Genève (et dont la raison sociale était précédemment C_____ SA, puis D_____ SA, exploite depuis 1998 le restaurant à l'enseigne "F_____ ", sis au Boulevard G_____ à Genève.

La société a également exploité le café-restaurant "H_____ ", sis à l'avenue I_____ à Genève, établissement vendu en 2001 et, de janvier à mai 2002, le restaurant "J_____ ", sis à la rue K_____ à Genève.

La société est depuis 2003 administrée par SL_____, actionnaire unique; son directeur a été, jusqu'en février 1998, le mari de SL_____, soit ML_____. La comptabilité est tenue par M_____.

Selon les explications non contestées de SL_____, le restaurant "F_____" disposait entre 2001 et 2004 d'environ 150 places. Il proposait une cuisine marocaine et employait 6 ou 7 personnes en cuisine, soit des femmes qui préparaient les plats le matin, un cuisinier qui réchauffait ensuite lesdits plats (fonction assumée par N_____, puis, jusqu'en 2002 par ML_____, époux de SL_____) et des plongeurs/commis de cuisine. A cela s'ajoutaient 3 ou 4 personnes en salle.

- B. T_____ est un cousin de la famille L_____. De nationalité marocaine, il réside en Suisse depuis 1999 en tous cas, sans être au bénéfice d'aucun titre de séjour. Après avoir séjourné un certain temps à Zurich (où il a ensuite subi une période d'incarcération de mi-septembre 2001 à mi-mars 2002), il est venu s'installer à Genève, à une date qui n'a pas été précisée.

Dans la présente procédure, T_____ soutient avoir travaillé au restaurant "F_____" du 15 janvier 1999 au 31 août 2004, avec une interruption, due à son incarcération, allant du 11 septembre 2001 au 13 mars 2002. Selon son dire, il travaillait régulièrement en cuisine, selon des horaires dépassant l'horaire conventionnel et sans bénéficier de toutes les vacances auxquelles il pouvait prétendre; le salaire convenu représentait fr. 2'500.- mensuellement, montant qui lui était versé par SL_____ ou la comptable M_____, de la main à la main, après déduction d'un loyer de fr. 650.- en relation avec un appartement mis à sa disposition à la rue O_____; au reçu de ce salaire, il signait un carnet de quittance. Aucune fiche de salaire ne lui était remise et les charges sociales n'étaient pas acquittées.

T_____ fonde ses prétentions sur des agendas de travail mis à disposition du SIT pour les années 2001, 2002, 2003 et 2004. A teneur de ces documents, il aurait travaillé de 16h environ (respectivement 10h30 suivant les périodes) à 1h30 environ, 6 jours par semaine, effectuant ainsi du 1^{er} janvier au 10 septembre 2001, compte tenu de vacances prises du 9 au 15 août, 1'755.5 heures de travail ou environ 220 heures par mois. Ses heures de travail auraient ensuite représenté 2'561 heures ou 256 par mois, du 15 mars au 31 décembre 2002, compte tenu de vacances prises du 11 au 20 septembre et, en 2003, 3'206 heures ou 267 heures par mois, compte tenu de vacances prises du 10 au 19 septembre; enfin, en 2004,

il aurait travaillé 2'122 heures, soit 264 heures par mois, compte tenu de vacances prises du 8 au 15 août.

T_____ a expliqué ne s'être inscrit au SIT qu'en 2005, mais avoir rempli les agendas de travail susmentionnés au fur et à mesure. Il résulte de l'examen de l'original de ces documents que la mention des heures travaillées a dans l'ensemble été apportée d'une même main, d'un même stylo et vraisemblablement d'un même jet. Il admet n'avoir jamais soumis ces documents à l'appelante.

- C. E_____ SA s'est opposée à ces prétentions. Contestant l'existence de tout contrat de travail, elle a fait valoir qu'il arrivait certes à T_____ d'aider occasionnellement à "F_____ " en soirée, mais c'était en remerciement de l'aide que ML_____ lui apportait par esprit de famille; ce dernier aidait en effet matériellement son cousin, dépourvu de moyens d'existence. Ainsi, T_____ était été logé par ML_____ dès son arrivée à Genève, en particulier dans un appartement sis rue O_____, dont il acquittait le loyer. Il était en outre nourri et blanchi et recevait de l'argent de poche.

SL_____ a précisé que T_____ "suivait son mari partout"; il lui donnait ainsi de temps à autre un coup de main, en général en soirée et pour des périodes n'excédant pas 4 heures. Il en avait été de même lorsque N_____ était cuisinier à "F_____ ". En définitive, en mai 2004, elle avait prié T_____ de ne plus revenir, et ne l'avait plus revu. En aucun cas, il n'avait été salarié de E_____ SA et elle ne lui avait jamais donné d'argent.

- D. La comptable M_____ a déclaré n'avoir jamais remis d'argent à T_____ et ne lui avoir jamais fait signer de quittance. Son nom ne figurait ni dans la comptabilité de la société, ni dans la liste du personnel. Elle n'avait jamais vu T_____ travailler à "F_____ ", où elle se rendait en 2004 de 11h00 à 14h00 ou 14h30 du lundi au vendredi. L'intimé a alors, pour la première fois en appel, soutenu que son salaire lui était versé par un dénommé P_____ ; l'audition de ce dernier n'a toutefois pas été requise.

ML_____ a expliqué avoir matériellement aidé T_____ dès son arrivée à Genève, en lui donnant quelque argent et en le logeant dans un appartement à la rue O_____, mais a nié lui avoir donné du travail: il avait sans succès essayé de faire travailler, mais "c'était impossible" car T_____ n'arrivait pas à se lever le

matin; de plus, présenté à plusieurs employeurs, il avait été incapable de garder une place de travail.

N_____ , cuisinier à "F_____ " durant un an à un an et demi, a expliqué que T_____ avait "participé à l'activité familiale" en donnant "de temps en temps un coup de main en cuisine".

Q_____ , aide-cuisinier à "F_____ " de mai 2000 à juillet 2001, avec un horaire de 8h à 17h durant 4 ou 5 mois, puis de 17h - 2h, a déclaré que, durant cette dernière période, il avait travaillé avec T_____ , que celui-ci était cuisinier, qu'il faisait "8 heures par jour au moins" et qu'il avait un ou deux jours de congé par semaine. Aucun autre employé n'a été entendu.

Plusieurs personnes apparentées tant aux époux L_____ qu'à T_____ ont confirmé que ML_____ aidait matériellement T_____ , et ont affirmé ne jamais l'avoir vu travailler à "F_____ ", où il lui arrivait de prendre des repas (tém. R_____ ; S_____ ; U_____ ; V_____). Plus spécifiquement, le témoin R_____ a déclaré que lorsqu'il rencontrait T_____ , celui-ci était sans travail, que ML_____ lui donnait de l'argent pour vivre, comme lui-même également quelquefois. Le témoin S_____ a affirmé qu'il avait partagé avec T_____ l'appartement de la rue O_____ en 2003/2004: T_____ ne lui avait jamais dit qu'il travaillait à "F_____ " et il ne l'avait jamais vu partir ou revenir du travail. Les témoins U_____ et N_____ ont affirmé lui donner de temps en temps de l'argent pour vivre. Enfin, le témoin W_____ a affirmé que depuis qu'il connaissait l'intimé, celui-ci était sans travail et qu'il lui donnait quelquefois de l'argent pour le dépanner.

Ces divers témoins ont enfin affirmé que T_____ avait de manière sporadique travaillé dans plusieurs établissements publics, en particulier "X_____ ", le café "Y_____ ", au "Z_____ " et, plus spécifiquement, au Restaurant "AA_____ " en 2001 (sur ce dernier point, cf. tém. N_____); il n'était toutefois pas possible de lui proposer du travail, car "il n'était pas à la hauteur des exigences liées à la profession" (tém. U_____ , restaurateur).

- E. En substance, le jugement attaqué a tenu pour établi que T_____ avait eu une activité d'aide de cuisine au restaurant "F_____ ", de manière certes irrégulière, mais à raison d'environ quatre heures par soirée. Jusqu'en 2002, il avait exercé son activité sous les ordres de ML_____ , qui le logeait, le blanchissait et lui remettait de « l'argent de poche ». Le seul témoin non membre de la famille avait

d'ailleurs confirmé que T_____ effectuait au moins huit heures de travail par jour. A cela s'ajoutait qu'en 1999, ML_____ avait la faculté d'engager T_____, puisqu'il disposait alors de la signature individuelle. S'agissant d'une activité qui n'est ordinairement fournie que contre rémunération, les « coups de main » de plus de quatre heures devaient être rémunérés, de sorte que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss. CO.

T_____ pouvait dès lors prétendre au versement d'un treizième salaire en application de l'art. 12 al. 1 et 2 CCNT, sur la base du salaire minimum prévu à l'art. 10 CCNT 98 et de ses Avenants genevois. E_____ SA n'ayant pas tenu de registre des heures effectuées, il devait être fait référence aux relevés tenus par T_____. Le treizième salaire auquel il pouvait prétendre représentait ainsi fr. 2'155.45 en 2001, fr. 2'533.35 en 2003 et fr. 2'200.- en 2004. T_____ pouvait en outre prétendre à une indemnité pour vacances non prises en nature, en application de l'art. 17 CCNT; celle-ci représentait fr. 1'905.20 pour 2001, fr. 1'892.25 pour 2002, fr. 3'280.- pour 2003 et fr. 1'689.60 pour 2004. Il pouvait enfin prétendre, en application de l'art. 18 al. 1^{er} CCNT, à une rémunération pour les jours fériés travaillés; le montant dû à ce titre représentait fr. 170.20 pour 2001, fr. 690.90 pour 2002, fr. 745.45 pour 2003 et fr. 450.- pour 2004. L'existence d'heures supplémentaires n'était en revanche pas avérée, ce qui conduisait au rejet des prétentions de T_____ sur ce point. En application de l'art. 14 CCNT 98, T_____ avait enfin droit à recevoir des fiches de salaire et ses conclusions sur ce point étaient également fondées.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prévue par la loi. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour est complète.

2. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'art. 1 al. 1 LJP soumet à la juridiction des prud'hommes les litiges entre employeurs salariés, pour tout ce qui a trait à leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code

des Obligations.

Dans la mesure où l'intimé a conclu à la constatation que ses rapports avec l'appelante étaient constitutifs d'un contrat de travail, les premiers juges ont à juste titre admis leur compétence *ratione materiae*.

3. 3.1 Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat (ATF 99 II 313). L'existence d'un contrat de travail présuppose que le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire et ce dans un rapport de subordination. Les parties conviennent ainsi d'un rapport durable, d'une durée indéterminée ou déterminée, qui ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation et qui prévoit en principe quel temps hebdomadaire ou mensuel le travailleur doit mettre à disposition de son employeur (ATF 112 II 41; SJ 1990 p. 185 ; 1982 p. 202). Lorsque les parties n'ont conclu ni expressément ni tacitement de contrat de travail, la cause doit encore être examinée la lumière de l'article 320 al. 2 CO, à teneur duquel le contrat est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. L'acceptation d'un travail aux conditions posées ci-dessus entraîne la présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail (ATF 95 I 131; 90 II 443).

Enfin, le contrat de travail, outre l'obligation de fournir un travail et le paiement d'un salaire, suppose un rapport de subordination de l'employé à l'égard de son employeur. La liberté d'organiser son travail et corrélativement, de disposer de son temps à sa guise, est un élément qui permet d'exclure une relation basée sur un contrat de travail, alors que l'absence de cette liberté implique une subordination qui permet de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Ce lien de subordination se manifeste également dans l'existence de directives et d'instructions données par l'employeur, ou par l'obligation d'adresser des rapports périodiques (ATF 99 II 313). Le mode de rémunération n'est en revanche à lui seul pas déterminant, pas plus que le mode de paiement des charges sociales (SJ 1960 p. 157).

3.2 En l'espèce, aucun contrat de travail n'a été signé et l'existence de déclarations de volonté concordantes portant sur les conditions d'un engagement n'a été ni alléguée, ni démontrée.

L'appelante admet que l'intimé a irrégulièrement donné des "coups de main" à Mimoun L_____ et à N_____ en cuisine, en soirée et pour quatre heures au plus. Ces derniers, qui se sont succédés comme cuisinier à "F_____", ont affirmé que l'aide de l'intimé était irrégulière, alors que le témoin Q_____ a affirmé que, de septembre ou octobre 2000 à "environ" juillet 2001, l'intimé avait régulièrement travaillé au moins 8 heures par jour, au moins 5 fois par semaine. Ce dernier témoignage est dépourvu de force probante, s'agissant des périodes antérieures ou postérieures; en effet, ce témoin n'a travaillé dans l'établissement que de mai 2000 à "environ " juillet 2001 et les "4 ou 5" premiers mois de son engagement, il faisait l'horaire du matin, et alors que l'intimé soutient avoir toujours travaillé le soir. Le témoin ne peut ainsi avoir fait de constatations valables au sujet du travail alors effectué par l'intimé.

Tous les autres témoins entendus, et qui sont parents non seulement des époux L_____, mais également de l'intimé, ont quant à eux affirmé que l'intimé n'avait jamais été l'employé de l'appelante, mais qu'il se contentait d'aider occasionnellement à "F_____" en remerciement de l'aide que ML_____ lui fournissait depuis son arrivée à Genève.

Les agendas de travail déposés par l'intimé n'apportent aucune preuve de l'activité que celui-ci soutient avoir fournie. L'intimé n'est en effet pas crédible lorsqu'il affirme que, ne s'étant inscrit au syndicat SIT qu'en 2004 ou 2005, il aurait utilisé dès 2000 les agendas de travail fournis par ledit syndicat pour y noter ses horaires de travail. L'examen de ces documents révèle au contraire que ceux-ci ont de manière très hautement vraisemblable été remplis a posteriori et pour les seuls besoins de la présente cause. Pour ces motifs, ces documents sont dépourvus d'une valeur probante suffisante. A cela s'ajoute enfin qu'il résulte des probatoires qu'en 2001 et/ou 2002, l'intimé a travaillé à "AA_____", à une période où il affirme avoir été l'employé de l'appelante.

L'appelant échoue ainsi à rapporter la preuve du travail qu'il dit avoir fourni à "F_____" . Tout au plus peut-il être tenu pour acquis - comme l'admet d'ailleurs l'appelante - qu'il a occasionnellement aidé en cuisine, de manière irrégulière, et pour des périodes n'excédant par 4 heures; ceci sous réserve de la période de fin septembre 2000 à juillet 2002 où, à teneur du témoignage Q_____, il a régulièrement effectué en cuisine 8 heures par soir, 5 jours par semaine.

L'appelant a également échoué à rapporter la preuve du paiement du salaire allégué, qui aurait représenté fr. 2'500.- mensuellement, sous déduction d'un loyer. La comptable de l'appelante a en effet nié lui avoir versé quelque montant que ce

soit à titre de salaire, et a affirmé que l'intimé n'apparaissait ni dans les listes du personnel, ni dans la comptabilité de l'entreprise. Au contraire, l'ensemble des témoins entendus a indiqué que l'intimé, dépourvu de moyens d'existence, bénéficiait tant de la générosité de ML_____, qui lui remettait quelque argent, lui fournissait un logement à la Rue O_____, que de l'aide occasionnelle d'autres membres de la famille.

Enfin et surtout, l'intimé échoue à démontrer qu'il se trouvait dans un rapport de subordination envers l'appelante. Aucun élément du dossier ne démontre en effet que des jours ou des horaires de travail lui auraient été imposés, ou qu'il aurait reçu des directives à cet égard.

L'existence d'un contrat de travail conclu tacitement ne peut ainsi pas davantage être retenue.

La Cour retient dès lors que si l'intimé a occasionnellement et par périodes fourni une prestation de travail, il a agi à titre gratuit, dans le cadre de l'entreprise familiale, et en remerciement de l'aide qui lui était apportée par ML_____ depuis son arrivée à Genève.

Il résulte de ce qui précède qu'en l'absence d'un contrat de travail, l'intimé ne peut se prévaloir de la CCNT 98 appliquée par les premiers juges et que ses prétentions, fondées sur les dispositions de ladite CCNT, auraient dû être rejetées dans leur totalité, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges.

4. A titre superfétatoire, la Cour relève que, si l'existence d'un contrat de travail devait être admise en application de l'art. 320 al. 2 CO, elle ne saurait l'être que pour la période courant de septembre 2000 à "environ" juillet 2001, visée par le témoignage Q_____. Or, cette période est insuffisante pour donner droit au paiement d'un treizième salaire au sens de l'art. 12 al. 1 et 2 CCNT 98, qui ne prévoit le versement d'un treizième salaire qu'après une année pleine d'engagement (soit 50% dès la deuxième année et 100% dès la troisième année d'engagement). L'existence d'éventuelles heures supplémentaires n'étant pas établies, les prétentions de l'intimé de ce chef ont été rejetées à juste titre. L'intimé admet avoir bénéficié de 9 jours de vacances en août 2001 et soutient avoir régulièrement reçu 2'500 fr. par mois postérieurement à cette date. Il ne peut, partant, pas prétendre recevoir en sus une indemnité-vacances au sens de l'art. 17 CCNT. Enfin, l'intimé ne prouve pas avoir, durant cette période, travaillé des jours fériés, ce qui conduit également au rejet des conclusions fondées sur l'art. 18 al. 1 CCNT.

5. Les considérants qui précèdent conduisent à l'annulation du jugement attaqué et au rejet de toutes les conclusions de l'intimé.

Compte tenu de la valeur litigieuse, la procédure reste gratuite.

Il ne sera alloué aucun dépens, aucune des parties n'ayant pas plaidé de manière téméraire.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ SA contre le jugement TRPH/588/2006 rendu le 7 août 2006 par le Tribunal des prud'hommes, groupe 2, dans la cause C/26850/2005-2.

Au fond :

Annule ce jugement et, statuant à nouveau:

Déboute T_____ de toutes ses conclusions.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente