



E _____ SARL
Dom. élu : Me Jean-Franklin
WOODTLI
Rue Prévost-Martin 5
Case postale 60
1211 Genève 4

Monsieur
T _____
Dom. élu : SYNDICAT SIT
M. Metin TURKER
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du lundi 12 septembre 2005

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Daniel CHAPELON et René LAMBERCY, juges employeurs

MM. Jean-Daniel BONNELANCE et Stéphane JAN, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé le 6 janvier 2005 au greffe de la juridiction des Prud'hommes, la société E_____ Sàrl (ci-après E_____) a appelé d'un jugement rendu le 22 novembre 2004 par le Tribunal des Prud'hommes, notifié aux parties le 3 décembre 2004 et reçu par l'appelante au plus tôt le lundi 6 décembre 2004, jugement dont le dispositif est le suivant :

« Condamne E_____ Sàrl à payer à T_____ la somme brute de 20'563 fr.20 (vingt mille cinq cent soixante-trois francs et vingt centimes), avec intérêts à 5% l'an, dès le 23 février 2004.

Débouté les parties de toute autre conclusion.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles. »

La somme ainsi allouée à T_____ se décompose comme suit : 3'000 fr. au titre de salaire pour le mois de décembre 2001 ; 500 fr. au titre de solde de salaire pour avril 2002 ; 875 fr. au titre de treizième salaire pour les années 2001 et 2002 ; 1'090 fr.90 au titre de jours fériés non accordés et non compensés ; 5'415 fr. 50 au titre d'heures supplémentaires et 9'681 fr.80 au titre de jours de congé non accordés et non compensés.

E_____ Sàrl estime ne rien devoir à T_____ ; elle a soutenu en première instance que ce dernier travaillait pour elle de manière indépendante, de sorte que la juridiction des Prud'hommes était incompétente. En appel toutefois, elle admet l'existence d'un contrat de travail, mais nie que la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, du 6 juillet 1998 (CCNT 98) soit applicable, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges. Le contrat a été conclu verbalement et l'employé – qui venait du Brésil et se trouvait en Suisse sans autorisation

valable de travail - n'a, selon l'appelante, pas démontré le bien fondé des prétentions qu'il lui oppose. Il avait été engagé par la société comme homme à tout faire, notamment pour des travaux de nettoyage pendant les heures d'ouverture du club, les vendredi et samedi soir. Il organisait librement son activité et son horaire, moyennant une rémunération de 3'000 fr. environ par mois, vacances et jours fériés inclus. Ce salaire lui était versé en mains propres, sur la base des relevés d'heures qu'il établissait. Le volume d'activité du personnel était variable : de septembre à décembre il était important, de janvier à mai, moyen, et de juin à août, faible. Toujours selon l'appelante, T _____ avait reçu l'intégralité de son salaire, et il avait « disparu de la circulation » en avril 2002, durant quelques mois, sans en informer l'employeur et sans laisser son adresse. E _____ conteste par conséquent devoir quoi que ce soit à son ex-employé. Elle soutient encore que, si elle n'a pas été en mesure de produire un dossier de pièces plus complet concernant la comptabilité relative au salaire de l'intimé, cela est dû au fait que le contenu de l'armoire dans laquelle se trouvait une partie de ses archives a été endommagé lors d'un sinistre consécutif à la rupture d'une conduite d'eau.

C'est le lieu de préciser que la société exploite sous le nom de A _____ un dancing, initialement situé au _____. Les locaux administratifs de la société se trouvaient au 3^{ème} étage du même immeuble, puis en juin 2002 ils ont été installés à _____. Le dancing a également été installé _____. Il s'agit d'un établissement de 200 mètres carrés environ, accueillant une clientèle de l'ordre de 300 personnes selon ce qu'a indiqué son gérant, B _____.

L'intimé n'a pas déposé d'écriture en réponse à l'appel. Il est retourné au Brésil, et, faute d'autorisation de revenir en Suisse pour la procédure d'appel, il n'a pas pu se présenter personnellement à l'audience. Il y a été représenté par le SIT, qui a conclu en son nom au rejet de l'appel et à la

confirmation du jugement entrepris. T_____ avait en effet formé élection de domicile auprès du SIT. Le représentant de ce syndicat a expliqué que le précité avait obtenu initialement un permis d'étudiant qui ne correspondait pas à sa situation, et qu'il n'a jamais obtenu d'autres autorisations de séjour.

B. Les faits suivants résultent du dossier :

a. T_____ a été engagé le 1^{er} janvier 2001 par la société E_____. Une controverse subsiste essentiellement à propos de ses horaires et de sa rémunération.

L'employeur considère que son activité était essentiellement celle d'un nettoyeur, et accessoirement d'un homme à tout faire, et il ajoute qu'il ne travaillait pas tous les jours. Jusqu'en août 2001 l'établissement était ouvert les jeudi, vendredi et samedi soir ; depuis il n'est ouvert que les vendredi et samedi soir, de 24 h. à 05 heures. Pendant l'ouverture, T_____ était caviste, et ensuite il nettoyait les locaux. Le salaire convenu était de l'ordre de 3'000 fr., montant qui comprenait toutes les indemnités usuelles. L'employeur admet n'avoir pas opéré de versements à l'AVS ; il affirme n'avoir jamais été en possession d'un certificat AVS, mais avoir demandé à l'employé de régulariser sa situation.

L'employé considère pour sa part avoir été engagé comme caviste, nettoyeur et aide-barman, selon un horaire de 50 heures par semaine (du lundi au vendredi de 09 h. à 12 h. et de 14 h. à 19 h, et les vendredi et samedi soir de 24 h. à 05 h). Il recevait ses ordres du gérant de la société, B____ ou d'un employé, D_____, et ses horaires lui étaient imposés. Il possédait une carte AVS qu'il dit avoir remise à son employeur, cependant, ce dernier n'a procédé à aucune retenue pour les charges

sociales. Un salaire mensuel de 3'000 fr. lui a été versé, qui ne comportait pas les indemnités pour vacances et jours fériés.

b. S'agissant des tâches confiées à l'employé plus particulièrement durant la journée, ce dernier en a dressé une liste, intitulée « planning de travail », soumise aux premiers juges et jointe au procès-verbal de l'audience du 29 juillet 2004. Pour l'essentiel l'employeur admet que cette liste correspond à la réalité et il évalue la durée des tâches qu'elle énumère à une dizaine d'heures par semaine au maximum (plus précisément entre huit et neuf heures, selon le détail donné pour chaque activité par B_____).

Pour les tâches accomplies le soir, elles peuvent être évaluées à une dizaine d'heures sur la base des pièces versées au dossier. L'employé a en effet versé au dossier – sous n° 2 de son chargé – une liasse de documents consistant en des relevés de présence pour la période du 27 janvier 2001 au 3 novembre 2001 ; il s'agit de documents de son ex-employeur, qu'il a photocopiés. Ce dernier a admis lors de l'audience du 3 mai 2005 que les informations figurant sur ces documents étaient conformes à la réalité. Il s'agit de tableaux journaliers sur lesquels sont portées les heures d'arrivée et de départ du personnel, ainsi que le nom de la personne censée avoir établi ou vérifié l'exactitude du relevé. En fait, des indications fournies par les témoins au cours des enquêtes, ces relevés semblent n'avoir pas été établis de manière très rigoureuse ; ainsi, le nom et la signature figurant en bas de page est simplement celui de la personne qui est partie en dernier et non pas le nom de celle qui a procédé au pointage. Il n'en demeure pas moins que ces documents indiquent, pour la période et pour les jours concernés, à savoir pour la quasi-totalité, des vendredi et des samedi entre le 27 janvier et le 3 novembre 2001, que T_____ était régulièrement présent, en moyenne, entre 23 heures et 05 heures du matin.

c. Le précédent nettoyeur, F_____, qui a été employé environ six mois au A_____ comme salarié, a indiqué qu'il travaillait tous les jours à raison de 7 heures et demie par jour, et deux soirs par semaine ; il ne travaillait jamais le jeudi soir ni le dimanche ; il notait ses heures d'arrivée et de départ, pour ce qui concerne le travail de jour. F_____ était sans autorisation de travail et était payé 3'000 fr. bruts, soit 2'500 fr. nets. Il recevait son salaire sans signer de quittance (témoin F_____, 29 juillet 2004).

Selon ce qu'a indiqué B_____, une société de nettoyage avait été engagée pour les nettoyages le samedi matin et le dimanche matin. Il a produit en appel des pièces complémentaires, pour attester du paiement de cette entreprise, tout en précisant que, contrairement aux relevés de salaire, ces pièces n'avaient pas été endommagées lors du sinistre dû à la rupture d'une conduite, car elles se trouvaient dans un autre local. Il a fait entendre en qualité de témoin G_____, employé de la régie H_____ SA, qui a précisé s'être rendu plusieurs fois dans les locaux du dancing, notamment pour des problèmes d'ascenseur et qui a aussi confirmé avoir établi un devis afférent à des dégâts d'eau, à l'attention de l'entreprise I_____.

La secrétaire J_____, qui a travaillé un an au A_____, a indiqué que T_____ travaillait de 9 à 12 et de 14 à 17 h., parfois plus tard, ainsi que les vendredi et samedi soir. Il avait les mêmes fonctions que F_____ et notamment il passait les commandes et réceptionnait la marchandise. Le témoin a précisé qu'elle avait recueilli ces informations en discutant avec T_____ et aussi, en partie, selon les constats qu'elle avait faits (témoin J_____, 29 juillet 2004 et 3 mai 2005).

D_____, employé de banque et ami de B_____, a déclaré venir bénévolement au E_____ pour donner un coup de main et pour vérifier les caisses, soit entre 12 et 14 heures, soit après 16 h.30 ; il restait ainsi

deux à trois heures sur place et il a pu observer que T_____ contrôlait les stocks, commandait et mettait en place la marchandise, faisait les nettoyages et parfois le barman. Il se souvient avoir plusieurs fois remis à cet employé, contre quittance, une somme de 3'000 fr. représentant son salaire. Cette quittance ne comportait aucun détail. (témoin D_____, 3 mai 2005). A cet égard, T_____ a produit sous pièce 2 de son chargé ce qui est en fait une sorte de « fac simile » d'une quittance, semblable selon lui, à celles qu'il signait, document sur lequel la somme de 3'000 fr. n'est accompagnée d'aucun décompte; cette pièce a été qualifiée de « faux » par l'employeur.

K_____, joaillier, a également déclaré venir au A_____ donner des coups de main à son ami B____; initialement il faisait le serveur, puis il organisait le planning des soirées; en 2001 et 2002 il venait sur place chaque vendredi et samedi et il voyait régulièrement T_____, qui travaillait comme « commis de bar » et comme nettoyeur. Il est parti environ deux mois fin 2001 au Brésil puis est revenu à Genève avant le Carnaval; à partir de là il n'est plus venu au A_____ le vendredi car il avait un autre travail ce jour-là, comme peintre ou déménageur (témoin K_____, le 3 mai 2005).

L_____ a fait la connaissance de T_____ alors qu'elle travaillait au A_____, à l'accueil de la clientèle, les vendredi et samedi soir. Elle était payée à l'heure à raison de 20 fr. ou plus, selon le chiffre d'affaires; elle n'était pas déclarée. Selon elle le précité faisait un travail de commis, en débarrassant et lavant les verres. Elle lui a remis, sur instructions de B_____, plusieurs fois son salaire contre quittance; elle ne se souvient plus du montant, mais elle se souvient que les quittances ne comportaient aucun détail (témoin L_____, 3 mai 2005).

T_____ a régulièrement été payé jusqu'à fin novembre 2001, ensuite il indique qu'il y a eu du retard dans le paiement de son salaire et il n'a reçu ceux de janvier à avril 2002 qu'en juillet 2002. Il dit n'avoir jamais reçu celui de décembre 2001. Dans l'intervalle, comme déjà relevé plus haut par le témoin K_____, il est parti durant deux mois environ, à fin 2001, et il est revenu avant le Carnaval, soit avant février 2002. Finalement il a quitté son emploi le 30 avril 2002, en raison, selon lui, des retards de paiement susmentionnés.

d. T_____ a saisi, en date du 17 février 2004 la juridiction des Prud'hommes, d'une demande dirigée contre E_____, en paiement d'une somme totale de 29'681 fr.65 pour arriéré de salaire et 13^{ème} salaire, indemnité pour jours fériés, jours de congé et heures supplémentaires ; la demande est fondée sur la CCNT98. Les premiers juges ont partiellement fait droit à cette demande, ainsi qu'il a été mentionné plus haut. En se fondant sur les règles afférentes au fardeau de la preuve d'une part et sur les dires non contestés du demandeur d'autre part, ils ont en substance considéré que – nonobstant les contestations de l'employeur – les parties étaient liées par un contrat de travail, l'employé ayant fourni une prestation personnelle de nettoyeur, caviste et barman ; il s'agissait d'un rapport d'obligation durable, qui s'est déroulé selon un horaire fixé par l'employeur, entre le 1^{er} janvier 2001 et le 30 avril 2002, moyennant un salaire mensuel de 3'000 fr. Les premiers juges ont aussi admis que les prétentions du demandeur devaient être examinées à la lumière de la CCNT98, applicable pour les contrats conclus dès le 1^{er} octobre 1998. Le champ d'application de cette convention a été prorogé à partir du 1^{er} janvier 1999 selon arrêtés du Conseil fédéral des 18 novembre 1998, 17 décembre 2001 et 12 décembre 2002.

EN DROIT

- 1) Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 59 LJP, l'appel de l'employeur est formellement recevable. L'intimé qui ne dépose pas de réponse à l'écriture de sa partie adverse, au sens de l'article 61 LJP, n'est pas censé acquiescer aux conclusions de l'appel, mais bien plutôt conclure à la confirmation du jugement, ce qu'il a du reste expressément fait lors de l'audience de la Cour d'appel où il était représenté par le SIT. Une telle représentation doit être admise en l'espèce, en vertu de l'article 13 LJP, applicable par renvoi de l'article 66 LJP, dès lors que l'intimé se trouve sans faute de sa part empêché de comparaître et qu'il a dûment mandaté le syndicat.

Ainsi que l'ont justement retenu les premiers juges, les parties ont été liées par un contrat de travail, ce que l'appelante ne conteste d'ailleurs plus ; partant, la juridiction prud'homale est bien compétente à raison de la matière et la Cour d'appel se référera sur ce point aux considérants du Tribunal.

Nonobstant les contestations de l'appelante, les prétentions de l'employé doivent être examinées sous l'angle de la CCNT98, qui vise, en son article premier, tous les employés des établissements soumis à ladite convention, établissements dont fait partie la société appelante.

- 2) Il n'est pas contesté que ce contrat, établi verbalement, a commencé le 1^{er} janvier 2001 pour se terminer le 30 avril 2002 ; les circonstances dans lesquelles cette relation a pris fin ne sont en elles-mêmes pas litigieuses. Bien qu'aucune pièce ne soit produite à propos du salaire versé à l'intimé, les parties admettent qu'il s'agissait d'un montant de 3'000 fr. Les témoins D_____ et L___ ont du reste confirmé avoir eu l'occasion de remettre son salaire à l'employé, moyennant une quittance pour la somme de 3'000

fr. ; cette quittance ne comportait aucune précision. La Cour l'appel considère ces éléments comme suffisants pour admettre que le salaire était de 3'000 fr., qu'il était versé de manière informelle et sans décompte précis. Il est dès lors inutile d'examiner si l'appelante a effectivement été empêchée de produire les décomptes de salaire en raison d'un sinistre survenu dans ses locaux, ni les conséquences procédurales qu'un tel empêchement entraînerait au niveau du fardeau de la preuve. En effet, l'appelante n'est pas crédible lorsqu'elle invoque – contre les dires de ses propres témoins – avoir établi des décomptes de salaire détaillés. La Cour d'appel admettra que l'intimé recevait une somme mensuelle de 3'000 fr.. L'employé n'était pas déclaré et l'employeur n'a jamais opéré de versements à l'AVS sur ce salaire. D'autre part, ce salaire ne comportait pas les indemnités pour vacances et jours fériés, contrairement à ce que soutient l'employeur. En effet, en l'absence de tout décompte précis de la part de l'employeur lors de la remise du salaire, destiné à informer clairement l'employé sur sa situation, et en l'absence de circonstances particulières - du reste non invoquées - selon lesquelles l'employeur pouvait de bonne foi considérer l'inclusion de ces indemnités comme convenue entre les parties, il ne saurait être admis en l'espèce que le salaire versé comportait lesdites indemnités (cf. Aubert, in SJ 1993 p. 335 et les références citées).

- 3) L'horaire de l'intimé demeure controversé. Pour le déterminer, la Cour d'appel prendra en considération tout d'abord la pièce 2 de l'intimé, dont l'authenticité n'est pas contestée, et qui suffit, malgré sa présentation approximative, à démontrer que l'intimé a travaillé la nuit, à raison d'une dizaine d'heures par semaine, les soirs où le dancing était ouvert. Il a aussi travaillé pendant une partie de la journée, et à cet égard l'évaluation faite par l'employeur du temps consacré aux diverses tâches confiées à l'employé pendant la journée (une dizaine d'heures au maximum) est irréaliste. En effet, si l'on ajoute aux dix heures hebdomadaires qu'il

effectuait de nuit le temps concédé par l'appelante pour les tâches effectuées le jour, cela signifie, en chiffres arrondis, que l'intimé travaillait 20 heures par semaine, soit 80 heures par mois environ. A raison d'un salaire de 3'000 fr., il aurait donc été rémunéré à un tarif horaire de l'ordre de 40 fr. ce qui est exorbitant comparativement au tarif conventionnel de 17,60 fr. l'heure ! Il n'est ainsi pas question de retenir l'estimation horaire de l'appelante. La Cour d'appel retiendra comme plus vraisemblable que l'intimé a pratiqué un horaire comparable à celui effectué par le précédent employé, F _____, qui était de l'ordre de quarante heures par semaine en totalité (une trentaine d'heures le jour et une dizaine le soir).

Il ressort aussi de l'instruction qu'il a pris sept semaines (près de deux mois) de vacances, en décembre 2001 et janvier 2002. Enfin, faute pour l'employeur d'avoir établi un planning de travail pour son personnel, comme le lui impose la CCNT98, la Cour d'appel retiendra que l'intimé n'a bénéficié d'aucun jour férié et qu'il n'a pas bénéficié pleinement de ses jours de repos.

- 4) Sur la base des considérants qui précèdent, la Cour examinera les divers postes réclamés par l'intimé et admis par les premiers juges :

4.1. Paiement du salaire de décembre 2001 :

L'employeur n'a pas d'avantage démontré en appel qu'en première instance avoir versé cette mensualité à l'intimé, de sorte que le jugement, qui alloue à ce dernier 3'000 fr. à ce titre, sera confirmé.

4.2. Paiement du solde du salaire d'avril 2002 :

Lors de l'audience du 26 mai 2004 l'intimé a indiqué que les quatre premiers mois de 2002 avaient été soldés en juillet 2002. Par conséquent, le salaire d'avril 2002 est soldé, de l'aveu de l'intimé lui-même, et il n'y a

pas lieu de lui verser le solde réclamé. Le jugement sera annulé sur ce point.

4.3. Paiement du 13^{ème} salaire :

La CCNT98 en son article 12 prévoit en substance qu'à ce titre l'employeur doit le 25% du salaire mensuel brut dès le septième mois de travail et le 50% du salaire mensuel brut dès la seconde année de travail. Si l'année est incomplète le treizième salaire et dû pro rata temporis. En l'espèce, pour 2001 l'employeur doit 375 fr. ($3'000/4 = 750/2 = 375$) et 500 fr. pour les quatre premiers mois de 2002 ($3'000/2 = 1'500/3 = 500$), soit, au total, 875 fr. bruts. La décision du Tribunal sera confirmée sur ce poste.

4.4. Paiement des heures supplémentaires :

L'intimé dit avoir travaillé une cinquantaine d'heures par semaine, soit au-delà de l'horaire conventionnel, de 42 heures par semaine. Toutefois, il n'est pas parvenu à le démontrer : en effet, il a été retenu plus haut, sur la base des pièces, des témoignages et des dires des parties, que son horaire hebdomadaire était d'une quarantaine d'heures seulement. Partant, la décision du Tribunal, qui lui alloue 5'415 fr. 50 à ce titre, doit être annulée.

4.5. Paiement des jours de repos (congé) non pris et non compensés :

La CCNT98 en son article 16 prévoit en substance deux jours de repos par semaine (47 semaines travaillées x 2 = 94 jours de repos par an) dont au moins un jour entier à la suite du repos nocturne et comprenant au moins 24 heures consécutives. Ainsi, pour l'année 2001, l'employeur reste devoir 47 jours, payables à hauteur d'un 30^{ème} du salaire mensuel brut, soit : $3'000 / 30 = 100 \times 47 = 4'700.-$. La décision du Tribunal, qui lui a accordé 9'681 fr. doit ainsi être modifiée. Pour l'année 2002 l'employeur reste devoir, sur 14 semaines, 28 demi-journées, soit 14 journées, payables à hauteur du 22^{ème} salaire mensuel brut, soit : $3'000 / 22 = 136.36 \times 14 = 1'909 \text{ fr.05}$.

C'est finalement une somme de 6'609 fr.05 qui est due sur ce poste, et la décision du Tribunal, qui alloue à ce titre la somme de 9'681 fr. sera modifiée.

4.6. Paiement des jours fériés non pris et non compensés :

La CCNT98 en son article 18 prévoit six jours fériés par an. L'intimé n'en a eu aucun. En 2001 il a droit à 6 jours, payables à hauteur d'un 30^{ème} du salaire mensuel brut, soit $3'000 / 30 = 100 \text{ fr.} \times 6 = 600 \text{ fr.}$ En 2002 il a droit à 2 jours, payables à hauteur d'un 22^{ème} du salaire mensuel brut, soit $3'000 / 22 = 136 \text{ fr.36} \times 2 = 272 \text{ fr.70}$, soit au total 872 fr.70. La décision du Tribunal, qui a accordé à ce titre 1'090 fr.90, sera modifiée, les premiers juges ayant opéré le calcul pour les deux années sur la base d'un 22^{ème} du salaire brut.

4.7. Paiement des vacances :

La CCNT98 en son article 17 prévoit 5 semaines par an. L'intimé avait ainsi droit à 6 semaines et demie environ pour 2001 et 2002. Il a pris sept semaines en fin d'année, juste avant le Carnaval, soit décembre 2001 et janvier 2002, soit plus que les six semaines et demie ci-dessus, de sorte qu'il n'a droit à rien pour ce poste. La décision du Tribunal sera confirmée sur ce point.

- 5) L'intimé doit en conclusion se voir allouer les sommes brutes suivantes, dont il faudra déduire les charges sociales et usuelles :

Le salaire de décembre 2001 : 3'000 fr.

Le treizième salaire 2001 et le pro-rata 2002 : 875 fr.

Les jours fériés 2001 et 2002 : 872 fr.70.

Les jours de repos 2001 et 2002 : 6'609 fr. 05.

Total : 11'356 fr. 75

- 6) Pour la compréhension du dispositif qui va suivre, la décision entreprise sera annulée.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel formé par E_____Sàrl contre le jugement rendu le 22 novembre 2004 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause n° C/3835/2004 – 2.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau

Condamne E_____ Sàrl à payer à T_____, en capital, la somme de 11'356 fr.75, qui comprend les postes suivants, libellés en sommes brutes :

Le salaire de décembre 2001 : 3'000 fr.

Le treizième salaire 2001 et le pro-rata 2002 : 875 fr.

Les jours fériés 2001 et 2002 : 872 fr. 70.

Les jours de repos 2001 et 2002 : 6'609 fr. 05.

Invite la partie qui en a la charge à opérer toutes les déductions sociales et usuelles.

Dit que ces montants porteront intérêts à hauteur de 5% l'an, du 1^{er} septembre 2001, date moyenne.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente