



Monsieur T _____

Madame E _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du lundi 11 novembre 2002

M. Guy STANISLAS, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Jean-Daniel BONNELANCE et Max DETURCHE, juges salariés

M. Didier PERRUCHOUD, greffier d'audience

EN FAIT

- A. T_____, ressortissant français, né en 1950, a été engagé par E_____ en qualité de cuisinier dans l'établissement à l'enseigne « Café S_____ ».

Le contrat de travail préparé à cet effet prévoyait un engagement à compter du 8 octobre 2001 pour une durée indéterminée en qualité de cuisinier avec un horaire de travail de 8h. à 16h. 30 du lundi au vendredi inclus. Le salaire mensuel brut était fixé à CHF 3'800.- « *calculé sur 12 mois en raison de l'octroi de 8 semaines de vacances payées* ». Le projet de contrat prévoyait une période d'essai de 2 semaines pendant lesquelles les parties pouvaient mettre fin aux relations de service moyennant un préavis de 3 jours.

Le projet de contrat ainsi établi par l'employeur n'a pas été signé par T_____.

- B. T_____ a travaillé en qualité de cuisinier dans l'établissement « Café S_____ » du 8 octobre au 14 novembre 2001. Sa tâche consistait à préparer les plats du jour du midi. Il travaillait sous la direction de l'époux de E_____ qui dirigeait l'établissement qui offre un service de cafétéria. Deux autres personnes, envoyées par l'Office Cantonal de l'Emploi, travaillaient également dans cet établissement, l'un affecté à la plonge et l'autre à l'exécution de diverses tâches. Ces deux personnes n'exerçaient pas une activité de commis de cuisine.
- C. Par courrier du 10 novembre 2001 adressé à «Mme et Mr E_____ », T_____ a contesté les modalités de son engagement au sein de l'établissement. Il entendait, entre autres réclamations, recevoir un salaire

mensuel de CHF 4'200.- à compter du 1^{er} janvier 2002. Il souhaitait également que son activité liée aux banquets et réceptions lui soit réglée au titre d'heures supplémentaires au tarif de CHF 25.- de l'heure.

- D.** Par courrier daté du 10 novembre 2001 mais adressé à son destinataire le lundi 12 novembre 2001, T_____ déclara résilier son contrat de travail moyennant un préavis de trois jours échéant le jeudi 15 novembre 2001. Dans sa lettre de congé, l'employé réitérait ses griefs sur les modalités de son engagement.
- E.** A réception de cette communication le 13 novembre 1998, E_____ eut un entretien avec son employé et l'informa du respect du délai de congé qui, selon la convention collective de travail, était fixé à un mois. E_____ demandait ainsi à son employé de bien vouloir exécuter ses tâches jusqu'à ce qu'un remplaçant lui soit trouvé. Elle rappelait également à T_____ que des buffets avaient été prévus pour les 15 et 22 novembre 2001 et souhaitait pouvoir compter sur la présence de son employé pour ces deux manifestations. Cet entretien a été confirmé par communication écrite de E_____ adressée à T_____ le 13 novembre 2001 par courrier recommandé.
- F.** Le lendemain de cet entretien, soit le 14 novembre 2001, E_____ a trouvé un remplaçant pour effectuer le travail de cuisinier au sein de l'établissement. Par courrier du 14 novembre 2001, elle en a informé T_____ et lui a indiqué qu'il pourrait donc terminer son emploi le 15 novembre 2001 comme il l'avait suggéré dans sa communication du 10 novembre 2001. Compte tenu de jours de congé au bénéfice de l'employé, E_____ le libérait de toutes tâches à compter du 14 novembre au soir, le solde des jours de congé lui étant payé. Cette communication du 14 novembre 2001 a été remise en mains propres à T_____ qui en a attesté la réception.

G. Préalablement, par un courrier daté du 12 novembre 2001, T_____ avait corrigé le délai de congé indiqué dans sa première lettre de congé du 12 novembre 2001 (recte : 10 novembre 2001) et indiquait donner son congé moyennant un préavis d'un mois échéant le 12 décembre 2001.

E_____ indique avoir reçu cette deuxième lettre de congé après le départ de son employé intervenu le 14 novembre 2001 au soir.

H. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 3 janvier 2002, T_____ a assigné E_____ en paiement d'une somme de CHF 3'003.20 avec intérêts à 5 % à titre de solde de salaire. Cette somme était décomposée d'un montant de CHF 1602.30 réclamé à titre de solde de salaire pour le mois de novembre 2001 (sur la base d'un salaire mensuel de CHF 3'800.-) ainsi qu'une somme de CHF 1'400.90 à titre de salaire dû jusqu'à l'échéance du préavis du 12 décembre 2001 (sur une base mensuelle de CHF 4'200.-).

L'employeur s'est opposé à la demande.

I. Par jugement du 2 mai 2002, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E_____ à verser à T_____ la somme brute de CHF 3'003.20 avec intérêts à 5 % dès le 3 janvier 2002. En substance, sans d'ailleurs que cette question ait été instruite par la Juridiction des Prud'hommes, le Tribunal retient que la rémunération de T_____, en vertu de l'art. 10 de la CCNT 1998, devait être fixée mensuellement à CHF 4'205.- compte tenu de la catégorie d'emploi de l'employé qui devait être assimilé à un cadre ayant au moins un collaborateur sous ses ordres. Le Tribunal a en outre considéré que la fin des rapports de service s'éteignait le 12 décembre 2001 compte tenu du préavis de dénonciation d'un mois fixé par la

convention collective, la dénonciation des rapports de service s'étant située en dehors de la période d'essai.

- J.** A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 2 août 2002, E_____ interjette appel par déclaration du 2 septembre 2002. L'appelante conteste que T_____ ait pu revêtir la qualité de cadre dès lors qu'il n'avait aucun collaborateur sous ses ordres et qu'il travaillait seul en cuisine, les deux autres employés étant affectés à des tâches de nettoyage et non de cuisine. L'appelante a également contesté que l'échéance des rapports de service ait pris fin le 15 novembre 2001 dès lors qu'elle a accepté le congé notifié par T_____ le 10 novembre 2001 moyennant un préavis de trois jours. Ayant trouvé un remplaçant à son employé démissionnaire, elle a accepté que le contrat de travail prenne fin le 15 novembre 2001.

T_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

- K.** A l'audience de ce jour, E_____ a indiqué avoir été d'accord de libérer T_____ des rapports de service, nonobstant le préavis de congé d'un mois, pour autant qu'elle puisse lui trouver un remplaçant. E_____ a ainsi déclaré avoir accepté la résiliation des rapports de travail notifiée par son employé à la condition qu'elle puisse trouver un remplaçant et cette situation a été confirmée à T_____ par courrier du 13 novembre 2001. Ayant pu lui trouver un remplaçant le 14 novembre 2001, E_____ a alors déclaré accepter la dénonciation des rapports de service pour le 15 novembre 2001, alors qu'elle n'avait pas encore reçu la seconde lettre de congé de son employé indiquant un préavis de congé rectifié.

L'appelante a également confirmé que T_____ travaillait seul en cuisine sous la direction de son époux qui dirigeait la cafétéria. Les deux

employés envoyés par l'Office Cantonal de l'Emploi, étaient affectés à des tâches de nettoyage, l'un à la plonge et l'autre à d'autres tâches.

T_____ a indiqué que les deux personnes envoyées par l'Office Cantonal de l'Emploi n'étaient pas des commis de cuisine mais donnaient un coup de main à la cuisine en effectuant la plonge ou des travaux de pluches. T_____ a indiqué ne pas s'être présenté à son emploi le 16 novembre 2001 et ne pas s'être inscrit au chômage à la fin des rapports de service, ayant indiqué avoir toujours travaillé.

EN DROIT

Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, l'appel est recevable.

1. Invoquant un statut de cadre, T_____ fait valoir une prétention en paiement de la différence de salaire entre la rémunération réellement perçue et celle convenue dans la convention collective applicable à son domaine d'activité.
 - a) A teneur des art. 356 ss CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elle lie, 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. 356 b 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 et travailleurs auxquels elle est étendue. En

dehors de ces cas, les rapports entre les parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement par un contrat-type, mais non par la convention collective (ATF 102 Ia 18 = JT 1977 I 256).

La convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (CCNT 98) est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998 pour les contrats de travail conclus dès cette date (art. 3 al. 1). Par arrêté d'extension du 19 novembre 1998, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de la CCNT 98 à compter du 1^{er} janvier 1999, de sorte que tous les rapports de travail sont obligatoirement soumis à la convention dès cette date.

L'art. 10 CCNT 98 prévoit les salaires minimaux auxquels les collaborateurs peuvent prétendre en fonction des catégories auxquels ils appartiennent. A Genève, les salaires minimaux à l'engagement sont étendus depuis le 11 septembre 1999 (arrêté du Conseil d'Etat du 28 juillet 1999 étendant le champ d'application de l'accord salarial genevois dans le secteur de l'hôtellerie-restauration, conclu à Genève le 15 janvier 1999). Les cadres avec responsabilité particulière, ayant sous leurs ordres au moins un collaborateur, ont ainsi droit, pour une activité à plein temps (42 heures de travail hebdomadaire et 5 semaines de vacances), à un salaire brut minimum de CHF 4'205.- (art. 33 CCNT 98).

- b)** T_____ travaillait en qualité de cuisinier dans l'établissement « Café S_____ », établissement offrant un service de cafétéria. Les débats ont démontré que sa tâche consistait essentiellement à préparer les plats du jour du midi et à préparer occasionnellement des buffets. T_____ travaillait sous la direction de l'époux de E_____ qui dirigeait l'établissement. Il travaillait seul en cuisine, les deux personnes envoyées par l'Office Cantonal de l'Emploi n'exerçant pas une activité de commis de cuisine. Ces deux personnes, sans formation particulière et engagées dans le

cadre d'accords avec des organismes sociaux, étaient affectées, l'une à la plonge, l'autre à l'exécution de diverses tâches.

Dans ces conditions, la Cour ne peut retenir que T_____ avait un statut de cadre ayant sous sa responsabilité au moins un collaborateur dont il supervisait l'exécution des tâches. Les deux employés étaient en réalité affectés à d'autres tâches que celles inhérentes à la cuisine même s'il leur arrivait épisodiquement d'apporter une aide à la cuisine pour de petits travaux. De plus, T_____ n'avait aucune responsabilité de formation sur ces deux employés qui n'étaient pas dans un rapport de dépendance avec l'intimé. La Cour ne peut ainsi retenir que T_____ avait un statut de cadre au sens de l'art. 33 CCNT 98 de telle sorte que la différence de salaire réclamée par l'intimé ne peut lui être allouée.

Le jugement sera ainsi réformé sur ce point.

- 2. a)** Les parties peuvent en tout temps s'entendre, selon les règles applicables aux contrats, pour mettre un terme au contrat de travail sans respecter aucun délai. Pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre les parties, le juge doit rechercher tout d'abord leur réelle et commune intention, conformément à l'art. 18 al. 1 CO. S'il n'y parvient pas ou s'il constate que l'une des parties n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il cherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (principe de la confiance). A cet égard, les circonstances ayant précédé et accompagné ces déclarations pourront éclairer son interprétation (ATF 122 III 106 consid. 5 a ; 121 III 78 consid. 4 b ; 119 II 449 consid. 3 a) (FAVRE / MUNOZ / TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, Lausanne 2001, n° 1.7 ad. art. 335 c). Pour être valable, un accord de résiliation doit être librement consenti. Il peut intervenir par actes concluants ; toutefois, l'acceptation

d'un accord par actes concludants devra être appréciée avec retenue puisqu'il fait perdre les droits du travailleur en matière de protection contre les licenciements et entraîne une suspension du droit à l'indemnité de l'assurance-chômage. Dès lors, un accord de résiliation doit généralement prendre la forme écrite. A ce défaut, il convient d'être restrictif dans l'appréciation de la preuve de l'accord par actes concludants qui doit être apportée par celui qui s'en prévaut (art. 8 CC). D'une manière générale, un accord de résiliation ne contrevient pas à l'art. 341 al. 1 CO à la condition que cet accord soit librement consenti et sans aucune pression. Toutefois, l'accord de résiliation ne doit pas conduire le travailleur à renoncer à des clauses impératives au sens de l'art. 341 al. 1 CO qui ont déjà pris naissance, notamment au salaire ou au paiement d'heures supplémentaires pour le travail déjà effectué, sauf s'il est le fruit de véritables conséquences réciproques (ATF 118 II 58 = JT 1993 I 154 ; WYLER, Droit du travail, Berne 2002 p. 340 ; WYLER, Salaire de base et impossibilité d'y renoncer *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Louis DUC, p. 401 ss).

- b) T_____ a dénoncé son contrat de travail le 12 novembre 2001 moyennant un préavis de trois jours échéant le 15 novembre 2001. A réception de cette communication, E_____ a eu un entretien avec son employé et l'a informé du respect du préavis de congé qui, selon la convention collective de travail, était fixé à un mois. L'employeur a toutefois été d'accord de libérer de façon anticipée son employé pour autant qu'il lui trouve un remplaçant. E_____ a ainsi demandé à son employé de bien vouloir exécuter ses tâches jusqu'à ce qu'un remplaçant lui soit trouvé et souhaitait pouvoir compter sur la présence de l'intimé pour les buffets prévus les 15 et 22 novembre 2001. Cet entretien a été confirmé par communication écrite de E_____ adressée à T_____ le 13 novembre 2001 par courrier recommandé.

Le 14 novembre 2001, E_____ a trouvé un remplaçant pour effectuer le travail de cuisinier au sein de l'établissement. Par courrier du même jour, elle en a informé T_____ en lui indiquant qu'il pourrait terminer son emploi le 15 novembre 2001 comme il l'avait suggéré dans sa communication du 10 (recte : 12) novembre 2001. Compte tenu des jours de congé au bénéfice de l'employé, E_____ a libéré T_____ de toutes tâches à compter du 14 novembre 2001 au soir, le solde de ses jours de congé lui étant payé. Cette communication du 14 novembre 2001 a été remise en mains propres à T_____ qui en attesté la réception et n'en a pas contesté le contenu.

Il découle de ces communications que les parties ont convenu d'un accord de résiliation des rapports contractuels qui intervenait dès qu'un remplaçant était trouvé à T_____. La Cour d'appel retient que les parties se sont ainsi mises d'accord sur la fin des rapports de service, accord aux termes duquel le contrat de travail de T_____ prendrait fin dès qu'un remplaçant pourrait effectuer les tâches précédemment dévolues à l'intimé. Le remplaçant ayant été trouvé le 15 novembre 2001, le contrat de travail de T_____, conformément à l'accord convenu avec son employeur, s'est ainsi terminé à cette date.

La Cour retient ainsi que, pour des motivations propres, T_____ souhaitait mettre fin au plus vite aux rapports de service conclus avec l'appelante. Interrogé en audience ce jour, il a indiqué avoir toujours travaillé et la Cour d'appel en déduit qu'il a vraisemblablement exercé une activité professionnelle dès le 16 novembre 2001. D'ailleurs, T_____ a reconnu ne pas s'être présenté à son travail le 16 novembre 2001, ce qu'il aurait dû faire s'il s'estimait toujours lié par les rapports de service.

La communication de T_____ adressée à son employeur postérieurement à cette circonstance ne saurait modifier l'accord de résiliation ainsi convenu entre les parties.

La Cour d'appel retiendra ainsi que les rapports de travail se sont éteints, d'un commun accord, le 15 novembre 2001 et débouterà T_____ des fins de sa réclamation en paiement du solde de son préavis.

Par ces motifs

La Cour d'appel des Prud'hommes,

A la forme :

- déclare recevable le recours interjeté par E_____ à l'encontre du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 2 mai 2002 rendu dans la cause C/68/2002-2.

Au fond :

- annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

- déboute T_____ des fins de sa demande.
- déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffier de juridiction

Le président