

## **GE\_GERICHTE C/3975/2004 vom 11. Mai 2006**

GE Cour de justice, 2006-05-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_3975\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_3975_2004)

FR: GE\_GERICHTE C/3975/2004 du 11 mai 2006

IT: GE\_GERICHTE C/3975/2004 del 11 maggio 2006

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; HÔTELLERIE ET RESTAURATION; ENTREPRISE FAMILIALE; LÉGITIMATION ACTIVE ET PASSIVE; SALAIRE USUEL; SALAIRE EN NATURE; TREIZIÈME SALAIRE; INDEMNITÉ DE VACANCES; JOUR FÉRIÉ ; HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES | Les époux E1 et E2 exploitaient un hôtel-restaurant. T, soeur de E2, y a toujours travaillé en qualité de serveuse. Au divorce des époux, E1 a, en sa qualité de titulaire de l'entreprise individuelle, délivré une procuration sur l'entreprise à son ex-épouse, qui a depuis lors assuré l'essentiel de l'exploitation. E2 est décédée, et T assigne E1 en paiement de diverses prétentions. Après avoir établi que E1 et E2 étaient tous deux les employeurs de T, et qu'E1 a par conséquent la légitimation passive, la Cour écarte l'application de la CCNT en considérant que le caractère familial de l'entreprise a perduré après le décès de E2, soeur de T. | CCNT.2 ; LTr.20A ; LTr.22 ; CO.319 ; CO.320.al2 ; CO.321C ; CO.322 ; CO.329A

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

E\_\_\_\_\_ reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir retenu l'existence d'une relation de travail, au sens des art. 319ss CO, alors que les éléments de fait du dossier auraient dû conduire la juridiction prud'homale à nier l'existence d'un tel rapport de travail entre E\_\_\_\_\_ et A. T\_\_\_\_\_. a ) Le contrat de travail, au sens de l'art. 319 CO, est celui par lequel par une personne, appelée « travailleur », s'oblige envers une autre, appelée « employeur », à fournir, dans un état de subordination, des services contre le paiement d'un salaire, pendant une période déterminée ou indéterminée ( Engel , Contrats de droit suisse, 2 ème édition, p. 290). De cette définition ressortent quatre éléments constitutifs essentiels : une prestation personnelle de travail ; la mise à disposition, par le travailleur, de son temps pour une durée indéterminée ou déterminée ; un rapport de subordination entre l'employeur et le travailleur ; un salaire ( Engel , Contrats de droit suisse, 2 ème édition, p. 292 ; Aubert , La compétence des tribunaux genevois des prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente in SJ 1982 p. 193ss, 202). L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier notamment du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (ATF 125 III 78 consid. 4 ; ATF 121 I 259 consid. 3a et les références citées). b ) Il ressort de la procédure que E\_\_\_\_\_ est propriétaire du fonds de commerce (restaurant à l'enseigne « C\_\_\_\_\_ ») depuis 1962. En 1991, il a transféré à son épouse, dans le cadre d'une liquidation de régime matrimonial, la moitié du fonds de commerce conservant la propriété de l'autre moitié. E\_\_\_\_\_ est inscrit comme titulaire de la raison individuelle liée à l'exploitation de ce fonds de commerce depuis 1962 et a conféré à son épouse une procuration individuelle lui

permettant d'agir dans le cadre de cette exploitation. De plus, E\_\_\_\_\_ est seul titulaire de la patente liée à l'exploitation du restaurant. Il n'est pas contesté que, à compter de l'année 1962, l'établissement a été exploité en commun par les époux E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_. Cette situation ne s'est pas modifiée depuis la séparation des deux époux intervenue en 1981, et ceci en dépit du départ de E\_\_\_\_\_ dans le sud de la France. E\_\_\_\_\_ est en effet resté inscrit comme propriétaire du fonds de commerce et au bénéfice de l'autorisation d'exploitation. Il ressort en outre de la procédure que, s'il ne s'occupait pas effectivement de la clientèle, il continuait à superviser les affaires du restaurant dans lequel il était toujours présent. Il ressort enfin des décisions rendues dans des procédures de recours et d'opposition en matière AVS – qui s'est ainsi penchée sur la structure professionnelle des époux – que ces derniers exploitaient en commun, en qualité d'indépendants, l'établissement à l'enseigne « C\_\_\_\_\_ ». La Cour retiendra donc que l'établissement était exploité en commun par les deux époux, agissant tous deux en qualité d'indépendants qui avaient ainsi la qualité de co-employeurs de A. T\_\_\_\_\_. c ) Il appartient à la Cour d'appel d'examiner si cette situation s'est modifiée en octobre 1991 avec le divorce des époux E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_ et la liquidation de leur régime matrimonial impliquant la remise au profit de l'épouse de la moitié du fonds de commerce ; plus particulièrement, il s'agit d'établir si, à compter de cette date, B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_ a assuré seule la responsabilité de l'établissement, notamment sur la base d'un contrat de gérance qui dispensait E\_\_\_\_\_ de toute intervention dans l'entreprise. L'établissement « C\_\_\_\_\_ » était une entreprise familiale dans laquelle travaillait, outre E\_\_\_\_\_ et son épouse, une partie de la fratrie T\_\_\_\_\_ dont B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_ et sa sœur A. T\_\_\_\_\_ à plein temps, et son frère J. T\_\_\_\_\_ de façon occasionnelle. A la séparation des époux E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_, l'ami de B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_ a également aidé épisodiquement à l'exploitation de l'établissement. B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_ s'occupait essentiellement de la bonne marche de l'établissement et de la clientèle, E\_\_\_\_\_ s'occupant des questions administratives. Cette organisation a perduré, non seulement à la séparation des époux en 1981, mais à l'issue de leur divorce intervenu en 1991. Entendu à l'audience de ce jour, E\_\_\_\_\_ a confirmé que le divorce n'avait pas changé l'organisation du restaurant et que son épouse continuait à s'en occuper, lui-même supervisant les questions administratives. La Cour d'appel ne peut ainsi retenir l'existence d'un contrat tacite de gérance libre conclu avec E\_\_\_\_\_ et son épouse aux termes duquel le propriétaire du fonds de commerce se serait dessaisi de l'exploitation de l'établissement au bénéfice du gérant. La somme mensuelle de 1'000 fr., figurant dans les états financiers de l'exploitation au titre de « redevance E\_\_\_\_\_ » ne peut derechef permettre de conclure à l'admission d'un tel rapport juridique. Les parties divergent d'ailleurs sur le fondement de cette prestation qui est qualifiée par A. T\_\_\_\_\_ de quote-part de location due à E\_\_\_\_\_ en sa qualité de copropriétaire de l'immeuble abritant le fonds de commerce. Cette dernière qualification paraît d'autant plus crédible que, au décès de B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_ intervenu en octobre 2003, cette quote-part a continué à lui être versée en sa qualité de propriétaire des murs. Or, si cette somme constituait une redevance due en contrepartie de l'octroi d'une gérance, son versement aurait en bonne logique cessé avec la fin de la gérance qui se terminait avec le décès du gérant. De plus, le notaire chargé de la succession de feu B. E\_\_\_\_\_ -T\_\_\_\_\_, a confirmé que cette somme de 800 fr. correspondait à la moitié du loyer mensuel de l'appartement occupé par A. T\_\_\_\_\_ et non à une quelconque redevance de gérance qui était pris en charge par l'exploitation du restaurant. La Cour

d'appel ne peut ainsi retenir la conclusion d'un contrat de gérance libre entre E\_\_\_\_\_ et feu son ex-épouse aux termes duquel l'intégralité de l'exploitation de l'établissement aurait été assumée exclusivement par le gérant. d) E\_\_\_\_\_ indique que, à compter du prononcé du jugement de divorce, l'intégralité des comptes d'exploitation du restaurant a été établie au nom de son ex-épouse qui intervenait ainsi comme seule exploitante de cet établissement. La Cour d'appel relève tout d'abord que les écritures liées à l'exploitation de l'établissement (livre de caisse) étaient effectuées par E\_\_\_\_\_ qui transmettait par la suite les pièces à I\_\_\_\_\_ pour établir la comptabilité. Ensuite, le fait que l'exploitation du restaurant était effectuée au nom de B. E\_\_\_\_\_ - T\_\_\_\_\_ n'est pas suffisant pour démontrer que E\_\_\_\_\_ n'avait aucune charge ou responsabilité dans l'exploitation du restaurant. En outre, les témoins entendus dans la procédure ont indiqué que E\_\_\_\_\_ intervenait dans la gestion de l'établissement et se comportait de telle façon que ses interlocuteurs considéraient qu'il en était le patron. Enfin, au décès de B. E\_\_\_\_\_ - T\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ a continué à s'occuper de l'établissement et la comptabilité du restaurant a alors été établie à son nom. Tous ces éléments tendent à démontrer que E\_\_\_\_\_ ne s'est pas dessaisi au profit exclusif de B. E\_\_\_\_\_ - T\_\_\_\_\_, de toute intervention, charge et responsabilité dans l'exploitation du restaurant à l'enseigne « C\_\_\_\_\_ ». Il n'a jamais cessé d'être responsable du restaurant quand bien même B. E\_\_\_\_\_ - T\_\_\_\_\_ cogérait l'établissement à ses côtés. La Cour d'appel retiendra donc que, en sa qualité de responsable de l'établissement, E\_\_\_\_\_ - T\_\_\_\_\_ intervenait comme employeur aux côtés de son ex-épouse, une relation de travail étant ainsi établie entre E\_\_\_\_\_ et A. T\_\_\_\_\_, de telle sorte que l'appelant possède la légitimation passive dans le cadre de la procédure intentée à son encontre par l'intimée.

### **E. 3**

Il s'agit d'examiner si A. T\_\_\_\_\_ peut invoquer le bénéfice de l'application de la CCNT 98 à l'appui de ses réclamations formulées à l'encontre de E\_\_\_\_\_. a) 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'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 de travail et la loi, éventuellement un contrat-type, mais pas par la convention collective (ATF 102 I a 18 = JT 1977 I a 18 = JT 1977 I 256 ; ATF 98 I a 553 = JT 1974 I 654 ). Les dispositions en cause ont un effet direct dans les relations entre l'employeur et le travailleur. De telles clauses, dites normatives, s'interprètent selon les principes valables pour l'interprétation des lois, en particulier lorsque la convention collective a fait l'objet d'une décision d'extension (ATF 127 III 318 consid. 2a p. 322 ; Vischer , Commentaire zurichois, n° 110 ad. art. 356 CO et n° 144 ad. art. 356 b CO, Rehbindler , Commentaire bâlois, 2ème édition, n° 3 et 4 ad. art. 356 CO ; Kramer , Commentaire bernois, n° 112, ad. art. 1 CO et n° 53 ad. art. 18 CO). D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Il n'y a lieu de s'écarter d'un texte clair que lorsque des raisons objectives permettent de penser que celui-ci ne restitue pas le sens véritable de la disposition. De tels motifs peuvent découler

des travaux préparatoires, du but et du sens de la norme, ainsi que de la systématique de la loi (ATF 129 II 232 consid. 2.4 p. 236 ; 129 V 102 consid. 3.2 p. 103 ; 127 III 318 consid. 2 b p. 322 / 323 ; 124 III 266 , consid. 4 p. 268 et les arrêts cités). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient alors de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à inconsidérer, soit notamment les travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 129 V 102 consid. 3.2 p. 103 ; 128 V 102 consid. 5 p. 105 et les arrêts cités). b ) En l'espèce, il s'agit de déterminer si la CCNT 98, invoquée par A. T\_\_\_\_\_ à l'appui de sa réclamation, est applicable au litige et régit les relations de service de A. T\_\_\_\_\_ au sein de l'établissement « C\_\_\_\_\_ ». Cette analyse doit être effectuée à la lumière de l'art. 2 CCNT 98 qui prévoit que la convention collective n'est pas applicable aux membres de la famille du chef d'établissement. Par chef d'établissement, on entend la personne qui dirige l'établissement, soit qui est investie d'un pouvoir décisionnel, notamment au sens de l'art. 9 OLT1. Les membres de la famille sont énoncés de façon exhaustive et comprennent le conjoint, les enfants, les parents, les frères et sœurs du tenancier (Commentaire de la CCNT 1998, Bâle 2002, ad. art. 2). Il découle de la procédure que le restaurant à l'enseigne « C\_\_\_\_\_ » était une entreprise familiale qui occupait, outre E\_\_\_\_\_ et son épouse B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_, A. T\_\_\_\_\_, sœur de B., en qualité de serveuse, et accessoirement J. T\_\_\_\_\_, frère de B., en qualité d'auxiliaire. Il ressort de la procédure que les époux E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ dirigeaient ensemble l'établissement depuis leur mariage en 1962, la qualité d'indépendants leur ayant d'ailleurs été reconnue par la Caisse de compensation AVS. Lors de son engagement en 1969-1970, A. T\_\_\_\_\_ a ainsi été engagée dans une entreprise familiale par sa sœur et son beau-frère qui assumaient l'exploitation du restaurant. Lors de la séparation des époux en 1980, l'exploitation du restaurant a été effectivement assurée par B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_, même si son époux conservait alors un droit de contrôle. De même, après le divorce intervenu en 1991, B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ a continué à assurer l'exploitation de l'établissement, s'occupant de l'approvisionnement et de la bonne marche du restaurant, acquittant les factures au demeurant libellées à son nom, donnant les directives au personnel, réglant personnellement les salaires et les cotisations sociales, déclarant le bénéfice d'exploitation dans ses revenus annuels. Il découle en outre de la procédure que les articles de presse ou autres revues gastronomiques la présentaient à l'époque comme la « patronne » de l'établissement. On doit ainsi retenir de toutes ces circonstances que le restaurant était dirigé, en tout cas co-dirigé aux côtés de son ex-époux, par B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ qui doit ainsi être qualifiée, au même titre que E\_\_\_\_\_, de chef d'établissement au sens de l'art. 2 CCNT. Le fait que, pour des raisons de convenances personnelles, la patente n'ait pas été établie en son nom ne saurait faire disparaître le pouvoir décisionnel dont bénéficiait B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ sur la marche de l'établissement dont elle assumait la gestion effective. B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ doit être considérée, jusqu'à son décès intervenu en octobre 2003, comme chef d'établissement au sens de l'art. 2 CCNT de telle sorte que les relations de travail de A. T\_\_\_\_\_, sœur de B., ne peuvent être régies par la convention collective, compte tenu de la clause d'exclusion énoncée à la disposition précitée. c ) Il s'agit en outre d'examiner si, au décès de B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ en octobre 2003, alors que E\_\_\_\_\_ a repris la gestion effective de l'établissement, les relations de service avec A. T\_\_\_\_\_ ont été soumises à la CCNT. La Cour d'appel considère que le décès de B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ ne fait pas disparaître

le caractère d'entreprise familiale que le législateur avait en vue lorsqu'il a édicté l'art. 2 CCNT 98. En cas de doute sur l'interprétation de cette clause normative, liée notamment au libellé « membre de la famille », il y a lieu de rechercher la véritable portée de la norme en s'aidant notamment du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose. En indiquant que les membres de la famille du chef d'établissement ne sont pas assujettis à la convention collective, le législateur a souhaité viser le caractère familial de l'exploitation qui permet de traiter différemment le personnel membre de la famille du chef de l'établissement du personnel extérieur à la famille de ce responsable. En l'espèce, la structure de l'établissement et les relations de travail de A. T\_\_\_\_\_ n'ont été modifiées avec le décès de sa soeur B. ; il n'y a pas eu transfert des rapports de service au décès de B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_, A. T\_\_\_\_\_ continuant à être engagée au sein de l'entreprise familiale qui était gérée par sa soeur et son ex-beau-frère. Dans cette situation, le fait que, compte tenu du décès de son « associée », E\_\_\_\_\_ se soit retrouvé en octobre 2003 seul gérant effectif de l'établissement ne saurait faire disparaître la notion d'entreprise familiale qui préside à l'application de l'art. 2 CCNT. La notion d'entreprise familiale a perduré après le décès de B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ même si la gestion de l'établissement a alors été assurée par E\_\_\_\_\_, compte tenu du décès de son ex-épouse. En procédant à une interprétation de l'art. 2 CCNT sur la base des principes précités, la Cour d'appel considère que, en dépit du décès de B. E\_\_\_\_\_-T\_\_\_\_\_ et compte tenu qu'aucune modification n'a été apportée à la gestion de l'établissement, le cadre juridique des relations de service de A. T\_\_\_\_\_ n'a pas été modifié en octobre 2003. Dès lors, A. T\_\_\_\_\_ ne peut invoquer le bénéfice de l'application de la CCNT à ses relations de travail.

#### **E. 4**

La CCNT 98 n'étant pas applicable aux relations de service entre E\_\_\_\_\_ et A. T\_\_\_\_\_, il s'agit d'examiner, à la lumière de la loi, le bien-fondé des prétentions invoquées par A. T\_\_\_\_\_ à l'encontre de son employeur et d'arrêter le montant de la rétribution auquel l'employée peut prétendre. a ) L'art. 322 al. 1 CO stipule que l'employeur paye au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Le montant du salaire, qui peut être fixé d'après le temps ou d'après le travail fourni, dépend ainsi d'abord de l'accord des parties, qu'il résulte directement d'un contrat ou indirectement d'une convention collective ou d'un contrat-type ; il n'existe actuellement pas de fixation générale de traitements minimaux, même si les conventions collectives édictent souvent des règles minimales en la matière. Lorsque les parties n'ont rien convenu et que la conclusion d'un contrat de travail n'est pas douteuse selon l'art. 320 al. 2 CO, la rémunération doit correspondre à ce qui est « usuel ». On entend par là le salaire qu'il est habituel de verser dans la région et la branche considérée pour des travaux comparables, compte tenu de la situation personnelle des intéressés (âge, situation de famille, formation, etc.) (Rehbinder, Commentaire bernois, n° 12, ad. art. 322 CO ; Streiff / von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème édition, n° 7 ad. art. 322 CO). Les conventions collectives de la profession constituent alors un élément de référence, même si elles ne lient pas les parties (Rehbinder, loc. cit. n° 12 art. 322 CO ; Streiff / von Kaenel, loc. cit. n° 7 ad. 322 CO ; pour la prédominance des conventions collectives cf. Brunner / Bühler / Waeber, Commentaire du contrat de travail, 3ème édition, n° 2 ad. art. 322 CO). L'usage auquel la loi renvoie expressément doit être considéré comme du droit objectif (ATF 94 II 154 consid. 4b) que le juge doit appliquer d'office. Pour en connaître la teneur, le magistrat se renseignera auprès d'offices publics, d'organisations professionnelles, de groupements locaux ; il entendra au besoin des témoins

et des experts. L'existence d'un usage, à savoir les conceptions et pratiques qui règnent dans un endroit donné, relèvent du fait (ATF 86 II 256 ). Enfin, selon Rehbindler (loc. cit. n° 13 ad. art. 322 CO), si un salaire usuel ne peut être établi, le juge doit fixer la rémunération selon son pouvoir d'appréciation. Parmi les critères à prendre en considération figurent la qualité et la quantité des prestations de l'employé, ses conditions de travail, son âge, sa situation de famille et sa position dans l'entreprise, ou encore la durée du contrat. b ) A. T\_\_\_\_\_ recevait en l'espèce une rétribution mensuelle nette de 1'400 fr. Les circonstances dans lesquelles cette rétribution aurait été convenue n'ont pas été éclaircies en procédure. Aucun contrat n'a été conclu sur la rémunération offerte à l'employée mais cette dernière a relevé avoir contesté le montant de sa rétribution qui n'apparaissent pas suffisant à ses yeux. Outre cette rétribution nette, A. T\_\_\_\_\_ percevait des prestations complémentaires en étant nourrie et logée et bénéficiait d'avantages en nature (utilisation du véhicule automobile, etc...). Compte tenu de ces éléments disparates concernant la rémunération de l'employée, la Cour d'appel ne peut retenir un accord formel des parties concernant la rémunération versée à A. T\_\_\_\_\_ même si les éléments de sa contestation n'ont pas été établis. Pour apprécier la rémunération de l'employée, la Cour d'appel devra ainsi déterminer le salaire usuel, au sens de l'art. 322 CO, pour ce type d'activité. Compte tenu des tâches effectuées par l'employée, de son âge, de sa situation de famille (personne seule), de sa position dans l'établissement ainsi que des usages en la matière dans le canton de Genève, la Cour d'appel arrêtera à 3'200 fr. bruts la rémunération de l'intimée, rémunération qui se situe dans la fourchette des salaires minima définie par la CCNT. Cette rémunération de base étant arrêtée, il convient de déterminer la rémunération globale perçue par A. T\_\_\_\_\_ afin d'apprécier d'éventuels écarts de salaire. L'intimée a déclaré avoir perçu une somme mensuelle nette de 1'400 fr., en outre, elle était nourrie et logée, bénéficiant ainsi d'avantages en nature qui, selon les usages dans le canton de Genève et les dispositions fiscales (cf. art. 29 al. 1 CCNT ; Notice n° 2/2001 de l'Administration fiscale relative aux revenus en nature des salariés), sont quantifiés, pour un adulte, à 900 fr. mensuels pour une pension complète avec logement. Ce dernier avantage doit être pris en compte puisque le « loyer » versé à E\_\_\_\_\_, quelle qu'en soit sa cause, était acquitté par la caisse du restaurant et non par les deniers de A. T\_\_\_\_\_ ; en outre, cette dernière était exempte des cotisations sociales qu'elle aurait dû acquitter sur la part de son salaire brut et qui seront arrêtés par la Cour d'appel à une somme mensuelle de 400 fr. correspondant à un taux d'imposition d'environ 15 % sur le salaire brut. C'est ainsi une rémunération mensuelle brute de 2'700 fr. que A. T\_\_\_\_\_ a reçu au titre de salaire (1'400 fr. + 900 fr. + 400 fr.). La différence de salaire par rapport à un salaire mensuel usuel de 3'200 fr. s'élève ainsi mensuellement à 500 fr. et correspond à la différence de salaire qui lui est due pour la période du 24 février 1999 jusqu'au 24 février 2004, soit pendant une période de 60 mois. C'est ainsi une somme brute de 30'000 fr. que E\_\_\_\_\_ sera condamné à verser à A. T\_\_\_\_\_ à titre de différence de salaire pour la période du 24 février 1999 au 24 février 2004. La prétention en paiement du 13ème salaire sera déniée au motif que cette réclamation ne trouve pas assise dans une réglementation légale (la CCNT ne s'applique pas au litige) ou contractuelle et que cette rétribution n'a jamais été versée à l'intimée durant son activité auprès de l'établissement « C\_\_\_\_\_ ». La prétention en paiement d'une indemnité pour jours de vacances non prises en nature ne sera pas accueillie. L'intimée ne pouvant invoquer l'application de l'art. 17 al. 1 CCNT 98 prévoyant 5 semaines de vacances par année, la durée des vacances est fixée en application de l'art. 329 a CO qui prévoit, au cas d'espèce, 4 semaines de vacances. La procédure a

démontré que l'employée avait pu bénéficier de 4 semaines de vacances par an durant son activité, ce qui a été d'ailleurs retenu dans le jugement entrepris. Ne pouvant faire valoir une prétention en paiement d'une cinquième semaine de vacances non prise, sa réclamation sera rejetée sur ce point. De plus, les explications de l'intimée, selon lesquelles sa quatrième semaine de vacances aurait été consacrée exclusivement à des travaux de nettoyage, n'ont pas été établies en procédure. e ) A. T\_\_\_\_\_ fait également valoir une prétention en paiement pour compensation des jours fériés non pris en nature. La CNNT 98 ne s'appliquant pas au litige, la question doit être résolue à la lumière des dispositions sur la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr) et ses ordonnances d'application (OLT1 du 10 mai 2000). Selon l'art. 20 a LTr, outre la fête nationale, les cantons peuvent assimiler au dimanche 8 autres jours fériés par an. La loi genevoise sur les jours fériés du 3 novembre 1951 prévoit ainsi 9 jours fériés y compris la fête nationale. Selon l'art. 22 LTr, dans la mesure où la loi prescrit des temps de repos, ceux-ci ne doivent pas être remplacés par des prestations en argent ou d'autres avantages, sauf à la cessation des rapports de travail, le complément de calcul du supplément de salaire étant alors effectué en application de l'art. 33 OLT1 (chaque jour férié à raison de 1/22 du salaire mensuel brut). Le Tribunal des prud'hommes a retenu, sur la base des enquêtes, que A. T\_\_\_\_\_ n'avait pas disposé des jours fériés, y compris la fête nationale. Elle a donc droit à cette indemnisation pour les 9 jours fériés non pris pendant la période du 24 février 1999 au 24 février 2004, soit 60 mois ( $60 \times 9/12 \times 3'200/22 = 6'545.45$ ). Cette somme lui sera dévolue à titre de paiement de jours fériés non pris.

## E. 5

Enfin, A. T\_\_\_\_\_ réclame une somme de 244'324 fr. à titre de paiement des heures supplémentaires. Elle fait à ce sujet grief au Tribunal d'avoir rejeté sa prétention alors qu'elle a déclaré être tenue d'effectuer les heures supplémentaires exigées par son employeur. a ) Les heures supplémentaires correspondent à du temps du travail qui dépassent le temps de travail usuel ou celui prévu par la loi ou par une convention collective (art. 321 c al. 1 CO). Sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, l'employeur doit payer les heures supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins (art. 321 c al. 3 CO). Il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier ( Brunner / Bühler / Waeber , loc. cit., n° 3 ad. art. 321 c CO ; Streiff / von Kaenel , loc. cit., n° 10, ad. art. 82 ; Mattias Müller , Die Rechtliche Behandlung der Ueberstundenarbeit, thèse Zurich 1986, p. 59). L'employeur est également tenu à rémunération lorsqu'il n'a émit aucune protestation tout en sachant que le travailleur a effectué des heures supplémentaires et que ce dernier a pu déduire de ce silence que lesdites heures étaient approuvées (ATF 86 II 155 consid. 2 p. 157). Ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures au-delà de la limite contractuelle contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321 c CO prêtera à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4 b et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral du 31 octobre 2002 dans la cause 4c/177/2002, consid. 2.1). En l'occurrence, le restaurant est exploité sous la forme d'une entreprise familiale où chaque membre apportait sa contribution en fonction de ses compétence. A. T\_\_\_\_\_ jouissait d'une très large autonomie dans l'aménagement de son emploi du temps et de son activité. Sur les cartons publicitaires remis à la clientèle, elle apparaissait d'ailleurs comme

une des animatrices de l'établissement aux côtés de sa sœur B. E\_\_\_\_\_. La Cour d'appel ne peut ainsi retenir de ces constatations que A. T\_\_\_\_\_ aurait effectué des heures supplémentaires de travail à la demande de ses employeurs. De plus, il ressort de la procédure que l'intimée, au même titre que sa sœur, logeait sur place et se trouvait ainsi dans le restaurant et ses alentours immédiats de façon presque constante. On ne saurait toutefois déduire de cette constatation qu'elle aurait effectué des heures supplémentaires au service de son employeur. Enfin, comme l'a retenu le Tribunal des prud'hommes, l'exploitation du restaurant « C\_\_\_\_\_ » ne justifiait pas des horaires allant au-delà de 45 heures par semaine, voire 50 heures en application de la LTr et aucune preuve pertinente du contraire n'a été rapportée en procédure. Enfin, force est de constater que A. T\_\_\_\_\_ n'a jamais émis aucune contestation ou protestation sur son horaire de travail et qu'elle a indiqué ne pas avoir soulevé de quelconque grief à l'endroit de sa sœur qui gérait pourtant l'établissement pendant de nombreuses années. La Cour d'appel retiendra ainsi que l'accomplissement des heures supplémentaires n'a pas été prouvé à satisfaction et le jugement du Tribunal des prud'hommes sera confirmé sur ce point. E\_\_\_\_\_ sera ainsi condamné à verser à A. T\_\_\_\_\_ une somme brute de 30'000 fr. à titre de différence de salaire ainsi qu'une somme brute de 6'545.45 fr. à titre de paiement des jours fériés. La condamnation portera intérêts au taux de 5% à compter du 24 février 2004, date de dépôt de la réclamation.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.