



E_____ SA
Dom. élu : Me Albert GRAF
Quai des Bergues 25
1201 Genève

Madame
T_____
Dom. élu : Me Jean-B. WAEBER
Rue d'Aoste 1
Case postale 3647
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 12 août 2004

M. Axel TUCHSCHMID, président

MM. Achille PEDUZZI et Daniel CHAPELON, juges employeurs

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

M. Gordon AESCHIMANN, greffier d'audience

EN FAIT

- A. E_____ SA a, comme but social, la création et gestion d'établissements publics, notamment de restaurants, bars, dancings, ainsi qu'activités s'y rapportant.

A_____ et B_____ sont respectivement administrateur et directeur de cette société.

Cette dernière exploite le restaurant C_____, sis _____ à Genève.

- B. Depuis le 16 avril 2001, T_____ a travaillé, comme cuisinière, pour E_____ SA.

Auparavant, l'intéressée avait exercé ses activités au restaurant D_____, situé au boulevard _____ à Genève. Son employeur a ouvert un second restaurant, C_____; depuis le mois de juin 2000, T_____ a travaillé dans cet établissement.

Ce dernier a été repris par E_____ SA le 16 avril 2001.

Les parties ont signé un contrat du 1^{er} mai 2001, par lequel T_____ a été engagée, comme cuisinière, dès le 1^{er} mai 2001, moyennant un salaire brut de CHF 4.200,- du 1^{er} mai au 31 août 2001, puis de CHF 5.000,-, ainsi qu'un treizième salaire au prorata des mois travaillés.

Le susdit contrat prévoit un délai de résiliation de deux mois et un horaire de 8 heures 30 à 17 heures. Quant aux vacances, elles ont été fixées à quatre semaines annuelles ou au prorata des mois travaillés. Une clause relative aux absences stipule que l'employée doit aviser immédiatement tout empêchement de travailler.

- C. B_____ a exploité le restaurant C_____ jusqu'à la fin septembre 2001; il a ensuite été remplacé par son frère, A_____.

Ce dernier et T_____ ont été liés par des rapports d'amitié.

L'établissement était ouvert du lundi au vendredi soir ainsi que le samedi soir.

Selon A_____, le restaurant comportait au maximum 65 places assises. L'employée a fait état de 15 à 50 clients servis aux repas de midi et de 70 à

80, le soir; le restaurant préparait également des plats à emporter. B_____ a relaté, quant à lui, que le service de midi avait représenté entre 25 et 30 couverts, toute la semaine et que les repas de fin de semaine avaient pu impliquer jusqu'à 70 couverts pour les deux services (midi et soir).

Des explications de T_____, il résulte, d'une part, qu'elle était la seule employée à faire la cuisine et que, d'autre part, la préparation des mets qu'elle assurait nécessitait sa présence pendant les heures des repas.

L'employée a fait état d'un horaire quotidien de 8 heures jusqu'à 22 heures environ, les jeudi, vendredi et samedi, étant rappelé qu'elle avait congé le samedi matin; selon T_____, elle a rarement quitté le restaurant avant 20 ou 21 heures, et, quand c'était le cas, elle préparait tout à l'avance; elle restait au restaurant toute la journée, avec une pause d'une demi-heure pour midi.

Selon A_____, l'horaire de l'employée a été de 8 heures à 17 heures, moins une demi-heure pour le repas. Il ne lui a jamais payé des heures supplémentaires. D'après A_____, un aide de cuisine se chargeait du service du soir.

F_____ a travaillé, comme serveur, au restaurant C_____ depuis le mois de novembre 2001. En plus du service du repas de la mi-journée, il se trouvait au restaurant de 18 heures 30 jusqu'à la fermeture entre 23 heures 30 et 24 heures.

Selon F_____, T_____ ne travaillait en tout cas pas le soir; outre l'intéressée, trois collaborateurs travaillaient à la cuisine.

Clientèle de C_____, G_____ s'y rendait, le soir, en moyenne deux fois par mois, quand T_____ y faisait la cuisine; c'était par les filles de celle-ci que G_____ savait que T_____ travaillait, tel soir, au restaurant.

T_____ a trois enfants, dont H_____ née en 1986. Des explications de cette dernière, il résulte notamment qu'à la reprise scolaire 2001, elle a suivi le collège I_____. Ce dernier se trouvant à proximité du restaurant C_____, à la fin de ses cours à 17 heures 15, elle se rendait quasiment chaque jour au restaurant, où elle faisait ses tâches; puis, elle rentrait à la maison, avec sa mère, entre 18 heures et 21 heures; il est arrivé, soit la moitié du temps, que H_____ quittait le restaurant, seule, avant sa mère. C'était surtout le week-end que cette dernière rentrait plus tard, même vers 24 heures.

D. T_____ s'est rendue au commerce J_____ afin de faire des achats pour le restaurant C_____.

Selon B_____, son employée lui réclamait un certain montant, selon son estimation, avant d'aller à J_____, afin de payer la facture de ce commerce.

A la connaissance de A_____, son frère a remboursé à T_____ les montants correspondant aux factures de J_____.

T_____ produit huit factures de J_____, au nom du restaurant C_____, et datées du 21 avril au 1^{er} juin 2001, dont l'employée demande le remboursement à E_____ SA; ces factures s'élèvent à un montant total du CHF 1.611,75.

Des explications de T_____, il résulte qu'elle a refusé de remettre ces factures à B_____ tant qu'elles ne lui étaient pas remboursées.

- E. Selon B_____, au début juillet 2001, T_____ s'est absentée, sans prévenir, pendant environ un mois et ne disposant plus de cuisinier, il a dû fermer l'établissement.

L'employée conteste ces affirmations et, d'après elle, si le restaurant a été fermé pendant dix jours, au début juillet 2001, elle y a tout de même travaillé à la suite de la chute d'une partie du plafond.

Des explications de H_____, il ressort qu'en juillet et août 2001, sa mère a travaillé. H_____ et sa sœur, K_____, sont parties, seules, rendre visite à leur frère aux USA.

- F. T_____ réclame CHF 43.200,-, à titre de solde de salaires, à E_____ SA.

Par sa mère, H_____ a su qu'elle était payée au « compte goutte ». Toujours selon H_____, sans leur frère, elles n'auraient pas pu vivre, leur père ne versant par ailleurs pas de pension.

G_____ a fait état d'achats, en France, avec L_____. A la fin des activités de cette dernière à C_____, G_____ a constaté que son amie utilisait, pour ses achats, une carte de crédit sur un compte de son fils. T_____ a expliqué qu'elle n'obtenait pas le paiement de son salaire et qu'elle n'avait pas de revenu.

E_____ SA a établi un récapitulatif des salaires de T_____, pour 2001, d'un montant total net de CHF 38.905,89 et d'acomptes versés à hauteur de CHF 14.600,- au total. L'employée conteste avoir perçu cette somme de CHF 14.600,-; selon elle, il s'agit de CHF 10.700,-.

- G. Le restaurant C_____ a été fermé les 24 et 25 décembre 2001. Selon T_____, en plus de ces deux jours de fermeture, elle a eu trois jours de congé, soit les 26, 27 et 28 décembre 2001.

De ses explications, il résulte qu'elle avait exigé deux jours de congé par semaine et son employeur ayant refusé, elle a décidé de prendre le samedi 29 décembre 2001 comme jour de repos.

Selon l'employeur, il attendait T_____ dès le 26 décembre 2001 et, en raison de l'absence de celle-ci, le restaurant est resté fermé jusqu'au 27, jour où un nouveau cuisinier est intervenu, ce qui a permis d'ouvrir l'établissement les 28, 29, 30 et 31 décembre 2001.

Le lundi 31 décembre 2001, T_____ s'est rendue au restaurant pour reprendre son travail. Son employeur a refusé de la reprendre à son service. F_____ a entendu A_____ dire qu'il « n'était pas d'accord de la reprendre car elle l'avait laissé tomber ».

Selon T_____, le 31 décembre 2001, A_____ lui a déclaré que le restaurant serait fermé à midi et qu'il disposait d'un remplaçant pour le soir; il l'a invitée à se représenter le 2 janvier 2002, ce qu'elle a fait et A_____ lui a alors indiqué qu'il l'avait remplacée par un nouveau cuisinier.

- H. Par courrier du 9 avril 2002, E_____ SA a envoyé à T_____ ses fiches de salaires pour les mois d'avril à décembre 2001 ainsi que pour le treizième salaire et un récapitulatif des acomptes versés en 2001; ce dernier document, sur la base de salaires nets totaux de CHF 38.905,89, fait état de CHF 14.600,- versés à titre d'acomptes, soit un solde dû de CHF 24.305,89.

L'employée conteste ces montants et allègue avoir perçu CHF 10.700,-, au total, comme salaires.

- I. Par demande déposée le 1^{er} novembre 2002, T_____ a assigné E_____ SA devant la Juridiction des prud'hommes, aux fins d'obtenir les sommes brutes CHF 43.200,-, avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 1^{er} octobre 2001, comme solde de salaires pour la période d'avril à 2001 à mars 2002, CHF 40.237, 30, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2002, pour les heures supplémentaires, CHF 4.489,85 avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 15 mai 2001, au titre de treizième salaire; la demanderesse a également réclamé le paiement des sommes nettes de CHF 1.1611,75 avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 15 mai 2001 et de CHF 30.000,- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2001, respectivement comme remboursement de frais exposés pour son employeur et d'indemnité suite à un licenciement sans juste motif.

Lors de l'audience du 14 novembre 2002, T_____ a amplifié sa demande et a conclu à la condamnation de sa partie adverse à lui verser CHF 3.287,90 brut à titre d'indemnité pour solde de vacances prorata temporis et à la remise d'un certificat de travail pour la durée de son emploi.

Sous réserve du treizième salaire, la défenderesse s'est opposée à la demande.

Dans le cadre de l'instruction de la cause, en plus de l'audition des parties, dont A_____ et B_____, le Tribunal a procédé à celle d'un témoin, F_____.

Au terme de l'audience du 14 novembre 2003, les premiers juges ont rendu l'ordonnance préparatoire suivante :

« ordonne à E_____ SA de produire les noms, prénoms et adresses exactes de toutes les personnes ayant travaillé avec la demanderesse, du temps où l'établissement était dirigé par l'un ou l'autre des frères A_____ et B_____;

ordonne à E_____ SA de produire les noms, prénoms et adresse de l'ancienne secrétaire de B_____ en charge à l'époque de la comptabilité de B_____, dont le prénom serait M_____;

ordonne à E_____ SA de produire les nom, prénom et adresse du comptable de la Fiduciaire N_____, en charge de la comptabilité de l'établissement;

ordonne à E_____ SA de produire toute pièce utile et justificatif permettant de déterminer les horaires de la demanderesse et les salaires et autres montants qui ont été versés à cette dernière;

ordonne à T_____ de produire son passeport ainsi que les relevés de ses comptes bancaires pour la période allant d'avril à décembre 2001;

impartit aux parties un délai au 15 décembre 2002 pour s'exécuter;

ajourne les débats à une prochaine audience qui sera fixée par le greffe ».

Convoqué comme témoin, N_____, de la fiduciaire du même nom, a écrit, le 20 février 2003, qu'il ne serait pas en mesure de se présenter à l'audience du lendemain.

A la suite de l'ordonnance préparatoire du 14 novembre 2003, la demanderesse a produit une copie de son passeport établi le 29 janvier 2002, un relevé d'annulation du compte de la BCG de septembre et décembre 2001;

sa partie adverse n'a produit aucun document et a déposé une liste des coordonnées de ses employés et de la fiduciaire.

Par jugement du 11 août 2003, notifié par plis du 21 janvier 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ SA à payer à T_____

- la somme brute de CHF 43.200,-, avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 1^{er} novembre 2001, à titre de salaire
- la somme brute de CHF 4.491,67, plus intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2002, à titre de 13^e salaire
- la somme brute de CHF 3.598,65, avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002, à titre d'indemnité pour les vacances non prises
- la somme brute de CHF 20.118,65, avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002, à titre de rémunération des heures supplémentaires
- la somme nette de CHF 1.611,75, avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 15 mai 2001, à titre de remboursement des frais exposés pour l'employeur
- la somme nette de CHF 1.000,-, avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002, à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

La défenderesse a également été condamnée à remettre à T_____ un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.

La partie qui en avait la charge a été invitée opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Les parties ont été déboutées de toute autre conclusion.

Après avoir retenu que le licenciement immédiat n'était pas justifié et que le congé avait été notifié le 2 janvier 2002, les premiers juges ont fixé au 31 mars 2002, conformément au contrat signé par les parties, la fin des rapports de travail et ont arrêté à CHF 38.900,- et 15.000,- les salaires dus respectivement pour 2001 et pour 2002.

Considérant que la défenderesse n'avait pas établi avoir versé un montant supérieur, le Tribunal a tenu pour acquis que l'employée avait perçu CHF 10.700,- à titre d'acompte de salaires pour 2001. En fonction de ces montants, des sommes de CHF 28.200,- et 15.000,- ont été allouées à T_____ pour 2001 et 2002, soit CHF 43.200,- au total.

Quant au treizième salaire, en référence à la disposition concernée du contrat, son montant a été fixé à CHF 5.762,96 pour 2001 et CHF 1.250,- pour 2002; les premiers juges ont alloué CHF 4.491,67 brut comme treizième salaire pour la durée des rapports de travail.

Comme indemnité pour les vacances non prises en nature, en fonction du contrat lequel prévoyait quatre semaines de vacances et du fait que la demanderesse n'avait pas pris de vacances, le Tribunal, sur la base de 8,33 % du salaire brut, a fixé à CHF 3.598,56 la somme due à ce titre.

Pour ce qui est de la prétention de l'employée relative aux heures supplémentaires, les premiers juges se sont dits convaincus que la demanderesse avait effectué de telles heures et dans le cadre d'une appréciation ex aequo et bono, ils en ont arrêté la rémunération à CHF 20.118,65, soit à la moitié de la réclamation.

Sur la base des quittances produites par l'employée, le Tribunal a considéré que la preuve du paiement de frais de l'employeur avait été apportée et que ce dernier n'avait pas prouvé le remboursement de ces frais; les premiers juges ont ainsi alloué CHF 1.611,75 à la demanderesse.

Compte tenu des circonstances, soit en particulier du fait que son absence non communiquée avait perturbé la bonne marche de l'établissement, le Tribunal a fixé à CHF 1.000,- l'indemnité due à T_____ en raison de la résiliation immédiate injustifiée.

Enfin, il a été donné suite aux conclusions de l'employée en délivrance d'un certificat de travail.

- J. Par acte posté le 19 février 2004, E_____ SA a appelé du susdit jugement, concluant à son annulation et au déboutement de la demanderesse avec suite de dépens.

L'intimée a requis la confirmation du jugement entrepris et le déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions.

A l'audience de la Cour d'appel du 9 juin 2004, l'appelante n'a pas comparu en personne et A_____, dont la maladie a été invoquée, a été invité à produire un certificat médical. Lors de cette audience, les deux témoins figurant sur la liste déposée par l'appelante, soit N_____ et M_____, ne se sont pas présentés. E_____ SA a renoncé à leur audition. Pendant cette audience, il a été procédé à l'audition de trois témoins, G_____, O_____ et H_____ ; l'intimée, quant à elle, a renoncé à l'audition de K_____.

Au terme de cette audience, la cause a été gardée à juger.

Par pli du 10 juin 2004, l'appelante a envoyé à la Juridiction de céans une copie du certificat médical du 8 juin précédent et concernant A_____.

Dans la mesure utile, les arguments des parties seront repris.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et selon la forme prévus par la loi (article 59 al. 1 LJP), l'appel est recevable.
2. Si l'absence de A_____, à l'audience de la Cour d'appel, a été valablement excusée, l'appelante aurait pu être représentée par un autre organe, soit B_____, directeur, selon les inscription figurant au Registre du Commerce.

C'est dire que l'appelante n'a pas valablement comparu devant la Cour de céans.

Selon l'article 65 al.1 LJP, en cas de non-comparution sans excuse valable de l'une des parties à l'audience de la Cour d'appel, la cause est gardée à juger.

En l'espèce, lors de l'audience du 9 juin 2004, en plus de l'audition de l'intimée, il a été procédé à celle de témoins portés sur la liste de T_____.

C'est dire qu'en définitive, il a été fait application du susdit article 65 al. 1 LJP.

3. En application des Arrêtés du Conseil Fédéral des 19 novembre 1998 et 17 décembre 2001, la cause est soumise en particulier à la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT).
4. L'appelante conteste la solution du Tribunal lequel a considéré que les conditions d'un licenciement immédiat pour justes motifs n'étaient pas réalisées (article 337 CO).

Les premiers juges ont exposé les principes émis par la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne la notion de justes motifs prévus par la susdite disposition légale. Il est fait expressément fait référence aux pages 11 et 12 du jugement du 11 août 2003.

La Cour d'appel doit toutefois constater que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que le congé avait été notifié à T_____ le 2 janvier 2002. En effet, sur la base de la relation du témoin assermenté F_____, il est établi que ce fut le 31 décembre 2001, lorsque l'intimée s'est rendue au restaurant

pour reprendre son travail, que A_____ lui a fait savoir qu'elle était licenciée. Lors de son audition, le témoin a précisé que le restaurant était petit et qu'« il a bel et bien entendu A_____ dire qu'il n'était pas d'accord de la reprendre car elle l'avait laissé tomber ». Aucun élément concret et déterminant du dossier ne permet de mettre en cause cette déposition.

Dans ces circonstances, la Cour de céans retient que le licenciement avec effet immédiat pour justes motifs a été notifié à l'employée le lundi 31 décembre 2001.

L'abandon d'emploi abrupt, sans justes motifs, prévu par l'article 337d CO, présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif de la part du travailleur, d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié (ATF 112 II 41 = JdT 1986 I 253 = SJ 1986 p. 388). Une absence injustifiée de courte durée (s'étendant par exemple sur quelques jours après la fin des vacances) ne peut pas être interprétée comme une rupture des rapports de travail de la part du travailleur (SJ 1997 p. 149).

En conséquence, l'article 337d CO n'est de toute manière pas applicable.

Quant à l'article 337 al. 1 CO, seul un manquement grave de l'employé autorise une résiliation immédiate; lorsque le manquement est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur (ATF 112 II 50). Le comportement propre à ruiner la confiance doit être d'une gravité toute objective; on sera d'autant plus exigeant pour en juger que les rapports de travail auront duré longtemps (VISCHER, TDPS VII / I, 2, p. 162). Ainsi, le refus de travailler ou l'absence injustifiée pendant plusieurs jours constituent un juste motif de licenciement s'ils vont à l'encontre de la volonté clairement exprimée par l'employeur (ATF III II 250; ATF du 3.12.1990, 4c.181/1990).

En l'espèce, la Cour d'appel constate qu'il n'a pas été établi que l'intimée se serait absentée, sans avertir son employeur, en juin et/ou juillet 2001 et aurait contraint sa partie adverse à fermer l'établissement. Au contraire, des explications fournies à la Cour de céans par H_____, il résulte que sa mère a travaillé à Genève pour l'appelante, pendant cette période. Ces indications ne sont pas mises en cause par un élément concret et déterminant du dossier.

Si, à la suite de l'ordonnance du 14 novembre 2002, T_____ n'a pas produit son passeport pour l'année 2001, elle a expliqué n'avoir pu s'en faire délivrer des photocopies, car pour en obtenir un nouveau, les P_____ doivent rendre l'ancien passeport lequel est détruit. L'intimée a effectivement déposé un passeport émis en janvier 2002.

L'appelante a donc pris, après la fermeture du restaurant à Noël (les 24 et 25 décembre), trois jours de congé, soit les 26, 27 et 28 décembre 2001. De ses explications, il résulte qu'elle s'est rendue dans sa famille, au P_____, ce qui a

été confirmé par sa fille H____; T_____ n'est pas revenue le 29 décembre, mais le lundi 31.

Lors de l'audience du Tribunal du 14 novembre 2002 (pages 3 et 4), A_____ a déclaré « J'avais donc donné à la demanderesse ces deux jours (les 24 et 25 décembre). Le 26 décembre, nous devions rouvrir, mais elle a dû s'absenter et partir au P____ pour des problèmes familiaux. Mon aide de cuisine a donc préparé la mise en place le 26 décembre pour la réouverture du 27 ».

Cette déclaration est opposable à l'appelante et implique, compte tenu de ce voyage au P____, que le congé de trois jours, invoqué par l'intimée, n'est pas intervenu contre une volonté clairement exprimée par l'employeur.

De plus, la Cour rappelle que des liens personnels existaient entre les frères A____ et B_____ et l'intimée.

Cette dernière, lors de son audition du 21 février 2003 (pages 2 et 3), a expliqué qu'elle avait considéré A_____ comme son fils, car il avait été l'ami de sa fille les deux frères l'appelaient « tante », même sans lien de parenté.

Par ailleurs, en plus du problème des jours de repos, invoqué par le Tribunal (article 16 CCNT), il convient également de constater que, depuis son engagement à la mi-avril 2001, l'intimée n'avait pas pris de vacances (article 17 CCNT). Comme important manquement opposable à l'employeur, la Cour de céans rappelle que le salaire de l'employée ne lui a été versé qu'irrégulièrement et qu'une somme importante lui était due, à ce titre, en décembre 2001. Des explications de T_____, il ressort qu'elle a accepté « cette situation chaotique au niveau salarial, car elle considérait A_____ comme son fils, car il était l'ami de sa fille » (cf. p.v. du 21.2 03 p. 2).

T_____ n'est donc pas revenue à son travail le samedi 29, mais le lundi 31. Le restaurant était fermé le dimanche.

Dans les circonstances reprises ci-dessus et en référence aux principes rappelés, les conditions de l'article 337 CO n'étaient pas réalisées. De plus, c'est à juste titre que les premiers juges ont opposé à l'employeur une situation qui ne respectait pas les dispositions de la CCNT.

Le manquement de l'intimée, soit le fait d'avoir repris son travail le lundi 31 décembre, et non le samedi 29, alors que le restaurant était fermé le dimanche, n'est pas d'une gravité telle qu'il aurait justifié un licenciement immédiat. Eu égard au contexte de l'époque, la confiance entre les parties ne peut pas être considérée comme ayant été ruinée ou ébranlée à tel point qu'on n'aurait pas pu exiger de l'employeur la continuation du rapport de travail.

Une absence unique d'un jour ne remplit pas les conditions de l'article 337 CO (SJ 1997 p. 149, 153).

En conséquence, la Cour d'appel confirme la solution adoptée par le Tribunal et selon laquelle le licenciement immédiat n'était pas justifié.

5. Selon l'article 337c al. 1 CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé.

Cette disposition légale fait naître une créance en dommages-intérêts : le contrat de travail prend fin en fait et en droit et le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (ATF 117 II 270 = JdT 1992 I 398; ATF 120 II 243 = JdT 1995 I 222).

L'article 6 al. 1 CCNT stipule qu'après le temps d'essai, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois de la première à la cinquième année de travail.

Le deuxième alinéa de cette disposition prévoit que la notification doit être portée à la connaissance de la partie contractante au plus tard la veille du jour où le délai commence à courir.

Des dérogations à la CCNT sont admises pour autant que la dite Convention ne stipule pas le contraire et que si elles sont exclusivement en faveur du collaborateur (article 33 CCNT).

En l'espèce, il est donc fait application de la clause du contrat du 1^{er} mai 2001, qui prévoit un délai de résiliation de deux mois.

La Cour a retenu précédemment que le congé avait été notifié le 31 décembre 2001. C'est dire que les rapports de travail auraient pris fin au 28 février 2002 et non en mars, comme admis en première instance.

Aux termes du contrat signé par les parties, le salaire mensuel de l'employée a été fixé à CHF 4.200,- jusqu'au 31 août 2001 puis à CHF 5.000,-. L'intimée a commencé à travailler le 15 avril 2001, ce qui implique un revenu de CHF 2.100,- pour le mois d'avril, puis de CHF 4.200,- par mois pour juin, juillet et août et ensuite de CHF 5.000,- de septembre 2001 jusqu'en février 2002.

En conséquence, les salaires pour 2001 et 2002 ont représenté respectivement CHF 38.900,- et CHF 10.000,- au total.

Selon T_____, elle a perçu, en 2001, CHF 10.700,- à titre de salaires, alors que sa partie adverse fait état de CHF 14.600,-. A l'instar des premiers juges,

la Cour d'appel constate que la preuve d'un tel versement de CHF 14.600,- n'a pas été apportée. Le récapitulatif produit sous pièce 11 de la demanderesse n'a aucune portée probante; en effet, il n'a pas été confirmé lors des mesures probatoires et, par ailleurs, il ne comporte aucune signature.

En conséquence, en fonction d'une somme totale due de CHF 48.900,- (38.900,- + 10.000,-) et de versements de CHF 10.700,-, un montant brut de CHF 38.200,- est dû à l'intimée.

6. A juste titre, le Tribunal a considéré qu'en ce qui concerne le treizième salaire, le contrat signé par les parties est plus favorable que les dispositions de la CCNT laquelle prévoit notamment que le treizième salaire n'est acquis qu'après le sixième mois de travail puis dans des proportions de 25% du salaire brut mensuel puis de 50% dès la deuxième année de travail (en 2002) pour passer à 100% à partir de la troisième année de travail (article 12 CCNT).

Selon le contrat du 1^{er} mai 2001, T_____ avait droit à un treizième salaire au prorata des mois travaillés; le treizième salaire équivaut au montant d'un salaire mensuel.

Il est possible de calculer le treizième salaire en augmentant le salaire de 8,33% (KUHN, le droit du travail dans les entreprises, n. 6/4. 3,p.2).

Ainsi, le montant dû, à ce titre, à l'intimée, s'élève à CHF 4.073,35 (CHF 48.900,- : 100 x 8,33).

7. Comme indemnité pour les vacances non prises en nature, le Tribunal a alloué CHF 3.598,56 à l'employée.

L'appelante soutient que T_____ a pris des vacances en été 2001 et que, en plus de ses arguments relatifs au congé immédiat pour justes motifs, elle fait valoir que la date d'une résiliation ordinaire a commencé le 31 décembre 2001.

Ce dernier élément est conforme à la solution adoptée dans le présent arrêt. Par contre, le Cour a constaté ci-dessus, sous chiffre 4, que T_____ n'avait pas pris de vacances en été 2001. La Cour n'oppose donc pas à l'intimée le fait qu'elle n'a pas donné suite à l'ordonnance du 11 novembre 2001 relative à la production de son passeport concernant l'année 2001, en tant qu'elle a produit un passeport émis en janvier 2002 et que, selon ses explications, à la délivrance d'un nouveau passeport, les autorités P_____ détruisent l'ancien.

Selon la solution adoptée par la Cour de céans, le licenciement immédiat notifié le 31 décembre 2001 par l'employeur n'était pas justifié et l'intimée a donc droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé, soit à la fin février 2002.

Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (article 329d al. 2 CO).

La conversion des vacances en espèces ou autres avantages n'est licite, lorsque le contrat prend fin, que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter son obligation en nature (JdT 1976 I 191; ATF 106 II 152 = JdT 1980 I 602).

Le principe de l'obligation d'octroyer les vacances en nature trouve également application de manière impérative pendant le délai de congé (ATF 106 II 152; BRUNNER/BUHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, n. 4 ad art. 329 d CO). Ce principe n'est cependant pas absolu.

Il est aussi possible de se demander, in casu, s'il y a matière à tenir compte du délai écoulé de la fin décembre 2001 à la fin février 2002 pour opposer à l'intimée la prise de vacances en nature.

L'appelante n'invoque pas ce moyen lequel serait d'ailleurs infondé.

La créance en dommages-intérêts de l'article 337c al.1 CO comprend non seulement le salaire, mais aussi le droit aux vacances, remplacé par des prestations en argent, et la compensation des autres avantages résultant du contrat de travail, telles que les gratifications ou indemnités de départ. De l'avis de certains auteurs, cette nouvelle disposition implique que, dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur peut faire valoir ses prétentions en espèces relatives aux vacances; l'ancienne pratique de la prise des vacances en nature après le licenciement immédiat, qui reposait sur la fiction de la conversion d'un tel licenciement en un licenciement ordinaire, doit, en conséquence, être définitivement bannie.

La disposition nouvelle de l'article 337c CO remet certes en question la jurisprudence traditionnelle antérieure, selon laquelle le travailleur congédié avec effet immédiat et recevant son salaire pour le délai de congé ordinaire était, en principe, réputé avoir pris ses vacances durant ce délai. Cette jurisprudence avait d'ailleurs déjà été critiquée auparavant. On ne peut cependant aller jusqu'à poser de façon absolue que le travailleur renvoyé abruptement sans justes motifs a toujours droit au paiement de ses vacances en plus de ce qu'il aurait gagné si les rapports avaient pris fin normalement.

Si le droit aux vacances en espèces doit être reconnu au travailleur qui est renvoyé alors que le contrat eût pu prendre fin normalement dans un délai

relativement bref, de deux à trois mois par exemple, il ne saurait en être nécessairement de même dans certaines situations particulières, comme celle où l'indemnisation du travailleur, en vertu de l'article 337c al. 1 CO, couvre une longue durée (ATF 117 II 270 = JdT 1992 I 398, avec les références citées; WYLER, droit du travail, p.255 et ss).

En l'espèce, le délai étant de deux mois, l'employée est fondée à réclamer le paiement de ses vacances en espèces.

Selon le contrat signé par les parties, l'employée avait droit à quatre semaines de vacances annuelles au prorata des mois travaillés.

Si l'horaire de travail prévue par ledit contrat était de 8 heures 30 à 17 heures, la pause d'une demi-heure pour le repas étant déduite, le nombre d'heures de travail quotidien représente huit heures, soit 40 heures par semaine.

En conséquence, les parties pouvaient valablement déroger au chiffre 1 de l'article 17 CCNT lequel prévoit cinq semaines de vacances (article 17 ch. 1 al.2 CCNT).

Comme paiement en espèces des vacances en nature, une somme de CHF 4.073,35 (48.900,- : 100 x 8,33) est allouée à T_____.

La Cour constate que le jugement comporte une erreur matérielle en ce sens que d'avril 2001 à mars 2002, le salaire total se serait élevé à CHF 53.900,- et non CHF 43.200,- (page 16) (38.900,- + 15.000,- = 53.900,-).

Toutefois, compte tenu de la solution adoptée dans le présent arrêt, soit du congé notifié le 31 décembre 2001, l'échéance du délai de congé à la fin février 2002, justifie de retenir un salaire total de CHF 48.900,- pour la période d'avril 2001 à février 2002.

8. Statuant *ex aequo et bono*, les premiers juges ont arrêté à CHF 20.118,65 la rémunération des heures supplémentaires effectuées par l'employée.

Selon le contrat signé par les parties, l'horaire de travail de l'intimée a été fixé de 8 heures 30 à 17 heures, soit 40 heures par semaine, comme retenu précédemment sous chiffre 7, après déduction de la demi-heure consacrée à la pause du repas.

Dans l'attestation de l'employeur destinée à l'assurance-chômage, E_____ SA a mentionné 42 heures 30 par semaine, sous la rubrique horaire normal de travail de l'assurée.

Lors de l'audience du 14 novembre 2004 (page 3), A_____ a déclaré que la demanderesse faisait 45 heures par semaine.

De plus, la Cour de céans se réfère aux explications fournies, lors de l'audience du 9 juin 2004 par les témoins G_____ et O_____ ainsi que par la fille de l'intimée, H_____.

De ces dépositions, confirmées par les autres éléments de la cause, il résulte notamment que T_____ commençait son travail entre 8 et 9 heures, qu'elle terminait, les jours de semaine, entre 18 et 21 heures et, les jours de fin de semaine, à une heure plus tardive, même à 24 heures.

Par ailleurs, l'intimée a fourni des explications concrètes au sujet de divers plats, dont elle avait assuré personnellement la préparation et qui avaient nécessité sa présence pendant les heures de repas.

Dans ces circonstances la Cour ne confère pas une portée déterminante aux déclarations de F_____, entendu lors de l'audience du 14 novembre 2002 (pages 6 et 9) et qui a indiqué ignorer si T_____ avait fait des heures supplémentaires et qu'elle n'avait pas travaillé le vendredi soir.

Il est donc établi que l'employée a effectué des heures supplémentaires.

Ces dernières ont été effectuées dans l'intérêt de l'appelante et celle-ci ne pouvait pas ne pas en avoir connaissance; en effet, les activités de l'employée ont été exécutées dans les locaux de E_____ SA et ont impliqué des prestations connues de l'employeur.

L'intimée n'a pas pris l'initiative d'effectuer des heures supplémentaires contrairement à la volonté ou à l'insu de sa partie adverse; cette dernière en avait connaissance. L'employée est donc fondée dans sa prétention (ATF 116 II 69; CAPH du 20.10.1993 C.c/ G.)

En principe, le travailleur est tenu d'établir régulièrement le décompte de ses heures supplémentaires et de les remettre périodiquement à son employeur (WYLER, droit du travail, p.89), ce qui n'a pas été fait in casu.

D'ailleurs, selon l'article 21 al. 1 CCNT, c'est à l'employeur qu'il appartient de tenir un registre des heures de travail. Aux termes du troisième alinéa de cette disposition, si l'employeur n'observe pas ladite obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve.

En l'espèce, les parties n'ont tenu ni registre ni contrôle de la durée du temps de travail de l'intimée.

A ce sujet, il est possible de se référer aux liens d'amitié qui existaient entre les frères A____ et B____ et l'employée et qui ont notamment impliqué des rapports de confiance.

Selon l'article 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective.

L'article 15 ch. 5 al. 3 CCNT prévoit la même rémunération des heures supplémentaires.

S'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 377 = JdT 2000 I 629).

Il convient de se montrer strict dans l'application de cette disposition.

En l'espèce, les éléments concrets de la cause justifient de retenir qu'il est constant que l'intimée a effectué des heures supplémentaires.

Il n'en demeure pas moins que, compte tenu du contexte de la cause, des liens affectifs existant entre les intéressés, les premiers juges ont fait une appréciation conforme au dossier en estimant que certaines heures de présence de T_____ n'avaient pas été indispensables.

Statuant ex aequo et bono, ils ont fixé à CHF 20.118,65 la rémunération de l'employée, réduisant sa prétention de moitié.

Cette solution implique, en référence aux calculs de l'employée, 16 heures 30 supplémentaires pendant la période d'avril à août et le même nombre d'heures de septembre à décembre 2001, soit 33 heures supplémentaires au total.

En référence aux circonstances du cas d'espèce, telles qu'elles ont été examinées précédemment, cette solution est en tout cas conforme et l'appel est rejeté sur ce point.

La Cour de céans relève que, selon l'article 321c al. 2 CO, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée.

En l'espèce, un tel accord n'a pas été conclu. Une compensation en nature ne peut être ordonnée unilatéralement par l'employeur. Le congé immédiat in-

justifié, notifié à l'intimée le 31 décembre 2001, ne saurait donner lieu à l'application de cette disposition (WYLER, op. cit., p. 93 et ss).

9. Sur la base des quittances originales produites par l'employée, le Tribunal a condamné E_____ SA à rembourser CHF 1.611,75 (article 327a al. 1 CO).

Cette solution est conforme aux éléments de la cause et doit être confirmée.

Les premiers juges ont fait une saine application de l'article 8 CC en estimant que la production de ces documents établissait des versements faits par T_____ et que sa partie adverse n'avait pas prouvé avoir remboursé son employée.

10. Les autres dispositions du jugement ne sont pas critiquées en appel.

Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, le montant de CHF 1.000,- alloué à l'employée, en application de l'article 337c al. 3 CO, ne saurait, en tout cas, être réduit voire supprimé.

11. Sur la base des solutions adoptées dans le présent arrêt, les première et deuxième dispositions du jugement entrepris sont réformées en ce sens que les montants dus sont respectivement de CHF 38.200,- brut (et non 43.200,-) et CHF 4.073,35 (et non 4.491,67). Quant à la troisième disposition, si la Cour de céans a augmenté à CHF 4.073,35 le montant fixé à CHF 3.598,65 par le Tribunal, la décision de ce dernier est confirmée, selon les conclusions de l'intimée.

Pour le surplus, le jugement entrepris est confirmé.

Par souci de clarté, la Cour annule le jugement dans son intégralité et le réforme selon les solutions rappelées ci-dessus.

En tant que partie qui succombe, l'appelante garde à sa charge l'émolument d'appel (article 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ contre le jugement du 11 août 2003.

Au fond :

Annule ce jugement.

Cela fait, statuant à nouveau,

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de CHF 38.200,- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2001.
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de CHF 4.073,35 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2002.
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de CHF 3.598,65 avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002.
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de CHF 20.118,65 avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002.
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme nette de CHF 1.611,75 avec intérêts à 5% dès le 15 mai 2001.
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme nette de CHF 1.000,- avec intérêts à 5% dès le 2 janvier 2002.
- Condamne E_____ SA à remettre à T_____ un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- Condamne E_____ SA à conserver à sa charge l'émolument d'appel de CHF 800,-.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président