



E_____ SA

Dom. élu : Me Stéphane ZEN-RUFFINEN
Boulevard Saint-Georges 72
1205 GENEVE

Madame T_____

Dom. élu : Me Anne SONNEX
Avenue Krieg 44
Case postale 45
1211 GENEVE 17

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 6 juin 2002

M. Axel TUCHSCHMID, président

MM. Jean-François HUGUET et Alain SARACCHI, juges employeurs

Mme Paola ANDREETA et M. Yves CORBAT, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

EN FAIT

A. T_____ est comptable de profession.

Elle a travaillé pour B_____ SA jusqu'à la fin juillet 1997 ; cette société a payé à T_____ son salaire d'août 1997, lequel a été le mois de vacances de l'intéressée dans le cadre de son contrat avec B_____ SA.

B. Par acte du 29 mai 1997, E_____ SA, société fiduciaire, a engagé T_____ dès le 1^{er} septembre 1997, moyennant un salaire mensuel brut de fr. 5.000.--, plus fr. 500.-- de frais confidentiels ; un treizième salaire a été convenu; les vacances de l'employée ont été fixées à quatre semaines et l'horaire de travail à 41 heures et demie par semaine.

Selon T_____, une douzaine de clients, sauf erreur, de B_____ SA l'ont suivie lorsqu'elle a été engagée par E_____ SA et d'autres l'ont rejointe, en décembre 1997, lorsqu'une autre collaboratrice a quitté B_____ SA.

En janvier 1999, le salaire mensuel de T_____ a passé à fr. 5'750.--, plus fr. 350.-- de frais et à la fin de cet exercice, elle a perçu un quatorzième salaire.

Le 1^{er} janvier 2000, le salaire de T_____ a été augmenté à fr. 6'000.--, plus fr. 350.-- de frais de représentation ; par ailleurs, elle disposait d'une voiture d'E_____ SA.

C. T_____ affirme avoir commencé à travailler, en août 1997, à E_____ SA.

Selon cette dernière, c'est à la demande expresse de T_____ qu'elle a accepté que celle-ci emménage dans les locaux, déjà au courant du mois d'août 1997 et il a été convenu que cette période ne serait pas rémunérée mais effectuée à

bien plaire ; l'intéressée voulait s'installer afin de pouvoir commencer son activité de manière efficace dès le 1^{er} jour de son engagement, soit le 1^{er} septembre 1997.

L'agenda de T_____ fait état d'activités de celle-ci pour E_____ SA, pendant le mois d'août 1997, si ce n'est que le feuillet du jeudi 7 août 1997 comporte la mention « B_____ ».

D. T_____ a très souvent travaillé le soir et les week-ends à E_____ SA.

A_____ a exercé une activité d'aide-comptable pour cette fiduciaire de septembre à la mi-décembre 1997 ; il lui est arrivé de travailler le soir, parfois même très tard. Le travail devait être fait ; A_____ n'a jamais repris ses heures supplémentaires, lesquelles ne lui ont pas été payées. A_____ a constaté que T_____ travaillait énormément ; cette dernière était déjà à la fiduciaire quand A_____ arrivait ; T_____ faisait le ménage dans les bureaux, le week-end ; elle vidait les corbeilles, changeait les rouleaux des WC, nettoyait les toilettes ; elle faisait tout, selon A_____ ; il a semblé à celle-ci que c'était T_____ qui faisait tourner la fiduciaire.

C_____, qui a fait sa première année d'apprentissage à E_____ SA, en 1998 ou 1999, a également constaté que T_____ faisait le ménage en plus de son activité et qu'elle faisait des heures supplémentaires.

D_____ a travaillé pour E_____ SA de février 1996 à mai-juin 1997, puis du début février 1998 jusqu'à la fin mars 1998 ; il n'a jamais fait d'heures supplémentaires. D_____ a remarqué que T_____ était présente à la fiduciaire le soir ; les week-ends, il a également vu la voiture de sa collègue près des locaux d'E_____ SA.

F_____ a exercé une activité de comptable junior pour E_____ SA du 12-14 juin 1998 jusqu'à la fin du mois d'août suivant ; il a semblé à F_____ qu'il y avait deux fiduciaires, T_____ s'occupant des clients qu'elle avait amenés ; il a paru à F_____ que T_____ travaillait énormément ; il a été surpris par la quantité de dossiers qu'elle parvenait à traiter.

Selon F_____, T_____ faisait énormément d'heures supplémentaires; elle était au bureau quand il arrivait le matin à 8 heures et elle y était encore quand il partait ; il arrivait à F_____ de passer, le week-end, devant la fiduciaire et il voyait presque toujours T_____ à travers la fenêtre.

G_____ a été employée d'E_____ SA de 1979 à 1985 ; travaillant comme indépendante depuis 1995 ou 1996, elle est locataire d'E_____ SA, dont elle est réviseur aux comptes. Selon G_____, T_____ organisait son horaire d'une manière libre. G_____ a constaté que T_____ n'utilisait pas pleinement ses heures de travail en ce sens qu'elle faisait beaucoup de téléphones, qu'elle avait beaucoup de visites et qu'elle parlait de ses problèmes personnels et familiaux ; ses enfants étaient à la fiduciaire tous les deux ou trois jours ; T_____ attendait son fils au bureau pour rentrer chez elle le soir. Il est arrivé à G_____ de travailler le soir ou le week-end, elle voyait alors T_____ travailler; celle-ci était parfois avec ses enfants, voire avec son mari.

Après avoir été employé d'E_____ SA de 1989 à fin 1995, H_____ a travaillé pour cette fiduciaire une dizaine de jours au début de 1998, sauf erreur. T_____ parlait beaucoup de sujets privés, par exemple, mais H_____ n'irait pas jusqu'à dire qu'elle perdait son temps.

I_____, coiffeuse, connaît, depuis longtemps, J_____, administrateur d'E_____ SA. Alors que T_____ était employée d'E_____ SA, I_____ a cherché, à plusieurs occasions, à joindre T_____ à son domicile, il lui a été répondu qu'elle pouvait joindre l'intéressée au bureau ; quand elle l'a contactée à la fiduciaire, I_____ demandait à T_____ ce qu'elle faisait au travail ; son interlocutrice lui répondait qu'elle s'ennuyait à la maison, qu'elle préférait être au bureau plutôt que chez elle. Lorsque I_____ demandait à T_____ pourquoi elle travaillait au lieu de s'occuper de ses enfants, l'intéressée lui répondait fréquemment qu'elle était mieux au bureau qu'à la maison. T_____ a dit à I_____ qu'elle aimait J_____, lequel a déclaré à I_____ que son employée le harcelait. J_____ était l'ami de I_____ ; cette dernière lui a lu des lettres dans lesquelles T_____ lui expliquait qu'elle aimait son employeur et qu'elle ne

pouvait plus vivre sans lui ; I_____ a dit à T_____ qu'il s'agissait d'un amour impossible.

- E. En ce qui concerne les vacances, la fiduciaire était fermée une semaine en août et deux semaines à la fin de l'année.

Selon T_____, en trois ans et deux mois de collaboration pour E_____ SA, elle a pris sept jours de vacances soit les 19 août, 13 et 23 septembre 1997, 7, 10 et 11 août 1998 et le 2 décembre 1999.

Pendant ses rapports de service avec E_____ SA (un an en 1998 ou 1999), C_____ n'a pas constaté que T_____ aurait pris des vacances. G_____ ignore pourquoi T_____ ne prenait pas de vacances.

- F. Selon J_____, il a systématiquement insisté pour que T_____, à l'instar des autres collaborateurs, n'effectue pas d'heures supplémentaires et qu'elle prenne des vacances ; il a affirmé être intervenu dans ce sens à plusieurs reprises et avoir même menacé T_____ d'installer un verrou supplémentaire sur la porte de l'entreprise, si elle ne devait pas respecter cette injonction ; l'intéressée a réagi en disant qu'elle préférerait s'organiser à sa guise.

Selon A_____, employée d'E_____ SA de septembre à décembre 1997, J_____ n'a jamais dit à T_____ de ne pas faire d'heures supplémentaires, se doutant probablement que le travail n'avancerait pas dans ce cas ; J_____ a parfois suggéré à T_____ de prendre le temps d'aller manger.

G_____ a donc été employée, puis locataire d'E_____ SA, respectivement de 1979 à 1985 et depuis 1992. G_____ a relaté que J_____ s'est plaint de ce que T_____ passait trop d'heures à la fiduciaire, il ne voulait pas qu'elle travaille le soir et les week-ends et il le lui a dit ; J_____ était dérangé, pour des raisons de confidentialité, par la présence des enfants de sa collaboratrice les week-ends et les soirées,; les enfants étaient

présents tous les deux ou trois jours ; ils étaient parfois installés devant les ordinateurs d'E_____ SA. J_____ a parlé à G_____ de son intention de mettre un verrou à la porte d'entrée pour empêcher T_____ de venir pendant les vacances alors que la fiduciaire était fermée.

H_____ a été employé d'E_____ SA de 1989 à la fin 1995 ; selon lui, chaque collaborateur pouvait, si nécessaire, faire des heures supplémentaires; il n'y avait pas d'instructions particulières à ce sujet mais H_____ n'a pas le souvenir d'avoir vu des collègues travailler en dehors des heures. H_____ a travaillé à nouveau pour E_____ SA une dizaine de jours au début de 1998, sauf erreur ; J_____ lui a dit que T_____ faisait des heures supplémentaires et qu'il n'y tenait pas du tout. H_____ n'a jamais entendu J_____ demander à ses employés de faire des heures supplémentaires ; à part T_____, H_____ n'a pas constaté que d'autres employés faisaient des heures supplémentaires.

K_____ a travaillé, à temps partiel, pour E_____ SA de septembre 1999 à septembre 2000 ; J_____ lui a fait la remarque au sujet des heures supplémentaires ; il ne voulait pas que les employés restent jusqu'à 22 heures 30 ou 23 heures. K_____ n'a pas le souvenir de ce qui a été dit au sujet des vacances de T_____, mais le problème des vacances a été évoqué à plusieurs reprises. K_____ a relaté que J_____ avait fait installer un verrou dans son bureau pour éviter que T_____ s'y rendît. K_____ n'a pas de souvenir au sujet du verrou de la porte mais il lui semble que cela a été évoqué.

L_____ s'est occupé de la conciergerie de l'immeuble où E_____ SA avait ses locaux. En 1997 ou 1998, J_____ a dit au concierge qu'il avait déclaré à T_____ qu'il voulait mettre une nouvelle serrure afin de s'assurer qu'elle ne viendrait pas dans les locaux durant la fermeture de la fiduciaire pour vacances. J_____ voulait que sa collaboratrice prenne des vacances.

G. T_____ admet avoir pris des vacances aux dates suivantes : 19 août, 13 et 23 septembre 1997, 7, 10 et 11 août 1998 et 2 décembre 1999. Elle a évoqué des

heures supplémentaires dites productives de 646,75, 721,30 et 78,35, respectivement pour 1998, 1999 et 2000 et des heures dites non productives de 1224,50 et 250 de 1998 à 2000.

- H. Quand T_____ a été engagée par E_____ SA, quatre personnes, J_____ compris, travaillaient à plein temps pour cette fiduciaire. Selon J_____, par la suite, plus personne n'a voulu rester, des collaborateurs ont commencé à très mal travailler, à cause de T_____ ; selon les périodes la fiduciaire a comporté deux à quatre collaborateurs.

Certains de ces derniers ont fait état d'une mauvaise ambiance . Des employés ont mis en cause en particulier l'attitude désagréable, voire insultante de J_____ (F_____, A_____ et C_____), alors que K_____ a fait état du caractère lunatique de T_____ ; J_____ a parlé à K_____ de ses problèmes relationnels avec T_____ ; quant à cette dernière, elle lui a déclaré que J_____ était peu compétent et malade et qu'elle s'occupait de la bonne marche de l'entreprise.

- I. Par lettre recommandée du 28 février 2000 et adressée à E_____ SA, T_____ a résilié son contrat de travail avec effet au 30 avril suivant ; elle a notamment expliqué que sa décision était liée à un « chantage au contrat » évoqué lors d'un entretien, deux jours auparavant, ainsi qu'à la menace constante d'un licenciement et surtout à une conversation de J_____ avec deux autres personnes, enregistrées sur le téléphone portable de T_____ et que celle-ci a qualifié d'écoeuvante.

Dans sa missive, T_____ a demandé à J_____ d'établir son décompte final d'heures supplémentaires, productives et non productives, de vacances et de jours fériés qui lui étaient dus.

Après réception de la susdite lettre, E_____ SA a libéré T_____ de son obligation de travailler et l'a invitée à solder ses vacances pendant le délai de congé. L'intéressée a quitté la fiduciaire le 1^{er} mars 2000. Des explications de J_____, il résulte que quelques minutes après le départ de T_____, il a

constaté que celle-ci avait emporté un nombre considérable de pièces comptables et de dossiers de la fiduciaire ; selon J_____, il paraissait évident qu'elle avait dû « s'y prendre bien avant sa lettre de démission » ; l'intéressée est « partie avec les dossiers des clients appartenant à la fiduciaire ».

Par lettre de son avocat du 1^{er} mars 2000, E_____ SA a, d'une part, contesté le contenu de la missive du 28 février précédent et a, d'autre part, sommé T_____ de restituer l'ensemble des dossiers et documents emportés ; à cet effet, un délai au jeudi 2 mars 2000 à 16 heures a été imparti à l'intéressée.

Par actes du 28 février 2000, huit clients d'E_____ SA ont attesté avoir expressément demandé la remise de leurs documents, dossiers et comptes à T_____ et que tous leurs dossiers leur ont été intégralement remis. T_____ a faxé les susdites attestations à E_____ SA dans la matinée du 3 mars 2000.

Par pli recommandé-express du même jour, E_____ SA a résilié, avec effet immédiat, le contrat de T_____ ; l'employeur a invoqué le fait qu'il n'avait pas été donné suite à la lettre de son conseil du 1^{er} mars 2000 et que, par ailleurs, T_____ avait motivé certains clients à résilier leurs mandats.

Le 10 mars 2000, l'avocat d'E_____ SA a écrit à T_____ pour la sommer de restituer sans délai l'ensemble des documents, dossiers et objets emportés indûment, la fiduciaire ayant constaté que d'autres dossiers avaient été pris.

T_____ a encore fait parvenir à E_____ SA 22 actes de clients lesquels ont notamment confirmé soit qu'à la suite du départ de T_____ de la fiduciaire, ils avaient décidé de retirer leurs dossiers de ladite fiduciaire, soit qu'ils avaient demandé la remise de tous leurs documents et dossiers à T_____.

J. M_____, restauratrice, a été membre de la société des cafetiers ; quand T_____ a quitté B_____ afin d'aller travailler pour E_____ SA, M_____ l'a suivie ; M_____ n'a jamais vu J_____ ; T_____ a souvent apporté, vers 22 ou 23 heures, des dossiers à la brasserie exploitée par

M_____. Un jour, cette dernière a été informée par T_____ que celle-ci allait quitter E_____ SA ; M_____ a alors décidé de retourner à la société des cafetiers ; par la suite, alors qu'elle n'était plus employée d'E_____ SA, T_____ a informé M_____ qu'elle était installée à son compte ; M_____ a décidé de devenir sa cliente.

T_____ s'est personnellement occupée des affaires de N_____, cuisinier, qui la connaît depuis septembre 1999. Quand T_____ lui a dit qu'elle quittait E_____ SA, N_____ a décidé de rester client de T_____, il l'a donc suivie; selon N_____, ce fut sa seule décision et la comptable ne l'a pas encouragé dans ce sens.

O_____, qui exploitait une brasserie, est devenue cliente d'E_____ SA en 1999. T_____ s'est toujours occupée des affaires de O_____, laquelle n'a fait que voir J_____. A la fin 1999, T_____ a dit à O_____ qu'elle pensait quitter E_____ SA ; la comptable n'a rien dit de plus. Par la suite, quand elle a appris que T_____ avait quitté E_____ SA, O_____ a décidé de ne pas rester cliente d'E_____ SA car cette fiduciaire était trop chère ; elle a cherché à savoir où était T_____ et elle est devenue sa cliente.

Une autre restauratrice, P_____ a été cliente d'E_____ SA depuis 1992 environ ; à partir d'une certaine période, ses affaires ont été traitées personnellement par T_____. Il lui est arrivé de la voir ou de la contacter par téléphone à la fiduciaire vers 23 heures ou minuit. Alors qu'elle avait déjà quitté E_____ SA, T_____ a téléphoné à P_____ à laquelle elle a notamment dit qu'elle était totalement libre de choisir son comptable ; J_____ a également téléphoné à cette cliente et lui a notamment demandé si elle restait à E_____ SA. Selon P_____, sans T_____ à E_____ SA, elle ne serait pas restée cliente de cette fiduciaire, qu'elle a quittée pour suivre T_____ ; P_____ s'est dit très contente de T_____ ; elle l'a suivie pour cette raison.

Q_____ a été client d'E_____ SA depuis 1997-1998, sauf erreur. Au début, ses affaires ont été traitées par J_____, puis après un an environ, par

T_____ que Q_____ a rencontrée, parfois le dimanche, à la fiduciaire. Quand T_____ lui a dit qu'elle allait quitter E_____ SA, Q_____ a voulu continuer à confier ses affaires à T_____ ce qu'il a déclaré avoir fait de sa propre initiative, l'intéressée ne l'ayant pas incité à le faire. Q_____ a relaté qu'après le départ de T_____ d'E_____ SA, il a cherché à savoir ce qu'elle était devenue, que c'était ainsi qu'il l'avait retrouvée et était devenu son client personnel.

L'entreprise R_____ a été cliente d'E_____ SA depuis 1998-1999, sauf erreur. A la fin, T_____ s'est occupée personnellement de ce dossier, à la satisfaction de la cliente. Alors que T_____ travaillait encore à E_____ SA, l'épouse R_____ a décidé de quitter cette fiduciaire, en raison de problèmes de retard – imputables selon T_____, à J_____ – de parking et d'une facture qui n'aurait pas été justifiée. Etant satisfaite des prestations de T_____, Madame R_____ a donc suivi cette comptable quand celle-ci a quitté E_____ SA ; selon l'épouse R_____, T_____ ne l'a pas du tout incitée à la suivre.

T_____ a informé un autre client d'E_____ SA, S_____, qu'elle allait devenir indépendante. A l'époque, S_____ avait envie de quitter E_____ SA, mais il hésitait ; en définitive, pour des raisons financières, il a considéré qu'il pouvait profiter du nouveau statut de T_____ et il est devenu son client ; selon S_____, ce fut sa seule décision et T_____ ne l'a en aucun cas engagé à le suivre.

T_____ a été client d'E_____ SA depuis 1996 ; au début, J_____ s'est occupé de ses affaires puis ce fut T_____, dont T_____ s'est dit satisfait des prestations. Un jour, T_____ a informé T_____ qu'elle allait quitter E_____ SA, elle ne l'a pas encouragé à la suivre. Par la suite, il est devenu client de T_____ ; sans celle-ci, il ne voulait pas rester à E_____ SA : T_____ a fait état de retard au début de ses relations avec E_____ SA.

U_____ est client d'E_____ SA depuis plus de 20 ans ; il rencontre J_____ une fois par année. En 2000, U_____ a été reçu par

T_____ dans les locaux d'E_____ SA. A la fin septembre 2000, U_____ a reçu sa déclaration fiscale, laquelle avait été envoyée de l'adresse professionnelle de T_____ et avait été signée par celle-ci. U_____ n'avait jamais demandé que son dossier fût traité par T_____. Cette dernière lui a dit qu'il devait déclarer avoir décidé de lui confier le dossier si quelqu'un le lui demandait. A la fin 2000, T_____ a envoyé ses vœux à U_____. Ce dernier n'a jamais reçu de facture de T_____ ; il a payé fr. 130.-- à E_____ SA. Pour ses déclarations 2001, U_____ a repris contact avec J_____.

- K. Le 3 mars 2000, E_____ SA a déposé une plainte pénale à l'encontre de T_____ pour appropriation illégitime, vol, soustraction et détérioration de données et violation de la LCD. La fiduciaire a invoqué en substance les faits repris précédemment sous lettre I.

Après une enquête de police, le Procureur Général a, en date du 4 avril 2000, rendu une ordonnance de classement pour défaut de prévention pénale et vu le caractère civil prépondérant du litige.

E_____ SA a recouru à la Chambre d'accusation contre la décision du Ministère public.

Par ordonnance du 31 mai 2000, le recours a été rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée. En résumé, la Chambre d'accusation a confirmé que la prévention était insuffisante et que le litige revêtait un caractère essentiellement civil; l'autorité de recours a encore relevé que le classement en l'état de la procédure pénale n'empêchait pas un examen ultérieur de la situation pour le cas où les enquêtes menées devant le Juge civil révéleraient des faits nouveaux susceptibles de renforcer la prévention pénale.

- L. Par demande déposée le 2 juillet 2000, T_____ a assigné E_____ SA devant la juridiction des prud'hommes en paiement de fr. 117'806,45 avec intérêts moratoires à 5% dès la date de la demande et de fr. 2'000.-- à titre de frais de

recouvrement et d'avocat. Le montant de fr. 117'806,45 a été réclamé comme salaire d'août 1997 (fr. 5'000.--), de vacances de 1997 à 2000 (fr. 15'459.--), d'heure supplémentaires 1997-2000 (fr. 96'347,85) et de treizième salaire 2000 (fr. 999,60). D'un décompte établi le 26 avril 2000 par le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (ci-après : le SIT) et joint à la demande, il résulte notamment que T_____ invoquait 646,75, 731,30 et 78,35 heures productives, respectivement pour 1998, 1999 et 2000, ainsi que 1'224,50 (à fr. 30.-- de l'heure) et 250 (à fr. 20.--) d'heures supplémentaires non productives. Du relevé du SIT, il ressort que les heures productives ont été établies selon l'agenda de T_____, produit dans la procédure et que les heures non productives l'ont été selon un décompte de T_____.

L'audience de conciliation a été fixée au 14 août 2000; invoquant l'absence de son conseil, la défenderesse a sollicité le renvoi de cette audience, laquelle a été maintenue.

Dans son écriture déposée le 15 septembre 2000, E_____ SA a conclu au déboutement de sa partie adverse et a formulé une demande reconventionnelle en condamnation de T_____ de fr. 150'000.-- avec suite de dépens ; cette somme a été réclamée en raison des dossiers emportés par la demanderesse à l'époque de son départ de la fiduciaire, ainsi que de la révocation de mandats de clients «orchestrée» par T_____.

Cette dernière, dans son écriture déposée le 23 novembre 2000, s'est opposée à la demande reconventionnelle.

Le Tribunal a procédé à l'audition des parties et de témoins. Lors de l'audience du 30 janvier 2001, E_____ SA a notamment confirmé conclure reconventionnellement au paiement d'une indemnité de fr. 145'000.--, correspondant à un manque à gagner de fr. 100'000.-- relatif aux dossiers emportés par T_____ et fr. 45'000.-- concernant les clients auxquels la fiduciaire n'avait rien pu réclamer, car J_____ n'avait plus de dossier.

Au terme de la dernière audience d'enquêtes du 17 avril 2001, le Tribunal a ordonné un échange d'écritures, impartissant à cet effet aux parties des délais aux

25 mai et 25 juin 2001. L'écriture de T_____, datée du 29 mai 2001, a été reçue le 30 du même mois.

Par jugement notifié par plis du 2 août 2001, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ SA, société fiduciaire, à payer à T_____ la somme brute de fr. 115'708,60 avec intérêts à 5% l'an dès le 27 juillet 2000, a débouté les parties de toute autre conclusion et a invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Dans leur motivation, les premiers juges ont tout d'abord écarté, car tardives, l'écriture de réponse et celle après enquêtes de la demanderesse déposées/reçues respectivement les 15 septembre 2000 et 30 mai 2001. Le Tribunal a indiqué prendre toutefois en compte les conclusions reconventionnelles répétées lors de l'audience du 30 janvier 2001. Retenant que T_____ avait commencé à travailler au mois d'août 1997, le Tribunal a admis la prétention de la demanderesse en fr. 5'000.-- à titre de salaire de ce mois. En ce qui concerne l'indemnité pour vacances de fr. 15'459.--, au sujet d'une prétendue interdiction faite à la demanderesse de travailler pendant les vacances, le Tribunal a considéré que si J_____ avait fait installer un verrou sur la porte de son bureau, rien ne l'avait empêché de demander la pose d'un autre verrou sur la porte d'entrée de la fiduciaire, ce qu'il n'avait pas fait ; sur la base des éléments de la cause, les premiers juges ont retenu que l'employée avait bénéficié de deux, quatre et un jours de vacances, respectivement en 1997, 1998 et 1999 ; en référence aux montants des salaires mensuels et du treizième salaire, les indemnités pour vacances non prises ont été arrêtées, pour 1997, 1998, 1999 et 2000, respectivement à fr. 2'030,45, fr. 4'331,60, fr. 5'915,35 et fr. 1'083,35, soit fr. 13'360,75 au total. Pour les heures supplémentaires, selon le Tribunal, elles avaient été effectuées au su de l'employeur, ce dernier n'avait pas manifesté un refus vigoureux et appuyé à ces heures supplémentaires effectuées par la demanderesse et une proposition de transaction démontrait que J_____ se savait débiteur de la demanderesse. Les premiers juges ont écarté l'argument de la défenderesse selon lequel les décomptes auraient été établis unilatéralement par l'employée ; en effet, d'après le Tribunal, ces heures étaient déterminables puisqu'elles avaient été facturées aux clients ; l'agenda de T_____ permettait de connaître le nombre exact des heures supplémentaires ; les premiers

juges ont ainsi alloué fr. 96'347,85 à la demanderesse pour les heures supplémentaires. Sur la base d'un salaire mensuel de fr. 6'000.--, le treizième salaire de T_____ pour janvier et février 2000 a été fixé à fr. 1'000.--. Pour le motif que la demanderesse n'avait pas justifié son dommage, le Tribunal a écarté sa prétention en fr. 2'000.-- à titre de frais de recouvrement et d'avocat. Quant à la demande reconventionnelle, les premiers juges ont d'abord écarté les conclusions en paiement de fr. 150'000.--prises après enquêtes, car elles avaient été formulées après la clôture des débats ; au sujet des fr. 145'000.-- réclamés valablement à titre dommage-intérêts, le Tribunal a constaté qu'il n'avait pas été démontré en quoi T_____ aurait violé son devoir de fidélité et que celle-ci aurait emporté des pièces comptables alors qu'il résultait du dossier que la fiduciaire était informatisée ; pour ce qui est d'un manque à gagner consécutif au départ de clients, selon les premiers juges, rien n'empêchait E_____ SA d'écrire à ses « anciens » clients afin de leur exposer qu'elle se proposait toujours d'effectuer leur comptabilité et si lesdits clients avaient été satisfaits des services d'E_____ SA, nul doute qu'ils reviendraient s'ils y étaient invités ; une telle démarche s'imposait afin de réduire le préjudice; le dommage invoqué par la demanderesse reconventionnelle n'a donc pas été admis. Les conclusions de la défenderesse relatives à des dépens ont été déclarées irrecevables car formulées après la clôture des débats et de toute manière infondées vu la gratuité de la procédure.

- M. Par acte déposé le 3 septembre 2001, E_____ SA a appelé du jugement, concluant, sur demande principale, au déboutement de sa partie adverse et, sur demande reconventionnelle, à la condamnation de T_____ à lui verser fr. 150'000.--, avec suite de dépens ; l'appelante a formulé une offre de preuve et elle a déposé une liste de témoins.

Dans sa réponse déposée le 3 janvier 2002, T_____ a conclu, à la forme, à l'irrecevabilité de recours et, au fond, si par impossible la Cour devait déclarer le recours recevable, au rejet dudit recours, à la confirmation du jugement du 10 juillet 2001 et au déboutement d'E_____ SA de toutes autres, contraires ou plus amples conclusions.

L'audition des parties a eu lieu le 21 février 2002.

Par arrêt du 28 février 2002, la Cour d'appel, à la forme, a déclaré recevable l'appel interjeté par E_____ SA, cela fait, a ordonné l'ouverture des enquêtes sollicitées par E_____ SA, ainsi que la convocation des témoins figurant sur la liste déposée par l'appelante le 3 septembre 2001 ; l'appelante a été acheminée à prouver les faits offerts en preuve dans son écriture déposée le 3 septembre 2001 et la preuve contraire a été réservée.

L'audience d'enquêtes s'est tenue le 26 mars 2002 ; les parties ont renoncé à l'audition de témoins qui ne s'étaient pas présentés à cette audience. Lors de cette dernière, en plus de G_____, déjà entendue en première instance, et de H_____, lequel avait été employé d'E_____ SA, la Cour d'appel a procédé à l'audition de huit anciens clients d'E_____ SA.

Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Dans les considérants du jugement, le Tribunal a indiqué que, tardives, la réponse d'E_____ SA déposée le 15 septembre 2000 et l'écriture de T_____ datée du 29 mai 2001 étaient écartées.

Le dispositif du jugement ne comporte rien à ce sujet.

Il ne peut être appelé que du dispositif et non des considérants (SJ 1981 p. 88 ; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, ad art. 291 note 13).

En conséquence, faute d'avoir été valablement déclarées irrecevables, les susdites écritures ne sont pas écartées de la procédure.

2. Le contrat de travail signé par les parties a fixé l'engagement de T_____ au 1^{er} septembre 1997.

Des indications de l'appelante, il résulte qu'août 1997 a été un mois de vacances dans le cadre de son contrat pour B_____ SA et que cette société lui a payé son salaire de ce mois.

Il est établi que T_____ a commencé à travailler pour l'appelante dès le lundi 4 août 1997 ; à cet effet, la Cour d'appel se réfère à l'agenda de l'intimée, qui reprend les activités exercées par celle-ci pour E_____ SA depuis août 1997. D'après cet agenda, seul un jour (le jeudi 7) a été consacré à B_____ SA. Il se justifie d'autant plus de conférer une portée déterminante à cet agenda que ce dernier comporte l'indication que le 19 août 1997 a été un jour de vacances ; en effet, pour les périodes ultérieures, ledit agenda mentionne non seulement les activités de l'employée mais également ses jours de vacances.

Selon l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

Le travailleur peut se prévaloir de cette disposition légale qui s'applique même si la preuve de la conclusion d'un contrat de travail n'a pas été rapportée (...) lorsque l'équité exige que des prestations de travail soient rémunérées (SJ 1986 p. 290).

Les éléments de la cause, rappelés ci-dessus, justifient pour le moins l'application de ces principes.

Il importe peu que T_____ n'a réclamé le salaire d'août 1997 qu'après la résiliation de son contrat. Il faut et il suffit, pour que ledit salaire soit dû, qu'il s'agisse d'un travail qui, selon les circonstances objectives, devait normalement être rétribué (ATF 95 II 126 = JdT 1970 I 234 ; ATF 110 II 273 = JdT 1985 I 27).

Les faits du dossier ne justifient donc pas de retenir, comme le soutient l'appelante, qu'à la demande de l'employée, le mois d'août 1997 n'a pas été une période d'activité mais d'installation et de préparation pour son activité future.

En conséquence, la Cour confirme le jugement entrepris en tant qu'il a alloué à la demanderesse son salaire de fr. 5'000.-- pour le mois d'août 1997.

3. Le Tribunal a admis, à concurrence de fr. 13'660,75, le bien-fondé de la réclamation de T_____ relative aux vacances non prises.

L'employeur est tenu de veiller à ce que les travailleurs prennent leurs vacances (Le droit du travail dans les entreprises, éd. Weka, tome 3 5/2, page 3).

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

L'interdiction de remplacer les vacances par d'autres prestations relèvent des dispositions absolument impératives du droit du contrat de travail, la clause relative au salaire afférent aux vacances des dispositions relativement impératives (art. 361 et 362 CO ; ATF 116 II 515 = JdT 1991 I 313 ; Brünner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, p. 124).

La conversion des vacances en espèces n'est licite que si l'employeur n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations en nature (ATF 106 II 152 = JdT 1980 I 602 ; CAPH du 26.5.1998 C/25125/97-9, p. 7).

Il appartient à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, p. 80 No 133).

E_____ SA a fait valoir qu'elle a exigé de sa partie adverse qu'elle prenne des vacances, que si l'intéressée ne l'a pas fait, il s'est agi d'un choix relevant de sa convenance personnelle et qu'elle a ainsi violé ses obligations contractuelles (art. 321d not. al. 2 CO).

De témoignages, il résulte que J_____ a manifesté l'intention que l'intimée prenne des vacances ; il a même été question de la pose d'une serrure à la porte de la fiduciaire.

Il n'en demeure pas moins que l'administrateur de l'appelante savait que T_____ travaillait pendant les vacances ; s'il entendait que l'intéressée prît effectivement des vacances, il aurait appartenu à l'employeur de recourir à des mesures plus drastiques et efficaces pour assurer le respect de ses instructions ; en plus de la serrure, qui n'a pas été posée, il aurait pu appartenir à J_____ d'écrire et de mettre formellement en demeure l'employée de respecter ses instructions, ce qui n'a pas été fait.

Les prétentions de T_____ relatives aux vacances non prises sont donc fondées.

Le droit aux vacances est proportionnel à la durée des rapports de travail (art. 329a al. 3 CO, Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 116).

Selon le contrat de l'intimée, les vacances de celle-ci ont été fixées à quatre semaines, soit, compte tenu de la semaine de cinq jours, à vingt jours de vacances par an (Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 116).

En 1997, T_____ a donc travaillé cinq mois (à compter du mois d'août) ce qui a impliqué 8,33 jours de vacances (20 : 12 x 5).

L'intimée admet avoir pris comme jours de vacances les 19 août, 13 et 23 septembre 1997.

Le 13 septembre 1997 était un samedi ; par contre, la consultation de l'agenda de T_____ détermine que le feuillet de la veille, soit le vendredi 12, ne comporte aucune indication d'activités alors que c'est le cas des jours travaillés.

La consultation de l'agenda permet encore de constater que les feuillets du 11 septembre, du mercredi 24 au mercredi 31 décembre 1997 ne comportent aucune indication.

En référence aux feuillets des 11 et 12 septembre 1997 et à ce qui a été retenu précédemment, la Cour d'appel considère que les feuillets ne comportant aucune mention d'activités correspondent à des jours de vacances s'il ne s'agit pas de jours fériés.

En conséquence, pour la période du 24 au 31 décembre 1997, l'employée a pris quatre jours de vacances, à savoir les mercredi 24, vendredi 26, lundi 29 et mardi 30 décembre 1997.

Il est encore constaté que le feuillet du 29 septembre 1997 comporte l'indication « vacances journée ».

De ce qui précède, il résulte qu'en 1997, T_____ a pris neuf jours de vacances, soit davantage que les 8,33 jours auxquels elle avait droit.

En 1998, conformément à ce que l'intimée admet et aux indications figurant dans l'agenda, les vendredi 7, lundi 10 et mardi 11 août ont été des jours de vacances. Tel a été également le cas des vendredi 2 juillet, lundi 5, mardi 6 janvier et mercredi 7 janvier (pas de feuillet dans l'agenda produit par T_____).

Le vendredi 11 décembre (mariage de V_____, le fils de l'intimée) a été un jour de congé usuel et non de vacances (art. 329 al. 3 CO ; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 112).

En conséquence, en 1998, l'employée a pris sept jours de vacances auxquels la Cour ajoute le solde de l'année précédente, soit 0,67 jour (art. 329c al. 1 et 329d al. 2 CO).

En 1998, le salaire mensuel de l'intimée a été de fr. 5'000.--. Le treizième salaire présente toutes les caractéristiques d'un salaire et doit être traité comme tel, il est donc à prendre en considération pour les vacances (ATF 109 II 448 = JdT 1984 I 222 ; Tercier, contrats spéciaux, No 2663).

Pour les vacances non prises en 1998, la prétention de l'intimée est fondée à concurrence de 8,33% de fr. 65'000.-- (13 x fr. 5'000.--) = fr. 5'414,50 x 12,33/20° = fr. 3'338,05.

En 1999, les 26 mars et 5 décembre ont été des jours de vacances usuels, le premier en raison du mariage d'un fils de l'employée et le second pour le motif de son déménagement (Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 112).

Le jeudi 2 décembre (mention de vacances), les mercredi 2, jeudi 23 et 24 juin (pas d'indication d'activités), les lundi 27, mardi 28, mercredi 29 et jeudi 30 décembre 1999 (pas de feuillet dans l'agenda produit par T_____), sont considérés par la Cour d'appel comme des jours de vacances.

Ces derniers se sont donc élevés à huit en 1999.

Compte tenu d'un salaire mensuel de fr. 5'750.--, une somme de fr. 3'736.-- est allouée à l'intimée, soit fr. 74'750.--(13 x fr. 5'750.--) x 8,33% = fr. 6'226,65 x 12/20°.

Pour 2000, la prétention de l'intimée concerne les mois de janvier et février. Pour ces deux mois, son droit aux vacances a été de 3,33 jours (20 jours : 12 x 2). La consultation de l'agenda justifie de considérer que l'employée n'a pas pris de jours de vacances pendant ces deux mois.

En référence à un salaire mensuel de fr. 6'000.-- (soit fr. 6'500.-- avec le treizième salaire), le salaire journalier a été de fr. 298,85 (fr. 6'500.-- : 21,75) ce qui implique un montant dû de fr. 995,15 (fr. 298,85 x 3,33).

Sur la base de ce qui a été développé et retenu ci-dessus, pour les vacances non prises, une somme totale de fr. 8'069,20 est allouée à T_____.

4. Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne prévoit le contrat ou l'usage, un contrat type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut

s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (art. 321c al. 1 CO).

Selon le 2^e alinéa de cette disposition légale, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordée au cours d'une période appropriée.

L'employeur est tenu de rétribuer des 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 (art. 321c al. 3 CO).

Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

La rétribution des heures supplémentaires, soit celles dépassant l'horaire contractuel, est réglée par l'art. 321c CO et dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal, elles constituent du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : LTr) et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25% selon l'art. 13 LTr (ATF 123 III 337 = SJ 2000 I 629).

D'après l'article 3 de cette loi, elle ne s'applique notamment pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée. Selon l'art. 7 de l'Ordonnance I concernant l'exécution de la LTr (ci-après : OLTr I), est réputé exercer une fonction dirigeante élevée celui qui dans une entreprise ou une partie d'entreprise dispose d'un pouvoir de décision dans des affaires essentielles et assume une responsabilité correspondante.

Au sujet de la fonction dirigeante, le Tribunal fédéral a relevé que le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des

instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. Quant aux affaires essentielles, ce sont celles qui influencent de façon durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou du moins dans l'un de ses éléments principaux. S'agissant au demeurant de dispositions d'exception, les normes susmentionnées doivent être interprétées restrictivement. En tout état de cause, il faut trancher la question de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise (...). Plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités exercées qui comptent (nombre de subordonnés, chiffre d'affaire, etc.) (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I 629).

Des explications fournies par J_____, au terme de l'audience du 26 mars 2002 et confirmées par l'intimée, il résulte qu'en particulier la tenue, la marche de la fiduciaire, les prestations à la clientèle relevaient des décisions et de la responsabilité de J_____ lequel ne pouvait pas être représenté ni engagé par T_____. En conséquence, celle-ci n'a pas exercé une fonction dirigeante élevée au sens des art. 3 LTr et 7 OLTr I.

En principe, le cadre dirigeant ne peut prétendre à la rémunération d'heures supplémentaires selon l'art. 321c CO ; en effet, des cadres peuvent librement organiser leur temps de travail ; ils profitent par ailleurs souvent de la prospérité de l'entreprise ; de surcroît, leur salaire est souvent élevé et l'on peut admettre que le montant de la rémunération couvre non seulement un nombre d'heures de travail défini mais également l'activité qu'ils exercent dans sa totalité. Toutefois, le Tribunal fédéral a admis que des heures supplémentaires doivent être de toute façon payées au cadre dans trois cas : lorsqu'une rémunération pour de telles heures est convenue contractuellement, lorsque l'horaire de travail est convenu contractuellement et lorsque les heures supplémentaires sont destinées à effectuer des tâches qui sortent du cahier des charges (ATF du 6.2.1997 M. c/ E.C. ; J.A.R. 2000 page 150).

En l'espèce, les parties ont fixé contractuellement l'horaire de travail de l'employée.

Cette dernière est donc habilitée à réclamer le paiement de ses heures supplémentaires sur la base de l'art. 321c CO.

Que les heures supplémentaires aient été proposées plutôt qu'imposées par l'employeur n'est pas décisif. Ce n'est que si le travailleur en prend l'initiative contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prête à discussion (..). En revanche, dès que c'est l'employeur qui y recourt, ces heures sont réputées s'accomplir dans son intérêt (ATF 116 II 69 = JdT 1990 I 384).

Des heures supplémentaires non ordonnées ou non approuvées ne donnent pas lieu aux prétentions visées par l'art. 321c al. 3 CO. Toutefois, l'employeur est tenu de rémunérer les heures supplémentaires lorsqu'il a laissé le travailleur les accomplir à son su (sinon à son vu) sans rien dire et que le travailleur a pu déduire que ces heures étaient approuvées (SJ 1986 p. 290 et note de M. Aubert ; SJ 1987 p. 546 ; JAR 1992 p. 116-117 ; CAPH du 20.2.1996 VI/58/24 ; CAPH du 4.3.1998 C/16381/97-8).

En l'espèce, il est établi que l'employeur savait que T_____ effectuait des heures supplémentaires.

Des témoignages d'employés (A_____, F_____, H_____ et G_____), il résulte que J_____ n'a jamais formellement interdit à T_____ de ne pas faire d'heures supplémentaires ou s'il s'en est plaint, il appert notamment que ce fut en raison de la présence des enfants de l'intéressée. Selon H_____, chaque collaborateur pouvait, si nécessaire, faire des heures supplémentaires, il n'y avait pas d'instruction particulière à ce sujet (...). Quant à A_____, même si elle ne les a pas reprises et n'a pas été rémunérée à ce titre, il lui est aussi arrivé de travailler le soir, parfois même très tard ; C_____ a également fait état d'heures supplémentaires. Quant à K_____, J_____ lui a fait des remarques lui disant notamment qu'il ne voulait pas que les employés restent jusqu'à 22 ou 23 heures 30.

Un seul témoin (G_____) a fait état de la volonté de J_____ que l'intimée ne travaille pas le soir et les week-ends et du fait qu'il l'a dit à

l'intéressée ; comme relevé ci-dessus, il appert que ce fut surtout en raison de la présence des enfants de T_____.

Par rapport aux témoignages recueillis, les déclarations de G_____ ne suffisent pas pour retenir que J_____ a manifesté sa volonté que T_____ ne fît pas d'heures supplémentaires. De toute manière, l'attitude de J_____ n'a pas été celle d'un employeur qui entendait faire respecter ses instructions.

La Cour d'appel estime pertinente la remarque de A_____ selon laquelle J_____ se doutait probablement que le travail n'avancerait plus sans les heures supplémentaires que faisait l'intimée.

La prétention de T_____ en paiement d'heures supplémentaires, sur la base de l'art. 321c CO, est donc fondée.

Ces heures doivent régulièrement faire l'objet d'un décompte et être payées à chaque terme, en même temps que le salaire normal ; les problèmes les plus fréquents sont ceux liés à la difficulté d'en prouver l'existence (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I p. 629 ; SJ 1986 p. 261 ; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 36 ; Duc, Commentaire du contrat individuel du travail, p. 131).

La preuve d'une prétention en matière de travail supplémentaire incombe à l'employé (ATF 124 III 57 = JdT 1999 I 19).

T_____ a tenu son agenda qu'elle a communiqué dans le cadre de la procédure. Certaines pages de cet agenda ont été visées par J_____ ; cela a été le cas, par exemple, des feuillets des 30 septembre 1998, 8, 9, 10 et 11 décembre 1997. Lors de l'audience de la Cour d'appel du 21 février 2002 (p. 4), J_____ a déclaré avoir effectivement contrôlé l'agenda pour tenir les fiches des clients et que cet agenda lui avait servi exclusivement pour la facturation aux clients et pour les statistiques internes.

Du décompte (pièce 3) joint à la demande, il résulte que comme heures supplémentaires productives, selon l'agenda, T_____ a invoqué 646,75

heures (heures totales : 2'804,75), 721,30 heures (2'906,30) et 78,35 heures (426,95) respectivement pour 1998, 1999 et 2000.

La Cour d'appel a procédé, en fonction des activités horaires indiquées pour chaque jour de travail, à un récapitulatif des heures totales pour chacune des trois années concernées. Pour 1998, 1999 et 2000, la Cour est parvenue respectivement à des totaux de 2'726,30 (soit 78,45 heures de moins que la demanderesse), 2'804,15 heures (soit 102,15 heures de moins) et 397,70 (soit 9,25 heures de moins que la demanderesse).

Compte tenu du nombre considérable d'heures à prendre en considération, du fait que certains feuillets sont difficilement lisibles, voire illisibles, la différence entre les heures calculées par la juridiction de céans et celles invoquées par l'intimée n'amène pas la Cour à corriger les nombres d'heures allégués par T_____, qui n'ont pas été valablement contestées par sa partie adverse. En effet, celle-ci, sans autre précision, s'est limitée à contester le décompte de l'intimée.

Selon E_____ SA, les heures indiquées sur l'agenda sont celles destinées à la facturation et ne correspondent pas forcément au temps de travail. Cette allégation a été confirmée par la comptable G_____, laquelle, lors de son audition par la Cour d'appel, a notamment expliqué que « pour la facturation, les collaborateurs ont un agenda et selon les activités, il y a un tarif plus ou moins fixé. Par exemple, un téléphone dure 15 minutes, une lettre dure 30 minutes, une déclaration simple une heure. En conséquence, ces durées ne correspondent pas nécessairement au travail fait » (PV du 26.3.2002, p. 3).

Lors de cette même audience, H_____, comptable, a confirmé que pour la facturation « nous avons une espèce de forfait selon l'objet de l'activité et le temps indiqué dans l'agenda ne correspondait pas nécessairement au temps effectué. Nous ne portons dans l'agenda que les activités destinées à être facturées ».

Par ailleurs, la Cour d'appel relève que, dans le cadre de son examen de l'agenda, le nombre d'heures mentionné certains jours l'amène à constater que des heures indiquées paraissent difficilement réalisables, voire exclues en un jour de travail.

Tel a été le cas, par exemple, des mardi 23 septembre 1998 (17 heures), vendredi 11 juin 1999 (17 heures 30), vendredi 9 juillet 1999 (17 heures 30), vendredi 16 juillet 1999 (19 heures 45), vendredi 23 juillet 1999 (20 heures, sous réserve d'un chiffre - 4 heures et demie - difficile à lire), vendredi 6 août 1999 (17 heures 30), jeudi 2 septembre 1999 (20 heures 30), vendredi 1^{er} octobre 1999 (20 heures), vendredi 22 octobre 1999 (17 heures 30), vendredi 5 novembre 1999 (21 heures 45) et un vendredi de décembre 1999 (17 heures). La Cour n'a pas tenu compte des lundis – 20 avril : 19 heures 45, 2 mai : 20 heures 30, 22 juin : 17 heures, 13 juillet : 18 heures 15, 4 septembre : 17 heures 30, 21 septembre : 17 heures 15, 29 septembre : 17 heures, 19 octobre : 23 heures 30, 26 octobre : 21 heures, 16 novembre : 23 heures 15, 23 novembre : 23 heures, 30 novembre 1998 : 18 heures, 11 janvier : 21 heures 45, 8 février : 19 heures 15, 6 mars : 21 heures 45, 15 mars : 23 heures, 11 juin : 17 heures 30, 9 juillet 1999 : 17 heures 30 - ; en effet, des explications de T_____, il résulte que lorsqu'elle travaillait le week-end, elle reportait les heures des samedi et dimanche sur la page du lundi (PV du 21.2.2002, p. 4).

Il n'en demeure pas moins que les éléments repris ci-dessus confirment que les heures portées sur l'agenda étaient celles destinées à la facturation et ne correspondaient pas nécessairement au temps de travail effectué. Telle est donc la solution retenue par la Cour d'appel.

C'est dire que les heures supplémentaires faites par l'intimée et donnant droit à une rémunération ne peuvent pas être déterminées d'une manière concrète et précise.

A cela s'ajoutent d'autres considérations. Ainsi, du dossier, il résulte notamment que T_____ n'utilisait pas pleinement ses heures de travail (témoins G_____ et H_____), que ses enfants étaient assez souvent sur son lieu de travail (témoin G_____) et qu'elle venait au bureau en particulier pour des raisons personnelles (témoin I_____).

S'agissant de déterminer les heures supplémentaires de travail effectif de T_____, la Cour d'appel se réfère aux indications fournies, à titre

d'exemple, dans l'acte d'appel (pages 17 et 18) relatives aux activités facturées et effectuées et qui n'ont pas été contestées :

Tâches	Facturées	Durée d'exécution
Courrier simple	30 minutes	5 à 10 minutes
Déclaration fiscale simple	une heure	15 à 45 minutes
Bilan standard	deux heures	35 à 40 minutes
Simple remise de documents à la fiduciaire	15 minutes	5 minutes
Rendez-vous de courte durée	30 minutes	5 à 10 minutes
Boucllement comptable sur informatique	trois heures	45 à 75 minutes

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 effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'art. 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire.

Le travailleur doit normalement prouver le nombre des heures supplémentaires, ce qu'il peut faire habituellement par la production de décomptes périodiques mensuels en principe, ou de réclamations. A défaut, le juge peut exceptionnellement procéder à une appréciation ex æquo et bono s'il est clairement établi que l'horaire accompli a régulièrement excédé les horaires normaux (Rehbinder, Commentaire bernois No 2 art. 321c, JAR 1984 p. 99; Stahelin ad. art. 321c CO No 16; CAPH du 4.3.1998 C/381/97-8).

Selon l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie adverse.

Sur la base des éléments repris ci-dessus, la Cour d'appel procède à une application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO.

En référence en particulier aux différences entre les activités effectuées et facturées et aux autres considérations examinées ci-dessus, la juridiction de céans estime conforme à l'art. 42 al. 2 CO d'admettre à raison de la moitié, comme heures supplémentaires donnant droit à une rémunération, celles résultant de l'agenda produit par T_____.

Ainsi, pour 1998, l'agenda fait état de 2'804,75 heures. Selon le contrat signé par les parties, le temps de travail hebdomadaire était de 41,5 heures ce qui fait 2'158 heures de travail par an (52 x 41,5). Par rapport à 646,75 (2'804,75 – 2'158), la Cour admet 323,37 heures de travail supplémentaires donnant droit à rémunération en 1998 (646,75 : 2).

En 1998, le salaire mensuel de l'intimée a été de fr. 5'000.--, soit fr. 27,82 l'heure (fr. 5'000.-- : 4,33 : 41,5) et fr. 34,77 l'heure supplémentaire (art. 321c al. 3 CO).

Une somme de fr. 11'243,55 (323,37 x fr. 34,77) est donc allouée à l'employée pour les heures de travail supplémentaires effectuées en 1998.

Pour 1999, l'agenda comporte 2'906,30 heures de travail, soit 748,30 heures de travail supplémentaires (2'906,30 – 2'158). La Cour retient donc 374,15 heures de travail supplémentaire donnant droit à rémunération (748,30 : 2). En 1999, le salaire mensuel de T_____ s'est élevé à fr. 5'750.-- soit fr. 32.-- l'heure (5'750.-- : 4,33 : 41,5) et de fr. 40.-- l'heure de travail supplémentaire (art. 321c al. 3 CO). En conséquence, l'employeur doit fr. 14'966.-- (374,15 x fr. 40.--) à T_____ pour les heures de travail supplémentaires faites en 1999.

Pour deux mois de travail en 2000, l'agenda fait état de 426,95 heures de travail alors que le temps de travail contractuel a été de 348,6 heures (8,4 x 41,5) soit 78,35 heures de travail supplémentaires et 39,15 heures (78,35 : 2) donnant droit à rémunération. En 2000, le salaire de T_____ a été de fr. 6'000.-- par mois, soit fr. 33,38 l'heure (fr. 6'000.-- : 4,33 : 41,5) et fr. 41,72 l'heure de travail supplémentaire (art. 321c al. 3 CO).

Un montant de fr. 1'633,35 (39,15 x fr. 41,72) est donc dû pour les heures de travail supplémentaires effectuées en janvier et février 2000.

En conséquence, pour 1998, 1999 et 2000 (deux mois), E_____ SA doit à l'intimée une somme totale de fr. 27'842,90 (fr. 11'243,55 + fr. 14'966.-- + fr. 1'633,35).

T_____ réclame également fr. 41'735.-- pour 1'224,5 et 250 heures supplémentaires dites non productives (respectivement à fr. 30.-- et à fr. 20.-- l'heure). Le relevé du SIT DU 26 avril 2000 fait référence à un décompte de l'employée alors que pour les heures qualifiées de productives, l'agenda avait servi de base.

Des témoins ont relaté avoir constaté que T_____ avait fait le ménage dans les bureaux de la fiduciaire.

La Cour d'appel constate que certains feuillets de l'agenda de l'intimée comportent des mentions correspondant aux activités dites non productives telles qu'indiquées dans le relevé du SIT ; par exemple aux dates des 26 et 27 décembre 1998, il est fait état respectivement d' « agendas OK, facturation, divers et ménage à fond, inventaire Mme B. » alors que le feuillet du mercredi 28 juillet 1999 comporte notamment les mentions « facturation, classement + divers... ».

Il est rappelé que la preuve d'une prétention en matière de travail supplémentaire incombe à l'employée.

Dans ce contexte, la Cour constate qu'il n'a pas été établi que T_____ n'aurait pas exécuté ces activités dites non productives pendant son horaire normal de travail ou pendant les heures supplémentaires, qui ont été examinées précédemment en fonction de l'agenda produit.

En conséquence, les prétentions de l'intimée relatives à des heures supplémentaires dites non productives sont rejetées.

5. Sous chiffre 3, la Cour a déjà déterminé à fr. 500.-- par mois le montant correspondant au 13^e salaire de l'année 2000. En conséquence, le jugement

entrepris est confirmé en tant qu'il a alloué fr. 1'000.-- à la demanderesse à titre de 13^e salaire pour les mois de janvier et février 2000.

6. Sur demande reconventionnelle, l'appelante conclut à la condamnation de sa partie adverse à lui verser fr. 150'000.--.

En référence à ce qui a été développé précédemment sous chiffre 1, la Cour rappelle que la réponse d'E_____ SA, comportant des conclusions sur demande reconventionnelle en fr. 150'000.-- et déposée le 15 septembre 2000, n'est pas écartée de la procédure. D'ailleurs, dans son écriture après enquêtes du 25 juin 2001, E_____ SA a confirmé ses conclusions.

En conséquence, si les premiers juges sont entrés en matière au sujet de la demande reconventionnelle à hauteur de fr. 145'000.-- - en fonction des conclusions prises lors de l'audience du 30 janvier 2001 (p. 6) - la demande reconventionnelle d'E_____ SA a été valablement prise à concurrence de fr. 150'000.--.

L'appelante invoque le fait que l'employée a emporté au minimum 25 dossiers de la fiduciaire et que des clients ont quitté ladite fiduciaire à l'instigation de T_____.

En vertu de l'art. 321a al. 1^{er} CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Il doit, en particulier, renoncer à tout ce qui pourrait nuire économiquement à l'employeur (Rehbinder, No 3 ad. art. 321a CO ; Stahelin, No 14 ad. art. 321a CO). Le devoir de fidélité du travailleur n'est toutefois pas illimité. Il trouve sa limite dans l'intérêt légitime du travailleur au libre épanouissement de sa personnalité ; en fait partie notamment l'intérêt à déployer une autre activité (Rehbinder Nos 7, 9 ad. art. 321a CO ; Stahelin, Nos 8, 34 ad. art. 321a CO ; Brühwiler No 2c ad. art. 321a CO). C'est pourquoi un travailleur peut, pendant qu'il est soumis à un contrat de travail, préparer une activité ultérieure. Il viole toutefois son obligation de fidélité lorsque ces préparatifs contreviennent à la bonne foi. C'est avant tout le cas lorsque le travailleur se met à faire concurrence à son employeur avant la fin du délai de

congé ou qu'il recrute des employés ou débauche des clients à son employeur (ATF 104 II 28, JdT 1978 I 514 ; arrêt non publié de la première Cour civile du 26 mai 1988 dans la cause L.SA c. de M.) (ATF 117 II 72 = JdT 1992 I 569 ; CAPH du 13.1.1998 VIII / 106 / 96 p. 3; Brunner, Bühler, Waeber, op. cit., p. 24).

Comme l'ont relevé les premiers juges, la responsabilité contractuelle du travailleur (art. 321^e CO) est régie par les règles générales et elle implique que :

- l'employeur a subi un dommage ;
- le travailleur a violé une de ses obligations contractuelles ;
- il existe un lien de causalité adéquate entre l'inexécution par le travailleur de ses obligations contractuelles et le dommage ;
- le travailleur a causé le dommage intentionnellement ou par négligence.

E_____ SA a fait état de dossiers emportés par l'employée.

Des témoins entendus ont expliqué qu'après les prestations de l'appelante, leurs dossiers et pièces leur étaient rendus (P_____, U_____), d'autres clients ont récupéré leurs dossiers en quittant E_____ SA (O_____, T_____, M_____ et N_____).

Des attestations confirment la restitution de dossiers à des clients de la fiduciaire à la fin février 2000.

Il n'a pas été établi que l'intimée serait intervenue à ces occasions en violation de ses obligations contractuelles et qu'un préjudice aurait été causé à E_____ SA.

Cette dernière invoque également la disparition de pièces et de dossiers des archives de la fiduciaire et du piratage de ses ordinateurs. Non seulement ces allégations n'ont pas été établies mais de plus il n'a pas été prouvé que T_____ pourrait être mise en cause.

E_____ SA reproche également à sa partie adverse d'avoir incité des clients à quitter la fiduciaire.

Tous les clients entendus en appel, à savoir huit témoins – seul U_____ a été auditionné en première instance – ont en substance expliqué que, si T_____ les a informés de son départ de la fiduciaire, ils ont quitté cette dernière par leur seule décision, l'intimée ne les ayant pas incités à le faire. Certains clients ont d'ailleurs dû entreprendre des démarches pour retrouver T_____ (Q_____ et O_____).

Lorsqu'elle était employée d'E_____ SA, l'intimée s'occupait personnellement de dossiers de clients qui ont quitté l'appelante. Non seulement – comme l'a relevé notamment R_____, le client est libre de choisir sa fiduciaire – mais de plus pour le genre de prestations concernées, les contacts personnels jouent un rôle important entre les parties au mandat.

Sur la base de ce qui a été examiné ci-dessus, l'appelante n'est pas fondée à invoquer une violation des obligations de sa partie adverse, en particulier de son devoir de fidélité.

Pour ce qui est de U_____, il appert que T_____ est effectivement intervenue auprès de ce client d'E_____ SA et lui a envoyé sa déclaration d'impôt ; mais, d'une part, l'intimée n'était alors plus employée de la fiduciaire et, d'autre part, cette dernière n'a pas subi de préjudice ; en effet, U_____ a versé fr. 130.-- à E_____ SA et il est resté client de cette fiduciaire (en tout cas pour 2001).

En conséquence, les conclusions sur demande reconventionnelle formulées par E_____ SA sont infondées.

7. Sur la base de ce qui a été développé et retenu dans le présent arrêt, l'appelante doit à sa partie adverse fr. 5'000.-- (à titre de salaire d'août 1997), fr. 8'069,20 (pour vacances non prises), fr. 27'842,90 (pour les heures de travail supplémentaires) et fr. 1'000.-- (comme treizième salaire de janvier et février 2000), soit une somme totale de fr. 41'912,10. Ce montant porte intérêts à 5% dès le 27 juillet 2000 conformément au jugement, qui n'a pas été critiqué sur ce point.

Par souci de clarté, ce jugement est annulé dans son intégralité.

8. Vu la solution de la cause, chacune des parties est condamnée à la moitié de l'émolument de fr. 4'000.-- et de l'indemnité de fr. 230.-- allouée au témoin N_____ (art. 78 al. 1 LJP).

La Cour d'appel n'envisage pas d'allouer des dépens à E_____ SA ; en effet, il ne saurait être considéré que l'intimée a plaidé de manière téméraire (art. 76 al. a LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, groupe 4

Au fond :

Annule le jugement communiqué par plis du 2 août 2001 et rendu par le Tribunal des prud'hommes dans la cause No C/17787/2001-4.

Cela fait

Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de fr. 41'912,10 avec intérêts à 5% dès le 27 juillet 2000.

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

Condamne E_____ SA à payer fr. 115.-- à l'Etat de Genève.

Condamne T_____ à payer fr. 115.-- à l'Etat de Genève.

Dit que l'émolument de fr. 4'000.-- versé par E_____ SA reste à charge de cette dernière à concurrence de fr. 2'000.--.

Condamne T_____ à verser à E_____ SA fr. 2'000.-- (émolument).

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le Greffier de juridiction

Le Président