



T__

Dom. élu : Me Nicolas DROZ
Rue de la Rôtisserie 2
Case postale 3809
1211 Genève 3

E__

Dom. élu : FER-SAJEC
Rue de Saint-Jean 98
Case postale 5278
1211 Genève 11

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Daniel CHAPELON et Francis MOTTAZ, juges employeurs

MM. Max DETURCHE et Marc LABHART, juges salariés

Mme Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière d'audience

EN FAIT

La Cour des Prud'hommes est saisie d'un appel et d'un appel incident à l'encontre du jugement TRPH/280/2007, rendu le 11 avril 2007 et notifié aux parties par plis expédiés le lendemain. A teneur de ce jugement, le Tribunal des Prud'hommes, groupe 2, après avoir déclaré recevable l'action en paiement intentée par T___ à l'encontre de E___, a condamné E___ à verser à T___, à titre de treizième salaire au *prorata temporis*, fr. 2'543.75 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2006, l'invitant à opérer les déductions sociales, légales et usuelles, ainsi qu'à modifier le certificat de travail dans le sens des considérants. Les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions.

Par la voie de l'appel principal, interjeté par acte expédié le 16 mai 2007, T___ réclame, en sus du montant alloué par les premiers juges, les sommes brutes de fr. 30'520.85 à titre de rémunération d'heures supplémentaires, de fr. 3'504.85 à titre d'indemnité pour 12 jours de vacances non prises et de fr. 17'531.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif, toutes sommes portant intérêts à 5% dès le 31 juillet 2006.

E___ conclut au rejet de l'appel et, par la voie d'un l'appel incident formé dans son écriture responsive du 12 juillet 2007, conteste sa condamnation à verser à T___ fr. 2'543.75 brut à titre de treizième salaire.

T___ conclut au rejet de l'appel incident.

Les éléments suivants résultent du dossier soumis à la Cour:

- A. E___, société anonyme avec siège à Fribourg, a pour but social notamment l'exploitation de centres de remise en forme.

Elle exploite ainsi un centre de fitness à Genève, sous l'enseigne "A___", établissement qui est géré par B___ et dans l'enceinte duquel se trouve une cafeteria.

T___ est titulaire d'une patente lui permettant d'exploiter un établissement public; elle a précédemment travaillé comme serveuse dans des établissements publics genevois, mais n'a aucune formation accomplie dans le domaine de la restauration.

- B. Le 18 avril 2005, E___ a engagé T___, pour une durée indéterminée, en qualité de responsable de la cafeteria du "A___".

A teneur du contrat de travail signé par les parties, T___, qui "mettait sa patente à disposition", était chargée d'accomplir "tous les travaux" nécessités par cette fonction, un cahier des charges devant être ultérieurement établi.

L'employée était engagée pour un temps partiel représentant 25 heures de travail hebdomadaires, réparties en principe sur cinq jours; l'employeur se réservait toutefois le droit de modifier en tout temps l'horaire prévu et de fixer celui-ci de manière précise.

Le salaire convenu est de fr. 5'500.- brut pour lesdites 25 heures hebdomadaires, les éventuelles heures supplémentaires "ordonnées ou rendues nécessaires" devant être rémunérées.

L'employée bénéficiait de quatre semaines de vacances annuelles.

Un temps d'essai de trois mois est prévu, au-delà duquel le délai de résiliation est d'un mois pour la fin d'un mois la première année et service et de deux mois pour la fin d'un mois dès la seconde année de service.

- C. Le cahier des charges prévu n'a jamais été établi.

L'employeur n'a par ailleurs pas fait usage de son droit de fixer de manière précise l'horaire de travail de l'employée.

T___ soutient qu'en août 2005, il a été convenu qu'elle augmenterait son temps travail de deux heures par jour, allégué qui est toutefois contesté et qui n'est étayé par aucun élément de preuve.

- D. En raison de travaux de transformation au cours de l'été 2005, la cafeteria a été fermée et T___ a alors pris trois semaines de vacances.

A son retour, les travaux n'étant pas terminés, T___ n'a pas travaillé pendant huit semaines supplémentaires, période durant laquelle elle a été régulièrement rémunérée.

- E. La cafeteria est ouverte aux clients du fitness "A___", de même qu'à sa vingtaine d'employés; elle est également, sous certaines réserves, ouverte au public; après les travaux effectués en été 2005, elle disposait de vingt huit couverts environ selon l'employeur, certains témoins ayant quant à eux fait état de "plus de dix tables" (tém. C___), de "vingt tables et d'une dizaine de places au bar" (tém. D___), ou encore de "trente places assises" (tém. F___).

La cafeteria n'est ouverte que du lundi au vendredi. Ne constituant pas un espace clos, elle est toutefois physiquement accessible le samedi et le

dimanche tant aux clients qu'au personnel, étant précisé qu'il ne s'y trouve aucun distributeur automatique ou de boissons; il est toutefois possible de se servir d'eau au robinet de la cuisine.

Au début de la période d'engagement de T___, seuls étaient servis des boissons (dont des jus de fruits fraîchement pressés), des petits déjeuners diététiques (bircher par exemple) et des en-cas, la cafeteria étant ouverte de 08h à 13h environ. En juin 2005, B___ a demandé à T___ de servir également des repas de midi, constitués essentiellement de plats froids (des plats chauds ayant toutefois aussi été occasionnellement servis), et l'horaire d'ouverture a été étendu à 08h-14h30. Ces plats pouvaient également être pris "à l'emporter".

- F. Selon l'employeur, la présence de T___ n'était pas exigée pendant toute la durée d'ouverture; en effet, dès avril 2005 il y avait également un aide de cuisine qui faisait un horaire de 08h à 15h, cinq jours par semaine (tém. G___).

Dès le 1^{er} octobre 2005, un pâtissier a en outre été engagé, pour un horaire de 08h à 16h (tém. H___).

- G. T___ admet qu'elle organisait son temps de travail de manière indépendante. Bien qu'elle ait été responsable de la cafeteria, il lui arrivait régulièrement d'être guidée dans son activité (en particulier s'agissant des menus) et devait en référer à B___ pour les décisions importantes. Ainsi en a-t-il été de l'engagement de l'aide de cuisine en avril 2005, puis du pâtissier.

Plus spécifiquement, T___ n'avait pas pouvoir d'engager la société; elle ne disposait pas de la signature bancaire et ne gérait que son fonds de caisse.

- H. Au début de l'engagement, la nourriture était livrée par un traiteur et T___ ne s'occupait que de la disposer sur les plats. Par la suite, il a été renoncé aux services du traiteur et T___ s'est chargée de l'achat des marchandises, qu'elle effectuait dans des supermarchés, et non chez un grossiste. A teneur des pièces produites, il lui arrivait de se rendre à la Coop ou à la Migros plusieurs fois par matinée, pour des achats de peu d'importance. A cet égard, elle a expliqué qu'elle s'y rendait "chaque fois qu'il manquait quelque chose", ce qui lui prenait chaque fois une demi-heure environ. Selon l'aide cuisine, la question des achats n'était pas organisée, c'était "le bordel" (sic), (tém. H___). Pour le pâtissier en revanche, la cuisine n'était "pas professionnelle, mais organisée pour ce qu'on (y) faisait" (tém. G___).

T___ s'occupait en outre de l'accueil de la clientèle, du service au bar et de celui du repas de midi.

Elle disposait comme indiqué d'un aide de cuisine et d'un cuisinier, chargé de confectionner les desserts. Une nettoyeuse venait en outre, le matin avant l'ouverture et l'après-midi après la fermeture de la cafeteria, pour nettoyer les sols (tém. C___).

La fréquentation de la cafeteria était irrégulière (décl. T___), mais est allée en s'amplifiant (tém. I___); ainsi, les témoins entendus sur le sujet ont fait état de "peu ou beaucoup de clients", selon les jours (tém. J___), de "4 ou 5 personnes, parfois plus" (tém. K___) ou encore, selon l'ami de T___, "beaucoup de monde certains jours", le témoin devant partager sa table avec d'autres personnes (tém. F___).

Plus spécifiquement, il n'est pas contesté que B___ prenait régulièrement des repas à la cafeteria.

A teneur des pièces produites par l'employeur et dont sa comptable a attesté de la véracité (tém. L___), les recettes de la cafeteria ont représenté un montant mensuel variant entre fr. 2'000.- et fr. 9'900.- environ entre mai 2005 et juillet 2006 (pièce 6 E___)

Sur le sujet: interroger E___. Les pièces 5 chargé du 6 novembre 2006 et 6 du chargé du 6 décembre 2007 semblent contradictoires.....

étant toutefois précisé que certaines personnes bénéficiaient de tarifs préférentiels et qu'il arrivait que des repas soient offerts. L'exploitation, compte tenu des charges salariales, a été largement déficitaire pendant toute la période d'engagement.

- I. A plusieurs reprises, B___ a fait des remarques (orales ou par le biais de "petits mots" laissés dans la cuisine) à T___ au sujet de l'état de propreté de la cuisine (tém. H___; G___; M___); il lui est également arrivé, le week-end, de venir nettoyer les lieux avec des connaissances (tém. N___). Alors que certains témoins, dont deux proches de T___, se sont déclarés satisfaits de la propreté des lieux et de la qualité des repas (tém. I___; D___; F___), d'autres ont déclaré que le sol de la cuisine était souvent sale, de même que les verres ou encore les tables (tém. O___; H___; M___; P___).
- J. T___ a régulièrement travaillé, selon le pâtissier, de 08h30 à 15h, parfois 14h30 (tém. H___), de 08h ou 08h05 à 15h selon l'aide de cuisine (tém. G___), de 08h à 15h30 ou 16h selon un professeur de sport (tém. I___) et la nettoyeuse (tém. C___). Il est en outre arrivé à son ami d'aller chercher ses enfants à l'école à 16 h, car elle n'avait pas terminé (tém. F___).

T___ déclare avoir régulièrement tenu des relevés de ses heures supplémentaires (lesquels font état, au 23 mai 2006, de 453 heures), relevés

qu'elle n'a toutefois pas remis mensuellement à B___. Elle n'a pas non plus émis de réserves à ce sujet au reçu de son salaire mensuel.

Ses affirmations (contestées), à teneur desquelles elle aurait abordé la question avant mai 2006 avec B___, ne sont étayées d'aucun élément de preuve.

- K. Le 8 mai 2006, T___ a eu un entretien avec B___, lors duquel il a été question d'améliorations à apporter dans la façon d'effectuer les achats d'approvisionnement et dans le nettoyage de la cuisine. Devant les premiers juges (réponse à la demande du 6 novembre 2006 p. 4 ch. 10), E___ a reconnu que T___ avait alors pour la première fois fait état d'heures supplémentaires, présentant un décompte y relatif, déclaration sur laquelle B___ est ensuite revenue en appel.

Par courrier du 17 mai 2006, T___ a fait état de plus de 280 heures supplémentaires, nécessaires au bon fonctionnement de la cafeteria. Elle s'est étonnée de ce qu'il lui ait été déclaré lors de l'entretien du 8 mai 2006 qu' "en aucun cas les heures supplémentaires effectuées ne sont dues", ce qui lui paraissait être en contradiction avec les termes du contrat de travail et a suggéré à son employeur de lui faire part d'une proposition visant à régler ce "malheureux litige".

- L. Par courrier du 23 mai 2006, E___ a déclaré résilier les rapports de travail pour le 31 juillet 2006.

L'employeur a motivé sa décision par un nettoyage insuffisant de la cuisine (plan de travail, vaisselle, frigo - point qui avait déjà fait l'objet de réclamation antérieures, en particulier les 3 novembre 2005 et 12 mars 2006), des achats de marchandises effectués "en dépit du bon sens", des erreurs sur le prix de certains plats, enfin une baisse (documentées par plusieurs exemples) dans la qualité des repas.

Par courrier séparé du même jour, E___ a contesté devoir rémunérer des heures supplémentaires, celles-ci n'ayant pas été annoncées auparavant et le salaire ayant été perçu sans réserve ni commentaire, enfin parce que le poste de responsable, au demeurant très bien rémunéré, laissait à l'employée toute liberté d'organisation et requérait pour le moins une certaine souplesse. T___ était par ailleurs informée qu'elle était dispensée de son obligation de travailler pendant le délai de congé, ce en raison d'une relation de confiance fortement détériorée, et pour lui permettre de compenser les éventuelles heures supplémentaires, sans reconnaissance d'une quelconque obligation à cet égard toutefois.

- M. T___ a cessé toute activité au reçu de ce courrier.
Elle a régulièrement reçu son salaire jusqu'au 31 juillet 2006.
Par courrier du 20 juin 2006, elle a refusé la compensation proposée de ses heures supplémentaires (qu'elle a alors chiffrées à 453) et a réclamé le paiement du 13^{ème} salaire, des vacances non prises et d'une indemnité pour licenciement abusif. Elle a en outre réclamé son certificat de travail et la restitution de sa patente.
L'employeur a refusé d'entrer en matière sur les prétentions financières et déclaré vérifier l'état du compte-vacances.
La patente de T___ lui a été restituée et la question du certificat de travail n'est plus litigieuse à ce stade de la procédure.
- N. T___ affirme avoir recherché du travail dès l'annonce de son licenciement, étant précisé que, mère seule ayant la charge de trois enfants, elle cherchait un emploi dans la restauration à 60%, avec des horaires compatibles avec ceux de ses enfants. A teneur de ses explications, après avoir subi une longue période de chômage et avoir suivi une formation en informatique dans le cadre du chômage, elle a finalement trouvé un emploi début décembre 2007.
- O. La présente demande en paiement a été déposée le 6 septembre 2006, T___ réclamant à E___ fr. 56'025.45 brut en totalité, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2006. cette somme se décompose comme suit : fr. 30'520.85 (rémunération des heures supplémentaires; fr. 4'468.75 (13^{ème} salaire 2005/2006 au *pro rata temporis*); fr. 3'504.85 (indemnité pour 12 jours de vacances non prises); fr. 17'531.- (indemnité pour licenciement abusif).
Elle a en outre réclamé un certificat de travail détaillé, conforme au projet rédigé par ses soins.
A l'appui de sa demande, elle a fait valoir qu'elle avait durant son engagement effectué 453 heures supplémentaires, documentées par des fiches mensuelles, heures qui n'avaient été ni rémunérées, ni compensées et qu'elle avait encore droit à 12 jours de vacances. Soumise à la CCNT 98, elle pouvait prétendre à un 13^{ème} salaire. Enfin, elle avait été licenciée pour avoir réclamé le paiement de ses heures supplémentaires, les motifs invoqués par l'employeur ne constituant que de simples prétextes.
E___ s'est opposée à la demande, faisant valoir que la CCNT 98 n'était pas applicable, T___ revêtant la qualité de chef d'établissement. Ainsi, la prétention au versement d'un treizième salaire n'était pas fondée. La preuve d'éventuelles heures supplémentaires, dont elle n'avait au demeurant été

informée qu'en mai 2006, n'était pas rapportée et leur vraisemblance était douteuse, au vu de la faible fréquentation de l'établissement et de la liberté dont jouissait l'employée dans l'organisation de son travail. Le licenciement ne revêtait aucun caractère abusif et était motivé par l'incapacité dont l'employée faisait preuve dans la gestion du restaurant qui lui était confié. Enfin, le délai de congé était suffisant pour permettre à T___ de prendre son solde de vacances.

- P. En substance, le jugement attaqué retient que les relations entre les parties étaient soumises à la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (CCNT 98), T___ ne revêtant pas la qualité de chef d'établissement au sens de l'art. 2 de celle-ci, en l'absence de tout pouvoir décisionnel dans les affaires importantes.

La prétention relative aux heures supplémentaires n'était pas fondée, au vu de l'entière liberté dont disposait l'employée dans l'organisation de son travail; plus spécifiquement, le fait que peu après son engagement, il ait été décidé de servir également des repas de midi ne nécessitait pas une augmentation de son temps de travail, puisque la fréquentation de la cafeteria était réduite et qu'un aide de cuisine avait été simultanément engagé; à cela s'ajoutait que l'employée n'avait pas tenu son employeur informé des heures supplémentaires alléguées et n'avait fourni de décomptes qu'en mai 2006; à cela s'ajoutait le fait qu'elle avait été payée durant huit semaines en été 2005 sans devoir travailler, puis avait été libérée de son obligation de travailler dès le 23 mai 2006.

Le treizième salaire au *prorata temporis* réclamé était en revanche dû, en application de l'art. 12 CCNT 98.

Tel n'était pas le cas de la prétention relative à l'indemnité pour vacances non prises. Libérée de son obligation de travailler depuis le 23 mai 2006, alors que les rapports de travail prenaient fin le 31 juillet 2006, T___ disposait en effet du temps nécessaire pour prendre les 12 jours de vacances litigieux.

Enfin, le congé ne revêtait pas de caractère abusif; même si le congé avait suivi de peu la réclamation élevée par l'employée en relation avec ses heures supplémentaires, le mécontentement de l'employeur au sujet de ses prestations était démontré par témoins et les motifs invoqués dans la lettre de congé ne constituaient ainsi pas de simples prétextes.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjetés dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi, tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables.

La Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

La valeur litigieuse, au stade du présent appel, est supérieure à fr. 15'000.-

2. Devant la Cour, l'employeur soutient que la CCNT 98 n'est pas applicable aux rapports entre les parties, l'employée revêtant la qualité de chef d'établissement. Ainsi, il conteste son obligation de verser à l'employée un treizième salaire

2.1 A teneur de l'art. 2 CCNT 98, "ne sont pas soumis à cette convention les chefs d'établissement, directeurs (...)".

Ainsi que l'ont à juste titre rappelé les premiers juges, les collaborateurs qui exercent la fonction de chef d'établissement, de directeur, de gérant ou d'administrateur ne sont pas soumis à la CCNT 98, à condition qu'ils disposent d'un pouvoir décisionnel dans des affaires importantes, au sens de la loi sur le travail (art. 9 Ordonnance 1 concernant la loi sur le travail), et qu'ils assument une responsabilité en rapport. Le remplaçant du chef d'établissement, les assistants et les aides du patron restent en revanche soumis à la CCNT 98.

2.2 En l'espèce, l'employée a certes été engagée comme "responsable" de la cafeteria du fitness "A___". Ce simple titre ne lui confère toutefois pas à lui seul la qualité de "responsable d'établissement" au sens de la disposition précitée. En effet, l'employée n'avait in casu pas de pouvoir décisionnel sur les affaires importantes: plus spécifiquement, elle n'avait pas de pouvoir d'engager des dépenses, au-delà de la gestion de son fonds de caisse, ou du personnel et, pour toute décision importante, elle devait en référer à la directrice du centre de fitness.

Dès lors, l'exception prévue à l'art. 2 CCNT n'est pas réalisée et les premiers juges ont retenu avec raison que la CCNT 98 était applicable aux rapports entre les parties.

La condamnation de l'employeur à verser fr. 2'343.75 brut à ce titre (montant qui ne fait en soi pas l'objet de contestation) sera partant confirmée.

3. L'employée reprend devant la Cour d'appel sa prétention tendant à la rémunération de 453 heures supplémentaires.

3.1 Aux termes de l'article 15 alinéa 5 CCNT 98, les heures supplémentaires sont des heures de travail faites en plus de la durée moyenne de la semaine de travail convenue. Ces dernières doivent être compensées, dans un délai convenable, par du temps libre de même durée. Si la compensation n'est pas possible, les heures supplémentaires doivent être payées au plus tard à la fin des rapports de travail. Pour les composantes fixes du salaire, les heures supplémentaires doivent être payées à 125%. L'alinéa 7 de la même disposition prévoit que l'employeur doit établir un décompte des heures de travail accomplies et le faire signer par le collaborateur au moins une fois par semaine.

La CCNT 98 institue un régime particulier quant au fardeau de la preuve de l'exécution d'heures supplémentaires. Ainsi, l'employeur doit tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Si cette obligation n'est pas respectée, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (art. 21 al. 2 CCNT 98)

Par ailleurs, ainsi que l'ont rappelé les premiers juges, la rémunération des heures supplémentaires n'est pas due si le travailleur prend l'initiative d'effectuer de telles heures contrairement à la volonté de son employeur ou à son insu. Ce qui est décisif, c'est la connaissance par l'employeur du fait que le travailleur effectue des heures supplémentaires (ATF 116 II 69, consid. 4b ; CAPH du 20 octobre 1993 en la cause VI/853/92 ; AUBERT, Commentaire romand, n. 10 ad art. 321c CO).

A cela s'ajoute que l'employé au bénéfice d'un horaire de travail flexible doit en principe compenser les heures qu'il a effectuées en plus par un congé. Une rémunération en espèces n'entre en considération que si des nécessités liées à l'entreprise ou si des directives expresses de l'employeur ne permettent pas de compenser un tel crédit par du temps libre à l'intérieur de l'horaire de travail flexible convenu et en respectant d'éventuelles plages horaires ; dans un tel cas, les heures effectuées en surnombre ne doivent plus être considérées comme un crédit découlant de l'horaire de travail flexible, mais comme de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469, consid. 3).

Les réclamations éventuelles concernant la rémunération ou la compensation des heures supplémentaires doivent être présentées au moment du versement du salaire mensuel: ainsi, l'employeur qui ne proteste pas ne peut pas s'opposer à l'accomplissement de telles heures, alors que l'employé qui ne

revendique pas le paiement des heures supplémentaires en temps opportun et qui laisse croire par son silence et par son attitude passive qu'il renonce à ce paiement, ou qu'il entend compenser les heures supplémentaires par une certaine liberté d'horaire, viole les règles de la bonne foi s'il émet ensuite des prétentions à ce sujet (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 83; AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, 1984, arrêts n°73-75).

3.2 En l'espèce, l'employée ne remplissait pas une fonction dirigeante élevée au sens de la jurisprudence (ATF 126 III 337); elle ne disposait en effet pas dans l'entreprise d'un pouvoir de décisions sur les questions essentielles en assumant une responsabilité correspondante. Elle peut ainsi, en principe, prétendre à une rémunération pour ses heures supplémentaires. Une telle rémunération est d'ailleurs expressément prévue dans son contrat de travail.

Il est établi par témoins que l'employée restait régulièrement à son travail d'environ 8h ou 8h30 le matin jusqu'après la fermeture de la cafeteria et qu'elle excédait ainsi, régulièrement, l'horaire journalier de cinq heures contractuellement prévu. Cette circonstance résultant des témoignages, point n'est besoin de se prononcer ni sur la valeur probante des décomptes établis par l'employée, mais que cette dernière n'a pas présenté régulièrement à son employeur, ni sur la répartition du fardeau de la preuve en la matière.

La discussion ne s'arrête toutefois pas là, le simple fait que l'employée ait travaillé plus que prévu ne lui donnant pas encore droit, en soi, à une rémunération pour les heures ainsi accomplies.

Il n'est pas établi que l'employeur aurait demandé à l'employée d'accomplir journalièrement plus que cinq heures de travail quotidien. Plus spécifiquement, l'allégué de l'employée, à teneur duquel l'employeur lui aurait été demandé, en août ou septembre 2005, d'effectuer deux heures quotidiennes de plus, n'est pas étayé d'éléments probants. L'employée a par ailleurs échoué à démontrer qu'elle aurait informé l'employeur de ce fait avant le 8 mai 2006. Il ne saurait ainsi être retenu que l'employeur a accepté l'exécution du travail supplémentaire effectué sans qu'il en ait connaissance. Sur le sujet, la Cour relève que le fait que la directrice du fitness soit régulièrement venue manger à midi à la cafeteria n'établit pas qu'elle savait que l'employée dépassait ses horaires.

L'employée était engagée pour 25 heures hebdomadaires, réparties sur cinq jours. Aucun horaire fixe ne lui a toutefois été imposé, et elle demeurait libre d'organiser ses horaires, en fonction des nécessités de sa tâche, pour autant qu'elle accomplisse cinq heures quotidiennes. La cafeteria dont l'employée avait la charge était ouverte de 8h jusqu'à 13h environ, puis jusqu'à 14h 30

environ dans un second temps; il y était servi des petits déjeuners diététiques, des boissons (dont des jus de fruits frais pressés) et des en-cas, puis, dans un second temps, également, des plats, froids en règle générale, pour le repas de midi; après les transformations de l'été 2005, il y avait environ 28 couverts et la fréquentation était irrégulière et, compte tenu des chiffres d'affaires réalisés, relativement peu intense. Dans un premier temps, la nourriture a été livrée par un traiteur; ensuite, l'employée a choisi d'effectuer ses courses elle-même dans des supermarchés, au lieu de recourir à une livraison par un grossiste. Pour l'aider dans sa tâche, l'employée disposait enfin d'un aide de cuisine et d'un pâtissier, travaillant tous deux de 08h à 15h environ et le nettoyage du sol, matin et soir, était effectué par une nettoyeuse. Compte tenu de ces éléments, il devait être possible à l'employée, en organisant judicieusement son travail et en répartissant l'accueil à la clientèle entre elle-même et les deux autres personnes travaillant avec elle, de ne pas excéder les cinq heures de travail contractuellement convenues.

Dans ces circonstances, les heures supplémentaires effectuées, qui n'ont pas été demandées par l'employeur, dont celui-ci n'avait pas connaissance avant le 8 mai 2006 et qui n'apparaissent pas avoir été nécessitées par les besoins de la tâche confiée, ne donnent pas lieu à rémunération.

Le jugement attaqué sera ainsi confirmé sur ce point par substitution partielle de motifs.

4. L'employée reprend devant la Cour ses conclusions relatives au paiement d'une indemnité pour 12 jours de vacances non prises.

L'employeur fait quant à lui valoir que, compte tenu de la durée pendant laquelle l'employée a été libérée de son obligation de travailler, il pouvait être exigé d'elle qu'elle prenne son solde de vacances avant l'expiration des rapports de travail.

4.1 Aux termes de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. D'après la jurisprudence, des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 128 III 271 consid. 4a/aa et réf. citées); le point de savoir si le solde de vacances non prises devait être indemnisé en espèces devait être tranché de cas en cas, en se fondant sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de

travailler et le nombre de jours de vacances restant (ATF 128 III 271 consid. 4a/cc p. 282 s.). Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié ait, en plus de ses vacances, suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi, droit du travailleur qui demeure toutefois prioritaire (ATF 128 III 271, consid. 4 cc), arrêt 4C.193/2005 du 30 septembre 2005, consid. 3.2 non publié aux ATF 131 III 623).

Plus spécifiquement, un critère temporel on ne peut en aucun cas être schématiquement fixé mais il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances, soit en particulier de la difficulté à retrouver un nouveau travail et du rapport entre la durée de la libération de travailler et celle des vacances restant à prendre (ATF 128 III 2711 consid. 4 cc).

4.2 En l'espèce, l'employeur ne conteste pas qu'au jour du licenciement, soit le 23 mai 2006, il restait à l'employée 12 jours de vacances à prendre. Le contrat de travail ayant été dénoncé pour le 31 juillet 2006, il restait à l'employée (compte tenu des jours fériés de l'Ascension et du lundi de Pentecôte) 48 jours ouvrables, à raison de cinq jours comptés par semaine, pour chercher un emploi et prendre d'éventuelles vacances. Compte tenu des vacances restant à prendre (12 jours), il demeurait à l'employée 36 jours ouvrables pour ses recherches d'emploi, ce qui n'est pas négligeable. Certes, il doit d'être admis que l'employée, sans certificat de capacité, mais titulaire d'une patente et avec une expérience du métier, était entravée dans la recherche d'un emploi par le fait que mère de famille, elle souhaitait trouver un emploi à temps partiel et avec des horaires compatibles avec ceux de ses enfants. Toutefois, l'employée ne justifie pas des recherches d'emploi qu'elle aurait entreprises, selon elle dès l'annonce du licenciement.

Compte tenu de ces circonstances, les premiers juges n'ont pas excédé leur pouvoir d'appréciation en retenant qu'il pouvait, *in casu*, être exigé de l'employée qu'elle prenne son solde de vacances avant l'expiration des rapports de travail.

5. L'employée reprend enfin devant la Cour sa prétention en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, faisant valoir que les motifs avancés par l'employeur ne constituent qu'un prétexte et qu'elle a en réalité été licenciée parce qu'elle faisait valoir des prétentions en relation avec ses heures supplémentaires. L'employeur, pour sa part, estime avoir établi la réalité des motifs invoqués à l'appui du congé.

5.1. En matière de contrat de travail, la loi en vigueur repose sur le principe de la liberté du congé. Chaque partie a le droit de résilier sans indication de

motif un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Elle doit respecter cependant les termes et délais, ainsi que les autres règles énoncées aux articles 336 et suivants CO.

La jurisprudence constante considère qu'est abusif le congé donné par une partie pour un des motifs énumérés à l'article 336 alinéa 1 ou 2 CO. Selon la doctrine majoritaire, cette liste d'éventualités n'est pas exhaustive; le recours à l'abus de droit (article 2 alinéa 2 CC) étant toujours possible. Néanmoins, l'application de cette norme présuppose l'abus manifeste d'un droit, ce qui n'est pas requis dans le cadre de l'article 336 CO (ATF 111 II 242 = JdT 1986 I 79; CAPH du 21 décembre 1993, cause n° III/177/93; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 336 N° 2 et N° 3 p. 337; Rehbinder, Berner Kommentar, ad art. 336 N° 10 p. 91).

Plus spécifiquement, est abusif le congé donné parce que l'autre partie formule de bonne foi une prétention découlant du contrat de travail, d'une convention collective ou de la loi (congé-représailles - art. 336 al. 1^{er} lit. d CO). La réclamation ne doit être ni chicanière ni téméraire, car la protection ne doit pas s'étendre au travailleur qui cherche à bloquer un congé en soi admissible ou qui fait valoir des prétentions totalement injustifiées ; d'autre part, la prétention exercée ne doit pas nécessairement être fondée en droit, mais il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle l'est (Arrêts du Tribunal fédéral 4C.247/1993 et réf. citées et TF in SJ 1995, p. 797 et réf. citées).

Les seuls éléments déterminants pour qu'un congé soit abusif, sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même : le congé ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection (FF 1984 II 622; ATF du 11 novembre 1993 W. S.A. c/ M. p. 6 et 7).

Lorsque plusieurs motifs entrent en jeu, et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer, si, sans le motif illicite, le contrat de travail aurait tout de même été résilié; si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (Arrêt du Tribunal fédéral n.p. du 11.11.93, W. S.A. c/ L.M. et réf.). Il y a lieu de rechercher ainsi lequel des deux motifs ayant causé le licenciement est prépondérant (Arrêt du Tribunal fédéral n.p. du 8.2.94. U.S.A. c/ M. et Caisse de chômage; CAPH du 26.4.94 cause II/888/92).

Le travailleur supporte le fardeau de la preuve du caractère abusif du motif de congé. Le juge peut toutefois, puisqu'il apprécie librement les preuves,

admettre que la résiliation est abusive lorsque ce caractère abusif résulte avec une haute vraisemblance d'un faisceau d'indices (Vischer, Traité de droit privé VII/1,III, Der Arbeitsvertrag, p. 171 et réf. citées).

5.2 En l'espèce, certes le congé a-t-il été donné deux semaines environ après que l'employée a, pour la première fois, fait valoir des prétentions en relations avec des heures supplémentaires et quelques jours après qu'elle les a fait valoir une seconde fois par écrit. Le seul critère de la chronologie n'est toutefois pas suffisant pour admettre l'existence d'un congé abusif.

Ainsi que le relèvent à juste titre les premiers juges, les enquêtes ont en effet permis d'établir la réalité de certains des reproches formulés par l'employeur à l'égard de l'employée, et qui sont mentionnés comme motifs de congé. Il est ainsi établi que l'employeur s'est à plusieurs reprises plaint de la propreté relative qui régnait dans la cuisine, et que ses plaintes sur le sujet n'étaient pas sans fondement. Il est également établi que l'employée était désorganisée, ce qui entraînait des surcoûts, en particulier parce qu'elle s'approvisionnait dans des supermarchés et non chez un grossiste. Ainsi, même si le fait que l'employée a élevé des prétentions en relation avec des heures supplémentaires a pu jouer un rôle dans le décision de licenciement, il ne s'agit pas là, de l'avis de la Cour, du motif prépondérant du congé.

Les motifs de licenciement invoqués ne constituant pas de simple prétextes, les premiers juges ont nié avec raison le caractère abusif du congé, et leur décision sur ce point doit être confirmée.

6. Les considérants qui précèdent conduisent à la confirmation du jugement attaqué.

L'émolument d'appel versé par l'employée reste acquis à l'Etat.

Aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire, il ne sera pas alloué de dépens.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevables l'appel principal interjeté par T___ et l'appel incident interjeté par E___ contre le jugement TRPH/280/2007 rendu le 11 avril 2007 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 2, dans la cause C/21686/2006.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que l'émolument d'appel versé par T___ reste acquis à l'Etat.

La greffière de juridiction

La présidente