



Monsieur

E \_\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Marc LIRONI

Bd Georges-Favon 19

Case postale 5121

1211 Genève 11

Madame

T \_\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Jacopo RIVARA

Rue Céard 13

1204 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du mercredi 25 mai 2005

M. Axel TUCHSCHMID, président

Mme Elda WINET et M. Achille PEDUZZI, juges employeurs

MM Olivier BAGNOUD et Max DETURCHE, juges salariés

Mme Adelaïde BALP, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Le 8 février 1998, l'entreprise individuelle E \_\_\_\_\_ été inscrite au Registre du commerce; son siège social se trouvait à \_\_\_\_\_ et l'entreprise avait pour objet la trattoria-pizzeria à l'enseigne « A \_\_\_\_\_ ».

Le titulaire de cette entreprise était E \_\_\_\_\_.

L'entreprise a été radiée du Registre du commerce le 25 mars 2003.

En date du 26 janvier 2001, B\_\_\_ SA a été inscrite au Registre du commerce de Genève; son but social est l'exploitation de plusieurs restaurants.

Par acte du 25 juin 2002, C \_\_\_\_\_ a vendu à B\_\_\_ SA le fonds de commerce de café et de restaurant à l'enseigne « Trattoria A \_\_\_\_\_ », sis \_\_\_\_\_.

Aux termes de l'article 7 de cette convention, la vente et cession comprenaient l'actif, à l'exception de tout passif; en conséquence, l'acheteur n'a pris aucun engagement ou responsabilité en relation à toute dette du restaurant « Trattoria A \_\_\_\_\_ ».

Des explications fournies, il résulte notamment que C \_\_\_\_\_, propriétaire gérant de la pizzeria, a confié, par contrat, la gérance et l'exploitation de cet établissement à E \_\_\_\_\_. Ce contrat a été résilié à la fin décembre 2001.

- B. Le 1<sup>er</sup> mars 1998, E \_\_\_\_\_ a engagé T \_\_\_\_\_, comme serveuse du restaurant « A \_\_\_\_\_ ».

Par avenant du 30 août 1998, le salaire de l'employée a passé, de CHF 3.200,- plus une prime de CHF 330,-, à CHF 3.600,- brut mensuel plus CHF 300,- (13<sup>e</sup> salaire).

Selon cet avenant, les écritures devaient être modifiées rétroactivement au 1<sup>er</sup> mars 1998.

Par lettre du 30 novembre 2000, invoquant une restructuration du personnel, E \_\_\_\_\_ a licencié T \_\_\_\_\_ avec effet au 31 janvier 2001.

- C. Le restaurant « A \_\_\_\_\_ » ouvrait à 7heures 30 ou 8 heures et fermait à 24 heures voire à 1 heure du matin.

En 1998, T \_\_\_\_\_ n'a pas pris de vacances, si ce n'est un ou quelques jours pour son mariage.

Comme la plupart des employés du restaurant, D \_\_\_\_\_ a disposé d'un jour et demi de congé par semaine.

Le personnel, présent au restaurant, mangeait approximativement de 11 heures à 11 heures 30 et de 18 heures à 18 heures 30. Si des clients arrivaient pendant une pause-repas, les employés se relayaient pour les servir.

F \_\_\_\_\_ a travaillé, comme cuisinier, d'octobre 1997 au 15 mai 1999. Il a constaté que T \_\_\_\_\_ a accompli des heures supplémentaires. F \_\_\_\_\_ sait que T \_\_\_\_\_ commençait son travail le matin et qu'elle faisait la fermeture.

G \_\_\_\_\_ a travaillé, comme employé ambivalent, au restaurant « A \_\_\_\_\_ », de 1997 à septembre ou octobre 1999.

Il ignore si T \_\_\_\_\_ a fait des heures supplémentaires, ce qui est également le cas d'H \_\_\_\_\_, qui a travaillé, comme musicien, à la pizzeria.

Les époux I \_\_\_\_\_ étaient voisins du restaurant « A \_\_\_\_\_ ». Comme son mari travaillait dans ce restaurant, il est arrivé à J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ de s'y rendre et d'y rencontrer T \_\_\_\_\_. En tant que voisine, il est aussi arrivé à J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ d'aller prendre un café au restaurant; ainsi, elle a constaté la présence de T \_\_\_\_\_ à l'ouverture de l'établissement, à 7 heures 30, sauf erreur. Par ailleurs, J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ a travaillé, en 1999, un ou deux mois au restaurant « A \_\_\_\_\_ », elle s'occupait du bar; son horaire était, en principe, de 19 heures à 2 heures. Pendant cette période, J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ a toujours vu T \_\_\_\_\_ présente à la fermeture du restaurant, soit à 24 heures, voire 24 heures 30 ou à 1 heure.

J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ a constaté que T \_\_\_\_\_ faisait des heures supplémentaires. L'épouse I \_\_\_\_\_ a plusieurs fois constaté que T \_\_\_\_\_ et E \_\_\_\_\_ ont discuté. A une occasion, en 2000 ou 2001, J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ a entendu E \_\_\_\_\_ dire à T \_\_\_\_\_ « de toute façon, je te payerai tes heures supplémentaires ».

K \_\_\_\_\_, la fille de E \_\_\_\_\_, a travaillé avec T \_\_\_\_\_. K \_\_\_\_\_ ne pense pas que sa collègue a fait des heures supplémentaires; toutefois, elle a relevé que cela remontait à six ans. Le soir, K \_\_\_\_\_ finissait son travail avant T \_\_\_\_\_.

L \_\_\_\_\_ a travaillé, depuis l'été 1998, sauf erreur, pendant environ vingt mois, comme serveur, au restaurant « A \_\_\_\_\_ ». Il n'a jamais fait d'heure supplémentaire et il ignore si sa collègue, T \_\_\_\_\_, en a fait. Elle lui a parfois dit en avoir effectué.

L \_\_\_\_\_ commençait son travail, au plus tôt, à 10 heures. T \_\_\_\_\_ était souvent déjà sur place; en effet, elle s'occupait souvent de l'ouverture du restaurant. Il est arrivé à L \_\_\_\_\_ de faire la fermeture, à 24 heures, il sait que T \_\_\_\_\_ s'est aussi occupée de la fermeture; il ignore avec quelle régularité.

- D. Chaque semaine, E\_\_\_\_\_ affichait à la cuisine de la pizzeria les horaires de chaque employé.

Des explications de T\_\_\_\_\_, il résulte notamment qu'à la fin de chaque semaine, elle copiait l'horaire affiché dans la cuisine et la concernant.

T\_\_\_\_\_ produit ses plannings d'horaires de mars à août 1998.

Au sujet des horaires des employés, E\_\_\_\_\_ a expliqué que les pièces concernant les plannings de jours, de repos et de vacances ont disparu à l'occasion de deux cambriolages intervenus les 30 juin et 25 juillet 1999.

- E. Par demande déposée le 20 novembre 2002, T\_\_\_\_\_ a assigné le Restaurant « A\_\_\_\_\_ » devant la juridiction des prud'hommes.

Cette demande a été retirée en conciliation (cause C/ 1471/ 2003-2; p.v. du 23.4.2002 p. 2).

Par un deuxième acte introductif d'instance déposé le 8 janvier 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné B\_\_\_ SA; cette dernière contesta avoir été l'employeur de la demanderesse.

Par jugement du 25 septembre 2003, le Tribunal des prud'hommes, groupe 2, a débouté T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions. En définitive, les juges ont retenu le défaut de légitimation passive de B\_\_\_ SA. A cet effet, il a été relevé que le contrat avait été conclu entre T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ et que ce dernier avait cédé son entreprise individuelle à B\_\_\_ SA, alors que la convention prévoit que cette vente et cession comprenaient l'actif seul à l'exclusion de tout passif.

Par une demande déposée le 14 octobre 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de CHF 8.337,60 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2002. Cette somme correspond, à concurrence de CHF 5.885,- à des heures supplémentaires, de CHF 918,80 et CHF 1.573,80 respectivement à des jours de congé non pris et à des vacances avec jours fériés.

Dans son écriture de réponse déposée le 9 janvier 2004, la défenderesse a conclu au déboutement de sa partie adverse avec suite de dépens.

Par décision du 9 février 2004, le Tribunal a ordonné l'apport de la procédure consécutive à la demande de T\_\_\_\_\_ dirigée contre B\_\_\_ et a suspendu l'instruction de la cause jusqu'à droit connu dans l'autre cause.

A la suite du jugement de déboutement de sa demande dirigée contre B\_\_\_ SA, pour défaut de légitimation passive, par lettre du 1<sup>er</sup> juin 2004, D\_\_\_\_\_ a requis la reprise de l'instruction.

A l'audience du 25 juin 2004, T\_\_\_\_\_ a amplifié sa demande à concurrence de CHF 2.049,- brut, à titre de jours de congé non pris de janvier à septembre 1999, soit CHF 10.426,60 sous déduction de CHF 1.000,- net reçus à la fin des relations de travail.

Par ordonnance préparatoire du 25 juin 2004, les premiers juges ont ordonné aux parties de produire des mémoires concernant les allégués et pièces produites à l'audience du même jour et d'y joindre toute pièce justificative; le Tribunal a également ordonné à E\_\_\_\_\_ de produire les fiches de salaires et contrôle de présences (vacances, jours fériés, jours de repos et contrôle horaire) relatives à T\_\_\_\_\_.

Dans une lettre du 9 juillet 2004, l'avocat de la demanderesse a indiqué que celle-ci avait travaillé du 1<sup>er</sup> mai au 4 juillet et du 12 juillet au 31 août 1999, soit trois mois et 3,33 semaines. T\_\_\_\_\_ a indiqué réduire ses conclusions à CHF 965,- brut, pour les demi-journées non prises en 1999.

A l'audience du 8 septembre 2004, le défendeur a notamment expliqué ne pas disposer de pièces justificatives concernant les jours de congé et les horaires en raison de deux cambriolages des 30 juin et 25 juillet 1999.

Au cours de cette même audience, le défendeur a invoqué la prescription concernant la période de mars à mi-octobre 1998.

En référence à la réclamation de sa partie adverse relative aux 9,62 jours de vacances en 1998. l'employeur a confirmé que la demanderesse n'avait pas pris de vacances en 1998, si ce n'est quelques jours pour son mariage.

Lors de cette même audience du 8 septembre 2004, le Tribunal a procédé à l'audition des parties et, comme témoins, de J\_\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_.

Par jugement du 16 décembre 2004, notifié par plis du même jour, le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ CHF 10.426,60 brut avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2002 sous déduction de CHF 1.000,- net; la partie qui en avait la charge a été invitée à opérer les déductions sociales, légales et usuelles. Les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions.

Après avoir rappelé que la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT) trouvait son application, le Tribunal a écarté la prescription invoquée par le défendeur.

En ce qui concerne les heures supplémentaires effectuées de mars à septembre 1998, les premiers juges ont retenu que l'employeur devait supporter l'absence de preuve contraire aux allégations de sa partie adverse et que les enquêtes avaient révélé que les assertions de la demanderesse étaient vraisemblables et fondées; le Tribunal a ainsi alloué la somme brute de CHF 5.885,- à T\_\_\_\_\_.

Constatant que le nombre de six jours non pris en 1998 n'était pas contesté, les premiers juges ont donné suite aux conclusions de la demanderesse en paiement de CHF 981,80; quant à 1999, après avoir constaté que le nombre de jours de congé non pris, soit 17,32, était conforme, le Tribunal a arrêté à CHF 2.834,20 le montant dû à ce titre à T\_\_\_\_\_.

Pour les jours de vacances et fériés de 1999, soit 9,62 jours invoqués par la demanderesse et non contestés par sa partie adverse, le Tribunal a alloué CHF 1.154,40 à T\_\_\_\_\_.

Le montant total de CHF 10.855,40 admis par les premiers juges étant supérieur aux conclusions de la demanderesse, les premiers juges ont alloué ses conclusions en CHF 10.426,60, sous déduction de CHF 1.000,- net, à l'employée.

F. Par acte posté le 17 janvier 2005, E\_\_\_\_\_ a appelé du susdit jugement, concluant à son annulation et à ce que statuant à nouveau, la Cour d'appel constate que les prétentions de T\_\_\_\_\_, afférentes à la période du premier mars au 13 octobre 1998 inclusivement, sont prescrites, au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, avec suite de dépens. Si mieux n'aime la Cour, l'appelant requiert qu'il soit constaté qu'il est débiteur de CHF 1'154,40 avec intérêts à 5% dès le 14 octobre 2003, sous déduction de CHF 1'000.-, au déboutement de l'intimée de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

Dans son mémoire de réponse déposé le 7 février 2005, l'intimée a conclu à l'irrecevabilité de l'appel et, subsidiairement, à la confirmation partielle du jugement, en tant qu'il avait condamné l'appelant au paiement d'une somme brute de CHF 9.178,10.

A l'audience du 13 avril 2005, en référence à un certificat médical du 12 du même mois, l'absence de l'intimé a été excusée. Il a été procédé à l'audition de T\_\_\_\_\_ et des témoins L\_\_\_\_\_, P\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_.

Les parties ont renoncé à une nouvelle audience.

Au terme de celle du 14 avril 2005, la cause a été gardée à juger.

Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

## EN DROIT

1. L'intimée invoque la tardiveté, en conséquence, l'irrecevabilité de l'appel en tant que ce dernier a été posté le trentième jour après la notification du jugement et est parvenu au greffe des prud'hommes après l'échéance de ce délai de trente jours.

A cet effet, T\_\_\_\_\_ se réfère au texte de l'article 59 LJP.

Ce moyen est écarté.

En effet, si l'article 59 al. 1 LJP stipule que l'appel doit être déposé dans les trente jours (...), il n'est pas question de « déposé » au greffe.

Le deuxième alinéa de cette disposition précise l'alinéa précédent, en ce sens que l'appel est formé par une écriture motivée déposée au greffe ou adressée à celui-ci par lettre recommandée.

Cette disposition implique que deux solutions sont prises en considération, à savoir soit le dépôt au greffe, soit l'envoi par lettre recommandée.

Dans un arrêt du 10 octobre 2001, l'envoi de l'appel par poste a effectivement été pris comme référence pour déterminer l'irrecevabilité de l'appel (CA PH du 10.10.2001, C/2278/2001-1, p. 5).

En conséquence, le délai de trente jours étant arrivé à échéance le dimanche 16 décembre 2004, cette échéance a été reportée au lundi 17 décembre suivant (articles 29 al. 3 LPC et 11 LJP).

Déposé dans le délai et selon la forme prévus par la loi (article 59 LJP), l'appel est donc recevable.

2. En application en particulier des Arrêtés du Conseil fédéral des 19 novembre 1998 et 12 décembre 2002, les rapports juridiques, qui se sont instaurés entre les parties, sont soumis, en partie, à la Convention collective nationale pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT) (articles 1 et ss de la loi fédérale permettant d'étendre l'application de la convention collective sur la travail).

La CCNT 1998 est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 1998. Les contrats de travail en vigueur avant le 1<sup>er</sup> octobre 1998 sont soumis à la CCNT 98 dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999 (article 3 ch. 1 et 2 CCNT 98).

Pour la période antérieure à la CCNT 98, la Convention collective de travail (CCT) pour les hôtels, restaurants et cafés du canton de Genève (arrêté du Conseil d'Etat

du 26 février 1997, approuvé par le Département fédéral de l'économie publique le 27 mars 1997) s'appliquait à tous les employeurs et les collaborateurs qui exerçaient une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration (article 1 ch. 2 CCT).

3. Concernant les prétentions de sa partie adverse portant sur la période de mars à la mi-octobre 1998, l'appelant reprend l'exception de la prescription, déjà soulevée en première instance et écartée par le Tribunal, qui a retenu l'interruption de ladite prescription, sur la base de l'interprétation d'un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 114 II 335 = JdT 1989 I 337).

Les actions du travailleur pour leurs services se prescrivent par cinq ans (article 128 ch. 3 CO).

Cette disposition concerne les créances qui ont un caractère salarial; les autres créances, en particulier en indemnités se prescrivent par dix ans (article 127 CO) (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 322).

Tous les délais de prescription commencent à courir dès que la créance est devenue exigible (article 130 al. 1 CO).

En l'espèce, la demande de T\_\_\_\_\_ a été déposée le 14 octobre 2003.

L'exception de prescription est écartée par la Cour d'appel pour d'autres motifs que ceux admis en première instance.

Ainsi, concernant les heures supplémentaires, aux termes de l'article 64 ch. 5 CCT, à la fin des rapports de travail, soit en l'espèce au 31 janvier 2001, toutes les heures supplémentaires doivent être payées (...).

Le même principe est prévu par la CCNT 98, dont l'article 15 ch. 2 stipule que si la compensation n'est plus possible, les heures supplémentaires doivent être payées au plus tard à la fin des rapports de travail.

L'article 16 ch. 5 CCNT 98 reprend le même principe concernant les jours de repos non pris lesquels doivent donc être payés à la fin des rapports de travail. En ce qui concerne la CCT, son article 68 stipule que les jours de repos qui, à la fin des rapports de travail, n'ont pas été pris doivent être indemnisés conformément à l'article 75.

Pour ce qui est des jours de vacances, non pris, le même principe, à savoir leur indemnisation à la fin des rapports de travail est prévue respectivement aux articles 76 CCT et 17 ch. 5 CCNT 98.

En conséquence, pour les réclamations de l'intimée concernant le payement des heures supplémentaires effectuées en 1998, des jours de repos et de vacances non pris en 1998, la fin des rapports de travail étant intervenue le 31 janvier 2001 et la demande ayant été déposée le 14 octobre 2003, le délai de prescription de cinq ans (article 128 ch 3 CO) n'était pas échu.

Les prétentions de T \_\_\_\_\_ ne sont donc pas prescrites.

4. Les premiers juges ont alloué à l'employée CHF 5.885,- brut pour 238 heures supplémentaires effectuées de mars à septembre 1998, soit six mois (26 semaines).

Le Tribunal a rappelé les principes prévus à l'article 21 CCNT 98 et selon lesquels l'employeur a l'obligation de tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectif et que si l'employeur n'observe pas cette obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera alors admis comme moyen de preuve en cas de litige.

Selon l'article 62 ch. 1 CCT, la durée moyenne de la semaine de travail, y compris le temps de présence, était de 42 heures au maximum pour tous les collaborateurs.

Dans la mesure où le collaborateur n'est pas tenu de rester à disposition de l'employeur, le temps consacré aux repas n'est pas compris. Il sera au minimum d'une demi-heure par repas. Si le collaborateur exécute du travail commandé pendant le temps consacré aux repas, celui-ci sera considéré comme temps de travail (article 62 ch. 2 CCT).

L'employeur et le collaborateur devaient établir conjointement chaque semaine mais au moins une fois par mois un décompte des heures de travail accomplies. Ce décompte, tenu par l'employeur, devait être signé par le collaborateur qui en recevait une copie (article 64 ch.1 CCT).

Lorsque des heures supplémentaires résultent du décompte hebdomadaire ou mensuel, y compris d'un report éventuel du mois précédent, les heures qui dépassent la limite des 200 heures doivent être payées en vertu du chiffre 3. Les heures excédentaires, inférieures à 220 heures, sont reportées au mois suivant (article 64 ch. 2 CCT).

La plupart de ces principes a été reprise dans la CCNT 98 (not. article 15).

Toutefois, les heures supplémentaires invoquées par l'appelante auraient été effectuées en 1998. En conséquence, les dispositions de la CCT sont applicables.

Comme pièces jointes à sa demande, T \_\_\_\_\_ a produit trois plannings d'horaires pour les mois de mars à août 1998.

Il doit être relevé que ces plannings, établis à la main, comportent certaines mentions difficilement lisibles voire illisibles. De plus, si, en marge de ces pièces, l'intéressée a eu l'intention d'indiquer notamment le total des heures supplémentaires hebdomadaires, les photocopies produites comportent, au plus, une douzaine de chiffres lisibles sur dix-sept semaines concernées.

En fonction des heures de début et de fin d'activités quotidiennes figurant sur ces plannings et en tenant compte d'une durée d'une demi-heure ou d'une heure, selon la partie de la journée au cours de laquelle l'employée a travaillé, la Cour de céans a procédé au calcul permettant de déterminer les heures supplémentaires effectuées.

A l'instar de la CCNT 98 (article 15 ch.1), selon la CCT (article 62), la durée moyenne de la semaine de travail était, pour tous les collaborateurs, de 42 heures au maximum.

En conséquence, pour déterminer le salaire horaire, il s'agit de diviser le salaire mensuel par le nombre d'heures, soit  $42 \text{ heures} \times 4,33 = 182 \text{ heures}$ , puis de diviser le salaire mensuel par 182.

Selon la CCNT (article 15 ch. 5 al. 3), les heures supplémentaires doivent être payées à 125% du salaire brut, alors qu'aux termes de la CCT (article 64), l'employeur était tenu de verser le salaire brut et un supplément de 25% pour les heures excédentaires effectuées dépassant 220 (...). Les heures excédentaires, inférieures à 220 heures, étaient reportées au mois suivant.

Aux fins d'adapter la cause à la CCT (article 64 ch. 2 et 4), la Cour d'appel procédera à un calcul des heures en fonction de chaque mois.

Ainsi, pour le mois de mars 1998, T \_\_\_\_\_ a travaillé, au total, 235 heures, sous déduction de 22,5 heures pour les repas, soit 212,5 heures, ce qui implique 30,5 heures supplémentaires ( $212,5 - 182$ ).

Les heures effectuées ne dépassant pas la limite de 220 heures, les 30,5 heures excédentaires sont reportées au mois d'avril.

Pour ce dernier mois, l'employée a travaillé 271 heures, moins 23,5 heures pour les repas, soit 247,5 heures. Les heures excédentaires se sont élevées à 65,5 heures ( $247,5 - 182$ ) auxquelles il convient d'ajouter les 30,5 heures supplémentaires du mois de mars, ce qui implique un total de 96 heures supplémentaires, soit un total de 278 heures ( $247,5 + 30,5$ ).

Avec un salaire mensuel brut de CHF 3.600,-, le salaire d'une heure excédentaire est de CHF 24,75 ( $3.600,- / 182 = 19,80 \times 125 \% = 24,75/\text{heure}$ ).

Pour les 96 heures excédentaires à la fin avril 1998, une somme de CHF 2.376,- est due à l'employée.

En mai 1998, l'intimée a effectué 242 heures de travail (263,5 heures-21,5 pour les repas). En conséquence, le nombre d'heures excédentaires a été de (242-182) 60 heures; une somme de CHF 1.485,- (60x 24,75) est due à l'employée.

En juin 1998, T \_\_\_\_\_ a travaillé 214 heures, moins 22,5 heures pour les repas, soit 191,5 heures. Les heures excédentaires ont été 9,5 (191,5-182). Les heures effectuées (191,5) n'ayant pas dépassé la limite de 220 heures, les 9,5 heures sont reportées au mois de juillet.

Pour le mois de juillet 1998, les heures de travail se sont élevées à 185 heures, moins 12 heures pour les repas, soit 173 heures au total. En conséquence, avec une différence de 9 heures, le nombre d'heures limite de 182 n'a pas été atteint. Compte tenu des 9,5 heures reportées du mois de juin, le solde positif est 0,5 heure à reporter au mois suivant (article 64 ch. 3 al. 2 CCT).

En août 1998, l'employée a travaillé 162,5 heures, moins 14 heures pour les repas, soit 148,5. En conséquence, avec une différence de 33,5, le nombre d'heures limite de 182 heures n'a pas été atteint.

En conséquence, pour les mois de mars à août 1998, un montant total de CHF 3.861,- serait dû pour les heures supplémentaires.

La plupart des employés, entendus comme témoins, a relaté que, lors des repas, un employé s'occupait des clients (F \_\_\_\_\_, G \_\_\_\_\_, K \_\_\_\_\_ et L \_\_\_\_\_). Parfois, E \_\_\_\_\_ s'occupait lui-même des clients pendant la pause repas (F \_\_\_\_\_).

Dans ces circonstances, la Cour d'appel procède à une réduction des 116 heures de pause repas, ce qui implique une augmentation des heures supplémentaires. Ex aequo et bono, cette diminution des heures consacrées aux repas est arrêtée à 20 heures; ainsi, un montant supplémentaire de CHF 495,- est dû à l'intimée (20 x CHF 24,75).

En conséquence, la somme totale due T \_\_\_\_\_ serait de CHF 4.356,- (3.861.- + 495).

Toutefois, il est rappelé que l'employeur et le collaborateur devaient établir conjointement chaque semaine mais au moins une fois par mois un décompte des heures de travail accomplies. Ce décompte, tenu par l'employeur, devait être signé par le collaborateur, qui en recevait une copie (article 64 CCT).

En l'espèce, des explications de l'employée, il résulte que l'employeur affichait, chaque semaine, dans la cuisine, les horaires de chaque collaborateur et que les plannings de ses horaires, qu'elle produit, comme pièces 5 et suivantes jointes à sa demande, ont été écrits de sa main, en ce sens qu'à la fin de chaque semaine, elle

copiait l'horaire la concernant; E \_\_\_\_\_ n'a jamais voulu signer les plannings ainsi établis par l'intimée.

Si l'appelant ne produit pas de pièces relatives aux horaires, il explique qu'à l'occasion de deux cambriolages, de telles pièces ont disparu.

F \_\_\_\_\_ a travaillé, au restaurant «A \_\_\_\_\_ », comme cuisinier, d'octobre 1997 à la mi-mai 1999; lors de son audition par le Tribunal, il a déclaré que, sur le vu des plannings d'horaires produits par la demanderesse, les horaires indiqués lui paraissaient plausibles.

G \_\_\_\_\_ a travaillé pour l'appelant de 1997 à septembre ou octobre 1999; à l'occasion de son témoignage, après avoir dit ignorer si T \_\_\_\_\_ avait fait des heures supplémentaires, après avoir pris connaissance des plannings d'horaires du dossier de l'intimée, G \_\_\_\_\_ a déclaré que, selon lui, ces plannings reflétaient la réalité.

K \_\_\_\_\_, la fille de E \_\_\_\_\_, a été une collègue de l'intimée en particulier en 1998. Lors de son audition par les premiers juges, elle a d'abord indiqué que, selon elle, les horaires figurant sur les plannings produits par la demanderesse ne correspondaient pas à la réalité; K \_\_\_\_\_ a ensuite précisé que ces plannings étaient partiellement corrects mais qu'ils ne l'étaient pas, par exemple, quant aux heures de fermeture.

L \_\_\_\_\_ a travaillé au restaurant, pendant environ vingt mois, depuis l'été 1998. Il ignore si T \_\_\_\_\_ a fait des heures supplémentaires; elle lui a parfois dit en avoir fait, mais elle ne lui a jamais parlé de plannings; ce témoin n'a pas le souvenir de planning et aucun collègue ne lui a parlé de l'existence de tels plannings.

Quant aux autres témoins entendus, soit ils n'ont pas relaté d'éléments pertinents relatifs au problème des heures supplémentaires effectuées en 1998, soit ils n'ont pas travaillé au restaurant, en 1998, avec l'intimée.

Les heures supplémentaires, dont il est question, ont été effectuées en 1998; en conséquence, il n'est pas fait application de l'article 21 ch.2 et 3 CCNT 98, qui prévoit que si l'employeur n'observe pas son obligation de tenir un registre des heures de travail, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige.

En l'espèce, il est établi qu'en 1998, l'intimée a effectué des heures de travail supplémentaires, mais la preuve stricte de leur nombre n'a pas été apportée. A cet effet, la Cour de céans se réfère au fait que l'employée a produit des plannings manuscrits, en partie difficilement lisibles voire illisibles, au fait qu'elle a expliqué avoir copié les plannings affichés dans la cuisine, alors que l'employeur n'a quant à lui pas prouvé avoir établi de tels plannings; à ce sujet, la Cour relève que la disparition de tels documents lors de cambriolages n'a pas été prouvée; enfin, il

convient de se référer aux repas au cours desquels du personnel, dont T \_\_\_\_\_, s'est occupé de clients, ce qui a eu comme conséquence que ces pauses repas doivent être considérées comme temps de travail (article 62 ch. 2 CCT).

Dans ces circonstances, la Cour d'appel procède à une estimation, par une application analogique de l'article 42 al. 2 CO, du nombre d'heures supplémentaires (ATF du 18.7.2003 4P/2003; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, p. 70).

En référence aux principes et aux éléments repris précédemment, la Cour de céans arrête, en équité, à 180 heures le nombre d'heures supplémentaires effectuées, de mars à août 1998, par T \_\_\_\_\_.

Sur cette base, un montant de CHF 4.455,- (180 x 24,75) est dû à l'intimée.

En référence à l'écriture de l'appelant, il ne se justifie pas de déduire de cette somme le montant versé, à titre d'indemnités journalières (CHF 1.704,60) pour la période du 26 juillet au 30 août 1998.

5. Le Tribunal a alloué CHF 981,80 à l'employée pour six jours de repos non pris en 1998.

En référence à ce qui a été exposé sous chiffre 3 du présent arrêt, l'exception de prescription est écartée.

Comme la CCNT 98 (article 16 ch. 1), la CCT prévoit que l'employé avait droit à deux jours de repos hebdomadaires (article 66 ch. I).

De plus, la Cour d'appel constate que l'appelant n'a pas établi avoir payé – au noir – les jours de congé non pris par sa partie adverse.

Pour le surplus, il est constaté que le nombre de jours concernés (6) n'est pas critiqué en appel.

Toutefois, selon l'article 68 CCT, les jours de repos, qui, à la fin des rapports de travail n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés conformément à l'article 75; d'après cette dernière disposition, l'indemnité journalière de vacances est égale au trentième du salaire brut mensuel.

En conséquence, une somme CHF 720,- (3.600,-/30x6) est allouée à l'employée.

Le jugement entrepris est donc réformé en tant qu'il a mis à charge de l'employeur CHF 981,80 pour les jours de congé non pris en 1998; ce montant est ramené à CHF 720,-.

6. Les premiers juges ont alloué à T \_\_\_\_\_ CHF 1.154,40 pour les jours fériés et de vacances non pris en 1998.

Comme cela a déjà été rappelé, l'exception de prescription est écartée.

Le susdit montant de CHF 1.154,40 a été fixé par le Tribunal, qui a retenu qu'il s'agissait de tenir compte de 9,62 jours de vacances, ce qui n'est pas critiqué en appel.

Toutefois, si, selon l'article 17 ch. 1 CCNT, le collaborateur a droit à cinq semaines de vacances (35 jours civils par année, 2,92 jours civils par mois), T \_\_\_\_\_ avait droit, d'après l'article 72 a CCT, à 28 jours civils par année, soit 2,33 jours civils par mois.

Sa réclamation de 9,62 jours correspond à 3,29 jours par mois ( $9,62/2,92$ ), soit 7,66 jours de vacances ( $3,29 \times 2,33$ ).

En conséquence, une somme de CHF 919,20 ( $3.600,-/30 \times 7,66$ ) est due à l'intimée.

Le jugement entrepris est réformé en conséquence.

7. Les premiers juges ont arrêté à CHF 2.834,20 le montant dû pour des jours (17,32) de congé non pris en 1999.

Le contrat de travail de l'intimée ayant été en vigueur avant le 1<sup>er</sup> octobre 1998, il est soumis à la CCNT 98 dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999 (article 3 ch.2 CCNT).

En appel, l'employeur relève d'abord que sa partie adverse, par lettre de son conseil du 9 juillet en 1999; ensuite, en référence au décompte de la SWICA (99 jours de travail), l'appelant fait valoir que seul un montant CHF 1.156,90 aurait pu être alloué à T \_\_\_\_\_. Enfin, selon l'appelant, il a été prouvé que sa partie adverse avait bénéficié des deux jours de congé hebdomadaires, ce qui emporte le déboutement de l'employée.

Cette dernière conteste la preuve invoquée par l'appelant et elle admet la réduction de sa réclamation à CHF 1.156,-.

Certes, lors de son audition comme témoin par le Tribunal, N \_\_\_\_\_, qui a travaillé au restaurant d'avril à juillet 1999, comme serveur, a déclaré avoir eu deux jours de repos par semaine et que chaque employé en avait eu autant.

Toutefois, la majorité des collègues de l'intimée a confirmé, lors des enquêtes, disposer d'un jour et demi de congé hebdomadaire, comme T \_\_\_\_\_ (K \_\_\_\_\_, G \_\_\_\_\_ et L \_\_\_\_\_); quant à J \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_, qui a

travaillé un mois, comme dame de buffet, à une époque qu'elle n'a pu situer, elle a déclaré savoir que chaque collaborateur avait un jour et demi de congé hebdomadaire : Quant au cuisiner, F \_\_\_\_\_, qui a été l'employé de la pizzeria, d'octobre 1997 au 15 mai 1999, s'il a toujours eu deux jours, il a précisé que cela n'avait pas été le cas des autres employés, qui n'avaient disposé que d'une journée et demie.

En conséquence, sur le vu des enquêtes, la Cour de céans confirme la solution adoptée en première instance et selon laquelle, à l'instar de 1998, l'intimée n'a disposé, l'année suivante, que d'un jour et demi de repos par semaine.

En référence au décompte SWICA, les deux parties admettent qu'en 1999, l'intimée a travaillé 99 jours pour sa partie adverse, soit 14,4 semaines. Il est rappelé qu'il s'agit de rémunérer 0,5 jour de congé non pris par semaine.

Ainsi, pour les jours de congé non pris en 1999, un montant de CHF 1.178,18 (3.600,-/22x0,5x14,4) est alloué à l'employée.

En référence aux diminutions de la réclamation de T \_\_\_\_\_, la Cour rappelle que le juge statue ultra petita s'il dépasse le montant total des conclusions mais que ce n'est pas le cas s'il alloue davantage pour un poste de la réclamation sans dépasser le total du montant des conclusions (ATF 119 II 396).

8. Sur la base de ce qui a été examiné et développé dans le présent arrêt, l'employeur doit les montants suivants à sa partie adverse :

CHF 4'455,- (heures supplémentaires en 1998)  
CHF 720,- (jours de congé non pris en 1998)  
CHF 919,20 (jours de vacances non pris en 1998)  
CHF 1'178,20 (jours de congé non pris en 1999)

soit au total CHF 7.272,40, avec intérêts à 5% dès le 14 octobre 2003, date du dépôt de la demande, sous déduction de CHF 1.000,- net.

9. En l'absence de toute témérité, il n'est, de toute manière, pas alloué de dépens (article 76 LJP).

Par souci de clarté, le jugement entrepris est annulé et réformé en conséquence.

**PAR CES MOTIFS**

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

A la forme :

- Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ contre le jugement du 16 décembre 2004.

Au fond :

- Annule ce jugement.

Cela fait, statuant à nouveau,

- Condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ CHF 7.272,40 (sept mille deux cent septante-deux francs et quarante centimes) brut, avec intérêts à 5% dès le 14 octobre 2003, sous déduction de CHF 1.000,- net.
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président