



E _____ SNC
Dom. élu : Me Marc LIRONI
Boulevard Georges-Favon 19
Case postale 5121
1211 Genève 11

T _____
Dom. élu : Me Monica BERTHOLET
Rue Marignac 14
1206 GENÈVE

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du mercredi 30 novembre 2005

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Daniel CHAPELON et René LAMBERCY, juges employeurs

MM. Jean-Daniel BONNELANCE et Marc LABHART, juges salariés

Mme Laurence AELLEN, greffière d'audience

EN FAIT

Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

- A. En date du 1^{er} janvier 2000, T_____ a été engagée en qualité de serveuse au sein du café restaurant à l'enseigne « X_____ » par A_____, alors exploitant de l'établissement.

A compter du 1^{er} janvier 2001, la société en nom collectif E_____, dont le but est l'exploitation dudit café restaurant, a repris le fonds de commerce de l'établissement, ainsi que l'ensemble des contrats de travail qui avaient été conclus par A_____.

T_____ a ainsi travaillé au service de E_____ SNC dès le début de l'année 2001, pour un salaire mensuel brut de fr. 4'000.-.

L'horaire de travail convenu entre les parties était de 8,5 heures par jour, soit de 7 heures à 16 heures, y compris trente minutes de pause pour le repas de midi.

T_____ disposait de deux jours de congé par semaine, lesquels n'étaient pas fixes.

Aucun contrat de travail écrit n'a jamais été rédigé.

A l'époque où A_____ l'exploitait, le café restaurant était une affaire florissante. Ainsi, à midi, trois à quatre personnes en salle et deux en cuisine s'y affairaient pour servir jusqu'à quatre-vingts couverts.

A_____ n'a jamais rencontré de problèmes avec T_____, dont le travail lui donnait entière satisfaction.

A l'arrivée de B_____ et C_____, tous deux associés gérants

de E_____SNC, la clientèle s'est faite plus rare à midi, le restaurant ne servant plus que quarante à cinquante couverts.

Souffrant de problèmes cardiaques, T_____ a été mise en arrêt de travail complet par son médecin du 10 juin au 10 juillet 2003. Durant cette période, des indemnités de maladie ont été versées par l'assurance O_____

- B.** Après avoir repris le travail à l'issue de son congé maladie, T_____ a été licenciée avec effet au 31 août 2003, en raison d'une « restructuration du personnel », selon les termes de la lettre de licenciement du 11 juillet 2003. Elle a été libérée de son obligation de travailler jusqu'au terme du délai de congé.

En date du 27 août 2003, par courrier LSI de son conseil, T_____ a fait opposition à son licenciement, qu'elle considérait comme abusif, se réservant le droit de réclamer une indemnité correspondant à six mois de salaire. Elle a également mis E_____SNC en demeure de lui verser son salaire des mois de juin à août 2003, de lui fournir un décompte final établissant son solde de vacances et de jours fériés non compensés et de procéder au règlement du montant en sa faveur ainsi constaté.

Au mois de septembre 2003, la fiduciaire Y_____, chargée de la comptabilité de E_____SNC, a établi un décompte duquel il ressort qu'au 31 août 2003, T_____ disposait d'un solde de vacances non prises de 18,64 jours.

T_____ n'a reçu aucun versement, que ce soit à titre de salaire des mois de juin à août 2003 ou de solde de vacances.

- C.** Par demande du 21 novembre 2003 adressée au greffe de la Juridiction des Prud'hommes, T_____ a assigné E_____SNC en paiement de fr. 53'734.62, ladite somme se décomposant comme suit :

- fr. 8'390.60 à titre de salaire pour les mois de juin à août 2003, avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003 ;
- fr. 2'605.85 à titre de 13^{ème} salaire *pro rata temporis*, avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003 ;
- fr. 2'919.99 à titre d'indemnité pour vacances non prises, avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003 ;
- fr. 2'818.18 à titre de jours fériés travaillés, avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003 ;
- fr. 13'000.- à titre d'heures supplémentaires, avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003 ;
- fr. 24'000.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

T_____ a en outre sollicité du Tribunal qu'il lui donne acte de ce qu'elle se réservait le droit de requérir la mainlevée définitive d'une éventuelle opposition de E_____ SNC au commandement de payer en cours de notification au moment du dépôt de sa demande en paiement.

A l'appui de sa demande, T_____ a indiqué qu'à partir du mois d'août 2002, elle n'avait plus perçu son salaire qu'irrégulièrement et avec un retard moyen de deux à trois mois. S'étant plainte de cette situation, notamment à C_____, elle n'avait eu en retour que des promesses jamais concrétisées et des reproches injustifiés, lesquels lui avaient parfois été adressés en public, de manière brutale et méprisante. Elle a déclaré avoir, malgré les agissements de E_____ SNC, continué à remplir fidèlement ses obligations.

T_____ a ainsi relevé avoir, depuis son engagement début 2001, systématiquement travaillé lors des jours fériés, sans compensation d'aucune sorte. De plus, elle a estimé à quatre le nombre d'heures supplémentaires hebdomadaires non compensées, ni rémunérées, effectuées depuis le mois de janvier 2001. En effet, en raison du manque de personnel, elle se trouvait très souvent dans l'impossibilité de prendre sa pause de midi

et de quitter son poste à 16 heures, conformément à l'horaire de travail convenu.

T_____ a ajouté n'avoir pas perçu les montants relatifs aux salaires des mois de juin à août 2003. Durant sa période d'incapacité de travail, elle avait réclamé par deux fois le paiement de ses salaires et indemnités de maladie à C_____. Celui-ci, las de ses revendications pourtant fondées, lui avait alors fait part de son intention de la licencier, lui remettant même à deux reprises une lettre de licenciement avant de se rétracter en constatant la nullité d'un tel acte en raison de l'incapacité de travail de son employée. La résiliation, qui ne visait pas à restructurer le personnel, ni à se séparer d'une employée ne donnant pas satisfaction, mais à sanctionner les tentatives de T_____ de faire valoir ses droits, était donc abusive.

Enfin, elle a contesté que E_____ SNC lui ait versé fr. 5'000.- à titre d'acompte sur salaire en date du 19 août 2003, exposant que le reçu relatif à ce montant était un faux établi par C_____ pour les besoins de la cause.

- D.** E_____ SNC a conclu préalablement à ce qu'il soit ordonné une expertise du reçu de l'acompte sur salaire du 19 août 2003, dont les frais devaient être avancés par T_____. A titre principal, elle a conclu à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle restait devoir à T_____ la somme brute de fr. 4'603.25, à la condamnation de cette dernière en tous les frais de la procédure et à son déboutement de toute autre conclusion.

E_____ SNC a pour sa part admis devoir à T_____ la somme brute de fr. 4'603.25, correspondant aux fr. 12'061.25 figurant sur le décompte final établi par la fiduciaire, sous déduction de fr. 5'000.- d'acompte sur salaire du 19 août 2003 et fr. 2'485.- d'indemnité pour vacances non prises, injustifiée, lesdites vacances ayant été prises par la demanderesse.

Elle a également contesté les prétentions de T_____ relatives aux jours

fériés légaux, lors desquels le restaurant était fermé, et relevé que son employée, loin d'effectuer de nombreuses heures supplémentaires, quittait régulièrement son poste à 15 heures 30. Elle a par ailleurs fait valoir que les éventuelles heures supplémentaires effectuées par T_____ lui avaient toujours été payées immédiatement, en liquide, par prélèvement dans la caisse de l'établissement. S'agissant des salaires prétendument versés en retard et par acomptes, elle a indiqué que ces derniers constituaient en fait des avances sur salaire versées à T_____ à sa demande.

Pour le surplus, E_____ SNC a nié que C_____ ait adressé, en public et de manière brutale et méprisante, des reproches à la demanderesse, exposant que la clientèle s'était détournée de l'établissement en raison de l'attitude pour le moins désagréable de celle-ci, raison pour laquelle la défenderesse s'était vue contrainte de s'en séparer pour la remplacer par une autre employée. C'est l'objectif que recouvrait le terme de « restructuration du personnel » employé dans la lettre de licenciement. Elle a enfin justifié l'emploi de cette expression en précisant avoir peut-être « confondu les exigences légales relatives à l'établissement d'un certificat de travail et d'une lettre de licenciement ».

- E. En date du 26 février 2004, le Tribunal a tenu une audience lors de laquelle T_____ a confirmé sa demande en paiement de fr. 29'734.- bruts à divers titres qu'elle a énumérés ainsi que fr. 24'000.- nets à titre d'indemnité pour licenciement abusif. De plus, trois témoins ont été entendus.

A_____, ancien propriétaire du restaurant « X_____ », a déclaré avoir employé T_____ pendant une année et demie, sans rencontrer le moindre problème avec elle. Il a également précisé que, lors de sa vente, son établissement était une affaire florissante, faisant travailler trois à quatre personnes en salle et deux en cuisine et servant quatre-vingts couverts en moyenne à midi.

F_____, cuisinier au café « X_____ » de 1999 à septembre 2001, a déclaré avoir été licencié par E_____ SNC pour raison

économique. Il a souligné qu'au changement de propriétaires, bien que la cuisine soit restée la même, l'établissement, qui servait jusqu'alors soixante à septante couverts à midi, avait accusé une baisse de fréquentation. Lui-même, pour sa part, n'avait plus reçu de fiches de salaire mensuelles et son salaire lui avait été payé en retard. Il avait par ailleurs constaté que T_____ faisait des heures supplémentaires, sans pouvoir dire si elle était rémunérée en conséquence. Il pensait que l'établissement était ouvert les jours fériés, précisant qu'il y avait des menus spéciaux ces jours-là, notamment le vendredi saint et le lundi de Pâques.

G_____, client du restaurant « X_____ » s'est rappelé y avoir vu T_____ vers 17 heures 15 ou 17 heures 30, heure du changement de service. Lorsque B_____ prenait le service du soir, elle arrivait entre 17 heures et 18 heures. Il a en outre affirmé n'avoir jamais pris un verre avec T_____, celle-ci étant présente au « X_____ » en tant que serveuse et non comme cliente.

En date du 3 juin 2004, le Tribunal a tenu une audience lors de laquelle sept témoins ont été entendus.

H_____, cuisinier au café « X_____ », employé par E_____ SNC, a indiqué que T_____, avec qui il ne s'entendait pas, travaillait de 7 heures à 16 heures du lundi au vendredi et avait congé le samedi et le dimanche. Bien que travaillant lui-même de 9 heures à 14 heures et de 18 heures à 22 heures, il était sûr qu'elle terminait à 16 heures. Quant à Madame B_____, elle arrivait selon lui entre 14 heures 30 et 16 heures, soit en-dehors de ses propres heures de travail, tout comme Monsieur C_____ qui revenait vers 17 heures. Il considérait que T_____ n'était pas une bonne serveuse, dans la mesure où elle avait une fois commis une erreur en facturant une commande et avait, à une autre occasion, fait attendre des clients qui avaient finalement quitté le restaurant. Il a en outre affirmé que le restaurant était fermé les jours fériés.

I_____, client du restaurant et ami de H_____, a dit avoir toujours dû attendre dix minutes pour avoir la carte lorsque la demanderesse

servait, celle-ci ne regardant jamais les clients. Il a toutefois précisé n'avoir jamais eu d'altercation avec elle.

J_____ a affirmé avoir été servi par T_____ entre le 23 juillet et le 3 août 2003. Il la considérait comme une mauvaise serveuse, malpolie, qui ne prêtait pas attention aux clients.

K_____ a déclaré avoir eu des problèmes avec T_____, laquelle faisait attendre les clients, ce qui l'avait une fois amenée à crier pour se faire entendre. Cependant, la situation s'était améliorée. T_____ devenant gentille, elle lui avait offert des parfums. L'après-midi, elle venait vers 16 heures et était alors servie par T_____. Elle ignorait enfin si le restaurant était ouvert les jours fériés

L_____, serveuse au café « X_____ » du 1^{er} février 1999 au début du mois de mars 2001 a indiqué avoir effectué, suite au changement de propriétaires, des heures supplémentaires qui ne lui avaient pas été payées malgré ses réclamations. Elle a également déclaré que l'établissement était exploité les jours fériés, tant par les anciens que par les nouveaux propriétaires.

M_____, client du café « X_____ », a déclaré n'avoir jamais eu de problème avec T_____, qui accomplissait bien son travail et ne l'avait jamais fait attendre, bien qu'elle ait souvent été seule pour servir tous les clients de l'établissement. Il avait fréquenté le café les jours fériés, jusqu'à cinq ou six mois auparavant, date à laquelle l'établissement avait commencé à fermer ces jours-là.

N_____, client du café « X_____ », appréciait T_____, qui était aimable, le servait rapidement et avait toujours un mot agréable à son intention. Il a affirmé qu'elle était seule le matin et que le café était ouvert les jours fériés lorsqu'elle y travaillait.

F. Par ordonnance préparatoire du 3 juin 2004, le Tribunal a ordonné

l'expertise, dont les frais ont été avancés par l'Etat, du reçu de l'acompte sur salaire du 19 août 2003. Il est ressorti du rapport de l'expert nommé à cet effet que la pièce en question était un faux.

Par jugement du 4 avril 2005, expédié le 7 avril 2005, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E_____SNC à payer à T_____ la somme brute de fr. 31'797.05, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 août 2003 (ch. 1) et la somme nette de fr. 12'000.-, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 24 novembre 2003 (ch.2) ; prononcé la mainlevée de l'opposition formée par E_____SNC au commandement de payer, poursuite n° 03 263332 Z, notifié à elle le 16 décembre 2003, à hauteur de fr. 40'564.15 (ch. 3) ; dit que la poursuite n° 03 263332 Z ira sa voie (ch. 4) ; condamné E_____SNC à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire la somme nette de fr. 3'450.50 (ch. 5) ; débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 6) et invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 7).

En substance, le Tribunal a retenu les montants suivants :

- fr. 1'552.- à titre de salaire du mois de juin 2003
(fr. 4'000.- / 30 * 88% * 3) ;
- fr. 2'838.70 à titre de salaire du mois de juillet 2003
(fr. 4'000.- / 31 * 22) ;
- fr. 4'000.- à titre de salaire du mois d'août 2003 ;
- fr. 2'666.65 à titre de 13ème salaire
(fr. 4'000.- / 12 * 8) ;
- fr. 2'725.30 à titre de vacances
(fr. 4'000.- / 30 * 20,44) ;
- fr. 2'133.35 à titre d'indemnité pour jours fériés travaillés
(fr. 4'000.- / 30 * 16) ;
- fr. 15'881.05 à titre d'heures supplémentaires
(fr. 4'000.- / 42,5 h * 125% * 135) ;
- fr. 12'000.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

G. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 mai 2005, E_____ SNC a interjeté appel de ce jugement, concluant à son annulation et à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle a versé fr. 4'603.25 à l'intimée en date du 26 février 2004.

a) Dans son mémoire d'appel, l'appelante reproche tout d'abord au Tribunal d'avoir retenu les montants de fr. 2'838.70 à titre de salaire du mois de juillet 2003, fr. 4'000.- à titre de salaire du mois d'août 2003 et fr. 2'666.65 à titre de 13^{ème} salaire, alors qu'elle n'avait elle-même admis respectivement que fr. 2'800.-, fr. 2'800.- et fr. 2'367.-. S'agissant du salaire du mois de juillet 2003, elle allègue que l'intimée n'a repris son travail qu'en date du 11 juillet, alors que le Tribunal a retenu la date du 10 juillet.

b) De plus, elle considère que le Tribunal a statué *ultra petita* en accordant fr. 2'725.30 à titre de vacances à l'intimée, dans la mesure où celle-ci avait renoncé à sa conclusion y relative lors de l'audience du 26 février 2004. Elle soutient également que T_____ n'avait aucun droit aux vacances à faire valoir, s'étant rendue au Portugal durant le délai de congé.

c) S'agissant du montant accordé à titre de jours fériés travaillés, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir violé l'article 8 CC en examinant de manière manifestement partielle, voire partielle, la situation et retenant, en l'absence de toute vraisemblance, que le restaurant était ouvert les jours fériés.

d) L'appelante reproche également aux premiers juges d'avoir accordé fr. 15'881.05 à l'intimée à titre d'heures supplémentaires, d'une part en statuant *ultra petita*, dans la mesure où elle n'avait conclu qu'à une indemnisation à hauteur de fr. 13'000.-, d'autre part alors que celle-ci n'avait pas prouvé les avoir effectuées.

e) Enfin, elle relève que c'est à tort que le Tribunal a accordé une indemnité pour licenciement abusif à l'intimée, ledit caractère abusif n'ayant pas été démontré.

- H.** En réponse, l'intimée a conclu au déboutement de l'appelante de l'intégralité de ses conclusions.

Elle a fait sien le raisonnement du Tribunal, considérant que c'était à bon droit que celui-ci avait retenu les montants contestés par l'appelante. Elle a également admis avoir reçu fr. 4'603.25 de E_____ SNC le 26 février 2004.

- I.** En date du 4 octobre 2005, la Cour d'appel a tenu une audience au cours de laquelle I_____, H_____ et K_____ ont été entendus comme témoins et ont confirmé les déclarations faites devant les premiers juges.

Les deux parties ont maintenu leurs conclusions. L'appelante a indiqué ne pas contester le solde de vacances tel qu'il ressortait des feuilles de salaire de l'intimée (pièces 4 appelante et 8 intimée), soit 18,64 jours au 31 août 2005. Elle a également confirmé détenir les bandes de contrôle des caisses enregistreuses du restaurant et expliqué que l'augmentation du chiffre d'affaires suite au départ de l'intimée était due au fait que les gérants avaient assuré eux-mêmes le service.

L'intimée a pour sa part précisé n'avoir pas limité sa demande aux heures supplémentaires effectuées durant l'année 2003, le calcul y relatif figurant dans son écriture n'étant qu'un exemple. Elle a ajouté ne pas contester le montant final retenu par le premier juge, considérant qu'il correspondait à la réalité, bien que découlant d'un calcul manifestement inexact. Enfin, elle a relevé être à nouveau employée par l'ancien gérant du café restaurant « X_____ », à l'entière satisfaction de celui-ci et sans répercussion sur la fréquentation de l'établissement.

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

- J.** Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la

mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. 1.1 Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), dès lors que le jugement a été notifié le 15 avril 2005 et l'acte d'appel déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 mai 2005, l'appel est recevable.

1.2 Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants du Code des Obligations (ci-après CO). La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de l'appelante que le lieu habituel de travail de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

1.3 Ainsi que l'a constaté le Tribunal des prud'hommes dans son jugement du 4 avril 2005 (cf. consid. 3, p.12), les parties sont liées par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (ci-après CCT), ce qu'elles ne contestent pas.

2. L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal de ne pas avoir retenu les montants qu'elle avait admis en ce qui concerne le salaire des mois de juillet et août 2003, ainsi que le treizième salaire.

2.1 A teneur de l'article 8 alinéa 3 CCT, pour calculer le salaire brut par jour civil, il y a lieu de diviser le salaire brut mensuel par trente.

En l'espèce, s'agissant du mois de juillet 2003, l'intimée a été absente du 1^{er} au 9 juillet inclus. Durant cette période, c'est l'assurance O_____ qui a

assumé le versement de ses indemnités, ainsi que cela ressort des décomptes produits (pièces 4 et 4 bis intimée). De même, les feuilles de salaire de l'intimée (pièces 4 appelante et 8 intimée) révèlent qu'au mois de juillet 2003, elle a été absente durant neuf jours pour cause de maladie, les indemnités desdits jours ayant été versées par l'assurance. Au vu de ce qui précède, la Cour retiendra que l'intimée a repris son travail le 10 juillet 2003.

Partant, l'appelante reste lui devoir le salaire relatif à la période du 10 au 31 juillet 2003, soit la somme de fr. 2'933.35 (fr. 4'000.- / 30 * 22).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les procédures régies par la maxime des débats, lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour un des éléments de la demande et moins pour un autre (ATF 119 II 396 consid. 2 et références citées).

Aussi, bien que l'intimée n'ait conclu en première instance qu'à l'allocation de fr. 2'838.70 à titre de salaire du mois de juillet 2003, la Cour retiendra le montant de fr. 2'933.35.

2.2 S'agissant du salaire du mois d'août 2003, il est dû intégralement puisque les rapports de travail n'ont pris fin que le 31 août 2003. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter du montant de fr. 4'000.- convenu entre les parties, d'autant plus que celui-ci figure sur la feuille de salaire de l'intimée (pièces 4 appelante et 8 intimée).

2.3 Aux termes de l'article 12 alinéa 1 CCT, dès la troisième année de travail, le collaborateur a droit à un treizième salaire correspondant à 100% du salaire mensuel brut. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, pour une année

de travail incomplète, le collaborateur a droit au treizième salaire *pro rata temporis*.

Les rapports de travail entre les parties ayant débuté le 1^{er} janvier 2001 pour prendre fin le 31 août 2003, soit durant la troisième année de service de l'intimée, l'appelante lui doit 100% de son salaire mensuel brut *pro rata temporis*, soit fr. 2'666.65 (fr. 4'000.- / 12 * 8). Le calcul effectué par les premiers juges est donc exact.

Par conséquent, bien que l'intimée n'ait conclu en première instance qu'à l'allocation de fr. 2'605.85 à titre de treizième salaire, la Cour, qui n'est liée que par la somme totale réclamée, retiendra le montant de fr. 2'666.65.

3. L'appelante se plaint ensuite de ce que le Tribunal aurait d'une part statué *ultra petita* en accordant fr. 2'725.30 à l'intimée à titre de vacances, alors que celle-ci aurait renoncé à sa conclusion y relative lors de l'audience du 26 février 2004 et d'autre part accordé ladite indemnité alors que l'intimée avait totalement épuisé son droit aux vacances en se rendant au Portugal durant le délai de congé.

3.1 Dans son écriture du 21 novembre 2003, l'intimée a clairement conclu au paiement de fr. 2'919.99, à titre d'indemnité pour vacances non prises, ainsi que l'a relevé le Tribunal. De plus, lors de l'audience du 26 février 2003, elle a indiqué confirmer sa demande en paiement. Le simple fait que ce poste, tout comme celui du treizième salaire, ne figure pas dans l'énumération faite lors de cette audience ne signifie pas pour autant que l'intimée y a renoncé. En effet, à cette occasion, elle a chiffré sa demande à fr. 29'734.- bruts, montant qui correspond à l'addition des divers postes mentionnés dans son écriture, y compris celui relatif aux vacances.

3.2 En outre, lors de l'audience du 4 octobre 2005, l'appelante a admis que l'intimée bénéficiait d'un solde de vacances de 18,64 jours au 31 août 2003, comme indiqué sur sa fiche de salaire (pièces 4 appelante et 8 intimée).

Sur la base de ce document et en application de l'article 17 alinéa 3 CCT, selon lequel, à la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de 1/30 du salaire mensuel brut, la Cour retiendra que l'appelante reste devoir une indemnité de fr. 2'485.35 (fr. 4'000.- / 30 * 18,64) à l'intimée à titre de vacances non prises.

- 4.** L'appelante critique également la manière, selon elle manifestement partielle, dont le Tribunal a apprécié les preuves relatives à l'ouverture du café restaurant lors des jours fériés.

4.1 A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

En l'espèce, seul le témoin H_____ a affirmé durant les enquêtes que le café restaurant était fermé lors des jours fériés, alors que quatre autres témoins (F_____, L_____, M_____ et N_____) ont déclaré le contraire. Qui plus est, H_____, actuellement employé de l'appelante, ne s'entendait pas bien avec l'intimée. On ne saurait dès lors reprocher au Tribunal, libre de se forger une conviction sur la base des

preuves administrées, d'avoir été partial dans l'appréciation desdites preuves. D'autant plus que l'appelante avait la possibilité de prouver la prétendue fermeture de l'établissement en produisant les bandes de contrôle des caisses enregistreuses, ce qu'elle n'a pas fait.

Partant, la Cour retiendra les constatations des premiers juges selon lesquelles le café restaurant était ouvert lors des jours fériés, déduisant de ce fait que l'intimée y travaillait et n'avait donc pu bénéficier des jours fériés auxquels elle avait droit.

4.2 Aux termes de l'article 18 alinéa 1 CCT, le collaborateur a droit à six jours fériés par an, soit un demi-jour par mois. En cas d'année de travail incomplète, le nombre de jours fériés à accorder est déterminé par la durée des rapports de travail. Lorsque les jours fériés n'ont été ni accordés, ni compensés par un jour de congé supplémentaire, ils doivent être payés chacun à raison de 1/22 du salaire mensuel brut (art. 18 al. 3 CCT).

Ainsi l'intimée, employée de l'appelante du 1^{er} janvier 2001 au 31 août 2003, aurait dû bénéficier de seize jours fériés (0,5 * 32 mois). L'indemnité qui lui est due à titre de jours fériés travaillés s'élève donc à fr. 2'909.10 (fr. 4'000.- / 22 * 16).

Comme déjà exposé, la Cour n'est liée que par le montant total des prétentions de l'intimée, et non par celui demandé pour chacun des postes du dommage. Par conséquent, bien que celle-ci n'ait conclu en première instance qu'à l'allocation de fr. 2'818.18 à titre de jours fériés travaillés, c'est le montant de fr. 2'909.10 qui sera retenu.

5. L'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir accordé fr. 15'881.05 à l'intimée à titre d'heures supplémentaires, d'une part en

statuant *ultra petita*, dans la mesure où elle n'avait conclu qu'à une indemnisation à hauteur de fr. 13'000.-, d'autre part alors que celle-ci n'avait pas prouvé les avoir effectuées.

5.1 Force est de constater que le Tribunal a procédé à un calcul manifestement erroné, qui l'a conduit à allouer une indemnité de fr. 15'881.05 à l'intimée, laquelle ne demandait que fr. 13'000.-. Cependant, ce faisant, il n'a pas pour autant statué *ultra petita*, dans la mesure où il n'était lié que par le montant total réclamé par l'intimée et n'a pas dépassé celui-ci.

5.2 A teneur de l'article 15 alinéa 5 CCT, les heures supplémentaires sont des heures de travail faites en plus de la durée moyenne de la semaine de travail convenue. En application de cette disposition, si elles ne peuvent être compensées dans un délai convenable par du temps libre de même durée, elles doivent être payées, au plus tard à la fin des rapports de travail, à 125% du salaire brut. Au demeurant, le Tribunal a correctement rappelé les principes applicables au système du fardeau de la preuve des heures supplémentaires.

En l'espèce, le témoin F_____ a constaté que l'intimée faisait des heures supplémentaires. G_____ s'est pour sa part rappelé l'avoir vue travailler vers 17 heures 15 ou 17 heures 30 et K_____, qui venait au café vers 16 heures, y était servie par celle-ci. Des différents témoins entendus sur ce point, seul H_____ a affirmé que l'intimée quittait son poste à 16 heures. Cependant, il convient de relever que dans la mesure où il ne travaillait pas entre 14 heures et 18 heures, il lui était pour le moins difficile de connaître avec exactitude l'heure à laquelle l'intimée terminait sa journée.

La Cour fera donc sien le raisonnement du Tribunal et retiendra qu'il ne fait aucun doute, au vu des témoignages susmentionnés, que l'intimée a effectué de nombreuses heures supplémentaires.

Comme l'ont relevé les premiers juges, en l'absence de décompte des heures de travail, leur nombre doit être apprécié en équité. Ainsi, au regard de l'horaire convenu entre les parties et des indications données par les témoins, lesquels ont fréquemment vu l'intimée travailler jusqu'à 17 heures, il est approprié d'admettre que le nombre d'heures supplémentaires hebdomadaires effectuées par l'intimée s'élève à quatre.

S'agissant de la période à prendre en considération, il convient de suivre l'intimée lorsque celle-ci indique avoir, dans son écriture, conclu au paiement des heures supplémentaires effectuées durant toute la période d'engagement. En effet, considérant qu'elle évalue elle-même les heures supplémentaires à quatre par semaine, il est manifeste que le montant de fr. 13'000.- demandé ne peut être basé sur les seules 80 heures environ alléguées pour 2003, même rémunérées à 125%.

L'intimée ayant effectivement travaillé pour l'appelante du 1^{er} janvier 2001 au 10 juin 2003, soit durant environ 119 semaines (48 semaines en 2001, 48 semaines en 2002 et 23 semaines en 2003), elle a effectué quelques 476 heures supplémentaires, lesquelles doivent être rétribuées à hauteur de fr. 12'923.10 (fr. 4'000.- * 12 / 52 / 42,5 * 125% * 476).

C'est le montant que retiendra la Cour.

L'appelante sera donc condamnée à verser la somme brute de fr. 29'469.55 (fr. 1'552.- + fr. 2'933.35 + fr. 4'000.- + fr. 2'666.65 + fr. 2'485.35 + fr. 2'909.10 + fr. 12'923.10), plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 31 août 2003.

6. Enfin, l'appelante se plaint de ce que le Tribunal a accordé une indemnité pour licenciement abusif à l'intimée, alors même que le caractère abusif du congé n'aurait pas été démontré.

Aux termes de l'article 336 alinéa 1 lettre d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité, laquelle doit tenir compte de toutes les circonstances et ne saurait dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 336 a al. 1 et 2 CO).

La Cour fera sien le raisonnement du Tribunal, lequel a conclu au caractère abusif du congé après avoir constaté que les motifs successivement invoqués à l'appui du licenciement, soit une prétendue restructuration du personnel puis la volonté de l'appelante de se débarrasser d'une employée travaillant mal et faisant fuir la clientèle se sont avérés faux. Les mensonges de l'appelante viennent ainsi étayer la thèse de l'intimée selon laquelle le véritable motif de son licenciement serait ses vaines tentatives de faire valoir ses droits.

Au vu des circonstances du cas d'espèce, soit notamment le fait que l'appelante ait systématiquement versé le salaire de l'intimée en retard puis l'ait licenciée immédiatement à son retour de congé maladie, alors que celle-ci ne réclamait que son dû, soit le salaire relatif au travail qu'elle avait effectué ; la Cour fixera le montant de l'indemnité pour licenciement abusif due à l'intimée à deux mois de son salaire.

L'appelante sera donc condamnée à verser à l'intimée la somme nette de fr. 8'000.-, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 24 novembre 2003.

7. A toutes fins utiles, la Cour donnera acte à l'appelante de ce qu'elle a versé fr. 4'603.25 à l'intimée en date du 26 février 2004, ce que celle-ci admet par ailleurs.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Déclare recevable l'appel interjeté par E_____SNC contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 4 avril 2005, rendu dans la cause C/25448/2003-2 ;

Au fond :

- Annule les chiffres 1 à 3 dudit jugement ;

Et statuant à nouveau :

- Condamne E_____SNC à payer à T_____ la somme brute de fr. fr. 29'469.55 (vingt-neuf mille quatre cent soixante-neuf francs et cinquante-cinq centimes), avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2003;
- Condamne E_____SNC à payer à T_____ la somme nette de fr. 8'000.- (huit mille francs), avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 24 novembre 2003;
- Prononce la mainlevée de l'opposition formée par E_____SNC au commandement de payer, poursuite n° 03 263332 Z, notifié à elle le 16 décembre 2003, à hauteur de fr. 37'469.55 ;
- Donne acte à E_____SNC de ce qu'elle a versé fr. 4'603.25 à T_____ en date du 26 février 2004 ;

- Confirme le jugement pour le surplus ;
- Déboute les parties de toute autre conclusion;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

La greffière de juridiction

Le président