

## **BGer 4A\_8/2017 vom 30. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_8\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_8_2017)

FR: TF 4A\_8/2017 du 30 mars 2017

IT: TF 4A\_8/2017 del 30 marzo 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le refus d'accorder l'assistance judiciaire est une décision incidente généralement susceptible de causer un préjudice irréparable, et partant sujette à un recours immédiat ( art. 93 al. 1 let. a LTF ; ATF 129 I 129 consid. 1.1; arrêt 4A\_441/2016 du 29 août 2016 consid. 2). La voie de droit contre une telle décision est déterminée par le litige principal ( ATF 137 III 380 consid. 1.1 p. 382).

En l'occurrence, l'incident s'inscrit dans une affaire civile pécuniaire qui ressortit au droit du travail et dont la valeur litigieuse excède manifestement le seuil légal de 15'000 fr. ( art. 72 al. 1 et art. 74 al. 1 let. a LTF ). La recourante a agi en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre la décision par laquelle l'autorité cantonale de dernière instance a rejeté son recours ( art. 75 et art. 76 al. 1 LTF ). Les conditions du recours en matière civile sont ainsi réalisées sur le principe.

#### **E. 2**

Le recours peut être exercé pour violation du droit fédéral ( art. 95 let. a LTF ), notion qui inclut le droit constitutionnel ( ATF 136 I 241 consid. 2.1 p. 247).

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). «Manifestement inexactes » signifie ici «arbitraires» ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'invocation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes en conformité avec les règles de procédure les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18).

#### **E. 3.1**

Selon l' art. 117 CPC , une personne a droit à l'assistance judiciaire si (let. a) elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si (let. b) sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès.

Selon la jurisprudence, un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, au point qu'elles ne peuvent guère être considérées comme sérieuses. La condition de l' art. 117 let. b CPC est en revanche réalisée lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux seconds ( ATF 142 III 138 consid. 5.1; 139 III 475 consid. 2.2 p. 476). L'élément décisif est de savoir si une partie qui disposerait des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. En effet, une partie ne doit pas être mise en mesure de mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses propres frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien ( ATF 142 III 138 consid. 5.1; 138 III 217 consid. 2.2.4). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête, sur la base d'un examen sommaire ( ATF 139 III 475 consid. 2.2).

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance judiciaire sera ainsi refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés. Il en sera de même si, en droit, la démarche du requérant paraît d'emblée irrecevable, ou juridiquement infondée. L'autorité chargée de statuer sur l'assistance ne doit pas se substituer au juge du fond; tout au plus doit-elle examiner s'il y a des chances que le juge adopte la position soutenue par le requérant, chances qui doivent être plus ou moins équivalentes aux risques qu'il parvienne à la conclusion contraire (arrêt 4A\_614/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2 et les références citées).

Déterminer s'il existe des chances de succès est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; en revanche, savoir si les faits sont établis ou susceptibles d'être prouvés est une question qui relève de l'appréciation des preuves, laquelle ne peut être corrigée qu'en cas d'arbitraire (arrêts 4A\_325/2016 du 19 octobre 2016 consid. 4.2; 4A\_614/2015 précité consid. 3.2; cf. aussi ATF 129 I 129 consid. 2.1; 124 I 304 consid. 2c).

### **E. 3.2**

La recourante plaide que les chances de succès de son appel n'ont pas été correctement appréciées. Elle soulève quatre griefs.

#### **E. 3.2.1**

Dans un premier moyen, la recourante reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir écarté sans explication sa prétention de 22'689 fr. en paiement d'un supplément de 50 % afférent aux heures de travail accomplies le dimanche. Le juge du fond aurait commis un déni de justice formel ( art. 29 al. 1 Cst. ) et l'autorité précédente serait également restée silencieuse à ce sujet, ou du moins n'aurait-elle pas traité cette question précisément. Or, la recourante disposerait d'éléments sérieux pour établir son horaire de travail le dimanche.

Les autorités genevoises ont expressément cité l'art. 7 al. 2 CTT-EDom, selon lequel les heures effectuées les dimanches et jours fériés ouvrent droit, au choix du travailleur, soit à une majoration de salaire de 50 %, soit à un congé payé majoré de 50 % (cf. aussi l'art. 13 al. 2 CTT-TED, dont la teneur est quasi identique). Les contrats-types édictés par les cantons dans le cadre de l' art. 359 al. 2 CO constituent du droit privé cantonal (arrêts 4P.277/2003 du 2 avril 2004 consid. 3.1; 4C\_2/2013 du 10 juillet 2013 consid. 1.1), dont le Tribunal fédéral ne revoit l'application que si elle donne lieu à un grief de violation du droit fédéral, tel le grief d'arbitraire ( ATF 134 III 379 consid. 1.2). En l'occurrence, la question du pouvoir de cognition dans ce cas particulier où l'autorité de céans contrôle l'appréciation

des chances de succès d'un grief devant être soumis à un juge d'appel revoyant librement l'application du droit cantonal peut rester indéfinie, vu les considérations qui suivent.

L'autorité précédente a relevé que la recourante elle-même avait déclaré ne plus avoir travaillé les week-ends depuis août 2013. Pour la période antérieure, il paraissait difficile de déterminer le nombre d'heures effectuées durant les week-ends; quoi qu'il en soit, celles-ci avaient vraisemblablement été rémunérées, à tout le moins en partie, la recourante ayant déclaré devant le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant qu'elle percevait 860 fr. à ce titre. En sus, il ne paraissait pas impossible, vu la flexibilité des horaires de la recourante, que celle-ci ait compensé une partie de ces heures du week-end par du temps libre pendant la semaine, notamment durant les après-midis.

Contrairement à ce que la recourante prétend, cette conclusion solde tout à la fois la question de la rémunération des heures du dimanche et celle de la majoration corrélative. L'instance cantonale n'a pas perdu de vue ce dernier aspect, qu'elle a expressément évoqué dans les considérants «en droit» de sa décision.

S'agissant des faits retenus par l'autorité précédente - que le Tribunal fédéral revoit sous l'angle restreint de l'arbitraire -, la décision attaquée retient que le nombre d'heures effectuées le week-end est difficile à déterminer. La recourante objecte avoir prouvé les heures effectuées le dimanche: les défendeurs auraient admis qu'elle travaillait le week-end, tant le samedi que le dimanche, et des témoins auraient corroboré cet état de fait. Cela étant, cette assertion ne comporte aucun renvoi précis à des allégations et offres de preuve topiques. Quand bien même elle aurait satisfait à cette exigence, la recourante aurait encore dû établir le nombre d'heures effectuées le dimanche, ce qu'elle ne fait pas de façon étayée. Elle échoue dès lors à démontrer qu'il serait arbitraire de retenir qu'elle compensait en partie les heures du dimanche par des congés durant la semaine et que, pour le reste, ces heures ont été rémunérées.

Partant, le Vice-président de la Cour de justice n'a pas enfreint l'art. 117 CPC en retenant que la prétention était dénuée de chances de succès.

### **E. 3.2.2**

Dans un deuxième grief, la recourante soutient que sa prétention en paiement d'heures supplémentaires - qui s'élèveraient à 35 puis 36 heures hebdomadaires entre 2008 et juillet 2013, puis à 15 heures hebdomadaires entre août 2013 et mai 2014 - a toutes chances d'être reconnue en appel.

L'autorité précédente a estimé que les témoignages recueillis et les autres éléments du dossier ne semblaient a priori pas rendre vraisemblables la réalité et la quotité des heures supplémentaires prétendues. La recourante le conteste, en invoquant différents témoignages, sans parvenir à convaincre d'un quelconque arbitraire dans l'appréciation des preuves. L'instance précédente a exposé de façon convaincante les raisons pour lesquelles les témoignages semblaient inaptes à prouver les heures supplémentaires alléguées, en particulier parce que la recourante elle-même, devant le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, avait admis ne travailler que 7 heures par jour durant le week-end, et parce que différents témoignages attestaient qu'elle était parfois absente (même régulièrement les après-midis) ou en congé (témoignage de l'infirmière de l'employeur) et disposait d'une grande flexibilité dans ses horaires (témoin B. \_\_\_\_\_). Dans la mesure où la recourante renvoie à son mémoire d'appel à titre de motivation, il faut lui opposer qu'un tel procédé est irrecevable ( ATF 133 II 396 consid. 3.2 in fine p. 400).

### **E. 3.2.3**

Dans un troisième grief, la recourante argumente qu'elle a touché un salaire inférieur à celui retenu dans le jugement prud'homal, ce qui devrait selon toute certitude être rectifié en appel.

En tant qu'elle critique la prise en compte du « carnet noir » tenu par son employeur pour déterminer le salaire qui lui a effectivement été versé, la recourante s'en prend à nouveau à l'appréciation des preuves. Or, elle ne démontre pas qu'il serait arbitraire de tenir compte d'un tel document. La même constatation s'impose concernant ses critiques à l'encontre d'autres éléments de preuve tels que les déclarations de son employeur ou ses propres déclarations à l'autorité tutélaire. Pour le surplus, l'autorité précédente s'est expliquée de façon convaincante sur le fait que le salaire retenu est supérieur au montant admis par les défendeurs pour la période postérieure à août 2013.

### **E. 3.2.4**

Dans un ultime grief, la recourante s'en prend aux considérations relatives à la prescription quinquennale ( art. 128 ch. 3 CO ), lesquelles ont conduit le Tribunal des prud'hommes à rejeter ses prétentions dont l'exigibilité était antérieure au 1er juillet 2009. Selon elle, le délai de prescription aurait été suspendu pendant qu'elle vivait au domicile de son employeur ( art. 134 al. 1 ch. 4 CO ), soit à tout le moins entre février 2010 et février 2011, période durant laquelle il faudrait retenir une communauté domestique. Le tribunal prud'homal aurait omis de s'exprimer spécifiquement sur cette période distincte de celle allant du 1

er décembre 2013 à la fin des rapports de travail.

L'autorité précédente a constaté que de février 2010 à février 2011, la recourante versait également un loyer et semblait disposer de son indépendance. La recourante oppose d'autres éléments (elle aurait logé chez son employeur à la demande de ce dernier, et sa chambre n'aurait comporté aucun accès indépendant) qui ne ressortent de nulle source référencée, et en particulier pas de la décision entreprise, alors même qu'elle enjoint la cour de céans de s'y référer. Faute d'arbitraire dûment allégué et démontré, on ne saurait les prendre en considération. Au vu des considérations qui précèdent, en particulier quant à l'indépendance de l'employée, il n'apparaît pas crucial de déterminer si le versement d'un loyer - que la recourante ne conteste pas - exclut ou non l'existence d'un ménage commun au sens de l' art. 134 al. 1 ch. 4 CO .

Les chances que la recourante puisse obtenir, en appel, le paiement de ses prétentions antérieures au 1

er juillet 2009 ne paraissent guère sérieuses. Le grief de violation de l' art. 117 CPC est infondé.

### **E. 3.2.5**

En bref, l'autorité précédente n'a pas violé le droit fédéral en considérant qu'un appel contre le jugement prud'homal du 6 juillet 2016 semble dépourvu de chances de succès. La demande d'extension de l'assistance judiciaire du 12 juillet 2016 comme celle déposée le 5 septembre 2016 ont donc été rejetées à bon droit.

## **E. 4**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

En vertu de l' art. 64 al. 1 LTF , une partie ne peut être dispensée de payer les frais judiciaires que si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si ses conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec. Cette seconde condition cumulative n'étant pas réalisée, la recourante ne peut bénéficier de l'assistance dans la présente procédure, quelle que soit par ailleurs sa situation financière (arrêt 4A\_690/2016 du 9 février 2017 consid. 5.2). Il en sera toutefois tenu compte dans la fixation des frais, réduits à 1'000 fr.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.