

# **GE\_GERICHTE CAPH/161/2009 vom 19. November 2009**

GE Cour de justice, 2009-11-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_161\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_161_2009)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/161/2009 du 19 novembre 2009

IT: GE\_GERICHTE CAPH/161/2009 del 19 novembre 2009

## **Regeste**

Résumé: Dans son arrêt, la Cour annule partiellement le jugement attaqué condamnant les époux E1 et E2 à verser diverses sommes à leur ex-employée de maison. La Cour rappelle que la comparution personnelle est la règle aux audiences prud'homales sous réserve d'exceptions, telles que la maladie ou le départ à l'étranger. En l'espèce, T. résidait désormais à l'étranger, maman d'un enfant en bas âge et ne disposant pas de moyens financiers importants, la Cour pouvait la dispenser de comparaître à l'audience d'appel et autoriser son avocate à la représenter, ce d'autant que l'intimée avait été longuement entendue en première instance et s'était exprimée de manière détaillée tant dans sa demande que dans son mémoire d'appel. Dans ces circonstances, le droit d'être entendu des appelants était respecté. La Cour confirme par ailleurs que les contrats-types de l'économie domestique s'appliquaient entièrement au cas de l'intimée, contrairement à ce qu'affirment les appelants. La garde des enfants fait, en effet, partie des tâches entrant dans le champ d'application des conventions collectives de l'économie domestique et il n'y avait ainsi pas lieu de déterminer le temps consacré à chaque activité séparée pour y appliquer une rémunération différente. Par rapport à l'établissement des horaires de travail, la Cour relève qu'il appartenait à l'intimée de démontrer ceux-ci. Or, l'audition des témoins n'avait apporté que peu d'éléments probants. L'appelante ayant reconnu que les horaires de l'intimée avaient toujours été calqués sur les siens, il convenait de retenir ceux-ci pour calculer le salaire et les heures supplémentaires impayées. S'agissant du paiement du salaire, la Cour rappelle, qu'en cas de litige, c'est à l'employeur d'en apporter la preuve, ce que l'appelante a fait en produisant son cahier comptable d'où il ressort un montant régulier de fr. 1'200.- écrit de la même main et au même stylo que les autres montants relatifs aux dépenses mensuelles de la famille des employeurs. S'agissant des heures supplémentaires, la Cour relève notamment que quand bien même l'employée n'avait pas toujours eu d'occupation pendant ses heures de travail, il n'en demeure pas moins qu'elle devait se présenter aux heures convenues et mettre sa force de travail à disposition de ses employeurs, que ceux-ci lui confient des tâches ou non. S'agissant des vacances, le Cour constate que les allégations des appelants ont été contradictoires et que, partant, c'est à bon droit que les premiers juges s'étaient basés sur le nombre de jours de vacances reconnu par l'intimée pour procéder au décompte des jours de vacances encore dus.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP), y compris les piè- ces nouvelles produites (cf. 306A LPC, applicable par renvoi de 11 LJP). La va- leur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 LJP).

## **E. 2**

Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss 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 domicile des appelants que le lieu de travail habituel de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 Lfors).

## **E. 3**

Par courriers des 13 et 31 août 2009, les appelants ont demandé le renvoi de l'audience de comparution personnelle devant la Cour d'appel des Prud'hommes. Le fait de vivre à l'étranger ne constituait pas un motif exceptionnel au sens de l'art. 13 LJP.

### **E. 3.1**

En procédure prud'homale, les parties comparaissent en personne (art. 12 al. 1 LJP). Elles peuvent, si elles le souhaitent, être assistées par un proche, un avocat

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 7 -

\* COUR D'APPEL \*

ou un autre mandataire professionnellement qualifié (art. 12 al. 2 LJP). A teneur de l'art. 13 al. 1 LJP, le président du tribunal peut toutefois, exceptionnellement, autoriser une partie à se faire représenter à l'audience par l'une de ces personnes. Les art. 12 et 13 LJP consacrent ainsi le principe de la comparution personnelle des parties aux audiences prud'homales.

L'exception à la règle de l'art. 13 al. 1 LJP est appliquée restrictivement (Arrêt de la Cour d'appel des Prud'hommes du 6 décembre 2006 CAPH/237/2006). Cependant, le législateur, lors des travaux préparatoires, a envisagé de préciser le caractère exceptionnel des motifs pouvant permettre au président d'autoriser la représentation par un conseil ou un tiers, en mentionnant, à titre d'exemple, la maladie de longue durée ou le départ à l'étranger (Mémorial des séances du Grand Conseil n° 9/II, du 19 mars 1998, p. 1244), deux causes d'empêchement incontestablement durables. Enfin, la marge de manœuvre appartenant aux présidents, auxquels l'art. 13 al. 1 LJP permet, sans les y obliger, d'autoriser ce mode de comparution découle également de la police de l'audience et de la maxime inquisitoire (art. 29 LJP).

### **E. 3.2**

Dans le cas d'espèce, l'intimée réside à l'étranger et a octroyé une procuration, dûment signée, à sa mandataire pour la représenter lors de l'audience d'appel, lui conférant également le pouvoir de transiger. Il n'est pas allégué que l'intimée disposerait de moyens financiers importants; au contraire, il ressort de la présente procédure qu'elle n'a sans doute pas pu se constituer d'économies pendant la période de son emploi auprès des appelants. Par ailleurs, elle est la mère d'un enfant en bas âge. Il paraît ainsi hautement vraisemblable qu'un déplacement en Suisse représenterait pour l'intimée une dépense importante et nécessiterait soit qu'elle emmène son enfant, soit qu'elle le confie à des tiers, ce qui est également susceptible d'entraîner des frais. Par ailleurs, l'intimée a été longuement entendue en première instance et a assisté à l'audition des témoins; il n'est pas allégué que les appelants n'auraient alors pas pu lui poser les questions qu'ils souhaitaient lui adresser. En outre, l'intimée s'est exprimée de manière détaillée tant dans sa demande que dans son

mémoire-réponse à l'appel.

Compte tenu de ces éléments, il convenait de faire application de l'art. 13 al. 1 LJP et, par conséquent, de dispenser l'intimée de comparaître à l'audience d'appel et d'autoriser son avocate à la représenter. La question de savoir s'il y a lieu de modifier le procès-verbal d'appel, dicté à haute voix en présence des appelants et de leur Conseil, peut, au vu de ce qui précède, demeurer indécise.

#### **E. 4**

Les appelants allèguent que le contrat conclu avec l'intimée n'est soumis qu'en partie aux contrats-types de travail du 1er février 2000 et du 1er juillet 2004. L'intimée n'avait été engagée que pour garder les enfants du couple (les surveiller, les accompagner à l'école et au cours d'espagnol, les faire déjeuner et souper et les mettre au lit). Elle ne devait faire qu'accessoirement des heures de ménage dans l'appartement ainsi que du repassage. Ces activités n'étaient que marginales par

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 8 -

\* COUR D'APPEL \*

rapport au temps consacré à la garde des enfants. De plus, à partir du mois de septembre 2006, les deux enfants du couple étaient scolarisés. L'intimée consacrait la majorité de son temps à la garde de son propre enfant au domicile des appelants. Le concept de "maman de jour" correspond à un service qui permet aux parents de déposer leurs jeunes enfants pendant la journée chez une personne qui les garde. Selon les appelants, aucune réglementation n'est prévue en la matière. Il existe cependant une liste de tarifs horaires, émise par l'évaluation des lieux de placement de l'Office de la jeunesse. Les prix horaires oscillaient entre 4 fr. 50 et 7 fr. l'heure par enfant confié. L'intimée accomplissait 8 heures hebdomadaires de travail ménager rémunérées au tarif prévu par le contrat-type du 1er février 2000 et du 1er juillet 2004, et les heures restantes comme garde d'enfant à un tarif de marché de 5 fr. 50 l'heure et par enfant.

#### **E. 4.1**

L'intimée répond que le contrat-type de travail en tant qu'employé de maison à temps complet s'applique manifestement dans la mesure où elle effectuait plus de 40 heures par semaine, travaillait en tant que gouvernante, faisait la cuisine, rangeait les chambres, gardait les enfants et accomplissait tout le travail ménager. Le travail d'accueil dans son propre foyer où l'on peut accueillir plusieurs enfants est une activité totalement autre. Dès lors, il convient d'appliquer les dispositions relatives au contrat-type de travail pour les employés domestiques.

#### **E. 4.2**

Le litige portant sur une période allant du 2 juin 2003 au 30 juin 2007, il convient d'examiner si les contrats types de 2000 et de 2004 s'appliquent.

A teneur de l'art. 1 al. 1 let. a du contrat type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique, entré en vigueur le 1er février 2000 (ci-après: contrat-type du 1er février 2000), sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique les travailleurs âgés de 18 ans au moins, logés ou non, occupés à temps complet dans le canton de Genève, dans un ménage privé. Selon l'art. 1 al. 1 du contrat type de travail pour les travailleurs à temps

partiel de l'économie domestique entré en vigueur le 1er février 2000, sont considérés comme des travailleurs à temps partiel de l'économie domestique à temps partiel, les travailleuses et travailleurs âgé de 18 ans au moins, employés régulièrement ou occasionnellement dans le canton de Genève dans un ménage selon un horaire convenu (par exemple: à l'heure, à la demi-journée, à la journée, à la semaine, notamment comme femmes de ménages, repasseuses, cuisinières).

Conformément à l'art. 1 al. 1 du contrat type entré en vigueur le 1er juillet 2004, sont considérés comme des travailleurs de l'économie domestique, les travailleurs, logés ou non, et occupés à temps complet (plus de 40 heures) dans le canton de Genève dans un ménage privé. En vertu de l'al. 2, sont considérés comme travailleurs à temps partiel à l'économie domestique au sens du présent contrat-type, les travailleuses et travailleurs, employés régulièrement ou occasionnellement dans le canton de Genève dans un ménage selon un horaire convenu (par exemple: à l'heure, à la demi-journée, à la journée, à la semaine, notamment comme femmes de ménage, repasseuses, cuisinières). La garde des enfants fait partie des tâches

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 9 -

\* COUR D'APPEL \*

entrant dans le champ d'application des conventions collectives de l'économie domestique (Arrêt de la Cour d'appel des Prud'hommes du 22 février 2006, CAPH/45/2006)

### **E. 4.3**

Les appelants ont reconnu que l'intimée travaillait cinq, puis six jours par semaine, à leur domicile, effectuant des horaires journaliers réguliers et exerçant des tâches différentes, comportant la garde et les soins donnés aux enfants, mais aussi l'accomplissement de travaux ménagers (nettoyage, repassage, préparation des repas, ect.). Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que la relation contractuelle entre les parties est régie par les contrats-types de travail pour les travailleurs de l'économie domestique des 1er février 2000 et 1er juillet 2004. Il n'y a ainsi pas lieu de déterminer le temps consacré à chaque activité séparée pour y appliquer une rémunération différente.

### **E. 5**

Les appelants soutiennent que le Tribunal a violé le principe de la répartition du fardeau de la preuve (art. 8 CC) et le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 CC) s'agissant de l'établissement des horaires de travail. Le Tribunal s'était fondé uniquement sur les allégations de l'intimée, sans qu'aucune preuve n'ait été apportée par celle-ci. Il avait établi les horaires de manière arbitraire, en statuant exclusivement en équité. En retenant des horaires invraisemblables et non prouvés, il était parvenu à un résultat choquant et arbitraire. Effectuant un calcul fondé sur 8 heures hebdomadaires de travail ménager, rémunérées au tarif prévu par le contrat-type du 1er février 2000 et du 1er juillet 2004, et les heures restantes comme garde d'enfant, les employeurs reconnaissent devoir la somme de 20'547 fr. 85 à titre de solde de salaire pour tout le rapport contractuel.

#### **E. 5.1**

L'intimée répond que le contrat de travail ne portait pas sur le simple accomplissement d'une activité. Elle devait également se tenir disponible, ce qui constituait une prestation de

travail, car elle profitait à l'employeur. Par ailleurs, si l'art. 8 CC conférait un droit à la preuve et à la contre preuve, il apparaissait que les appelants, qui avaient eu la possibilité de faire entendre des témoins pour établir leurs allégations, s'en étaient abstenus. Ils ne pouvaient ainsi reprocher au Tribunal d'avoir violé leur droit à la preuve et à la contre preuve.

### **E. 5.2**

En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver le fait qu'elle allègue pour en déduire son droit.

En l'espèce, il incombait à l'intimée, demanderesse à la procédure, de prouver ses allégués quant aux horaires de travail. Or, l'audition de témoins n'a apporté que peu d'éléments probants. L'appelante ayant reconnu que les horaires de l'intimée ont toujours été calqués sur les siens, tout en déduisant une heure de pause non rémunérée, il conviendra de retenir ces horaires pour le calcul du salaire et des heures supplémentaires impayées.

Les horaires que le Cour retiendra sont les suivants:

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 10 -

\* COUR D'APPEL \*

Pour la période du 2 juin au 31 décembre 2004:

Lundi: 11h30-20h30 soit 9h moins une heure de pause non rémunérée, 8h Mardi: 7h30-16h30 soit 9h moins une heure de pause non rémunérée, 8h Mercredi: congé Jeudi: 11h30-20h30 soit 9h moins une heure de pause non rémunérée, 8h Vendredi: 7h30-16h30 soit 9h moins une heure de pause non rémunérée, 8h Samedi: 9h30-14h00 ou Dimanche: 14h30-18h00 soit 4h30

TOTAL: 36h30

Pour la période du 1er janvier 2005 au 31 octobre 2005 et du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007:

Lundi: 7h30-19h30, soit 12h moins une heure de pause non rémunérée, 11h Mardi: 7h30-19h30, soit 12h moins une heure de pause non rémunérée, 11h Mercredi: congé ou 9h30-12h30, soit 4h et congé le samedi Jeudi: 7h30-19h30, soit 12h moins une heure de pause non rémunérée, 11h Vendredi: 7h30-19h30, soit 12h moins une heure de pause non rémunérée, 11h Samedi: 9h30-12h30 soit 4h ou congé et 9h30-12h30 le mercredi Dimanche: congé.

TOTAL: 47h

Il convient encore de relever qu'il n'est pas exclu, comme le soutiennent les appelants, que l'intimée n'ait pas toujours été occupée lorsqu'elle se trouvait chez eux, notamment après la scolarisation du second de leurs enfants. Il n'en demeure pas moins qu'elle devait se présenter aux horaires convenus et mettre sa force de travail à disposition des appelants, que ceux-ci lui confient des tâches ou non. Par conséquent, il n'y a pas lieu de retrancher des heures de travail des totaux susmentionnés.

### **E. 6**

Selon les appelants, le Tribunal aurait également violé le principe du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC et le principe de l'interdiction de l'arbitraire, en retenant que l'intimée n'avait reçu que 1'000 fr. par mois durant tout le rapport de travail. A partir de janvier 2004, le salaire avait augmenté à 1'200 fr. par mois, ce qui ressortait du cahier comptable de l'appelante relatif aux dépenses du ménage, qu'elle produit en appel.

### **E. 6.1**

Selon l'intimée, le fardeau de la preuve du versement du salaire incombe à l'employeur. Le Tribunal a retenu à juste titre que l'employée a été rémunérée à hauteur de 1'000 fr. par mois durant toute la période de travail, dans la mesure où les employeurs n'avaient pas apporté la preuve du paiement de 1'200 fr. par mois.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 11 -

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 6.2**

Le paiement du salaire est la première obligation de l'employeur. Le salaire doit être versé au plus tard le dernier jour du mois (art. 319 al. 1 CO). En cas de litige, c'est à l'employeur d'apporter la preuve que le salaire a effectivement été payé (art. 8 CC).

Le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC par renvoi 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). S'agissant de la preuve portant sur des faits négatifs, le juge, dans le cadre de l'appréciation des preuves, peut se prononcer sur le résultat de la collaboration de la partie adverse et tirer les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration des preuves (ATF 119 II 305 et les références citées).

### **E. 6.3**

Les premiers juges ont considéré que les appelants n'avaient pas apporté la preuve du paiement d'un salaire supérieur à 1'000 fr. par mois.

L'appelante produit en appel son cahier comptable pour les dépenses du ménage de l'année 2005 à octobre 2006 ainsi que le livret de récépissé postal de 2001 à 2005. Ce dernier ne contient aucun élément attestant d'un quelconque versement en faveur de l'intimée. En revanche, dans le cahier comptable, un montant régulier de 1'200 fr. apparaît sous "divers". Il est écrit de la même main, au même stylo ou à la même plume que les autres montants relatifs aux dépenses mensuelles de la famille des employeurs et parfois suivi d'autres dépenses de celle-ci. La Cour estime ainsi que cette pièce, bien qu'émanant de l'appelante, est suffisamment probante pour retenir le paiement à l'intimée d'un salaire de 1'200 fr. par mois depuis janvier 2005. Bien que le cahier comptable s'arrête au mois d'octobre 2006, il n'y a pas de raison de retenir que le salaire jusque-là remis à l'intimée aurait diminué par la suite; aucune des parties ne l'a d'ailleurs allégué. Partant, il sera retenu que l'intimée a perçu jusqu'à fin décembre 2004 un salaire mensuel de 1'000 fr., puis dès janvier 2005 de 1'200 fr.

### **E. 7**

S'agissant du calcul du salaire de l'intimée et des heures supplémentaires, les appelants soutiennent que pour la période du 2 juin 2003 au 31 décembre 2004, il fallait retenir 18.5 mois et non 19 mois, puisque l'intimée n'avait travaillé qu'à mi-temps durant tout le mois de décembre 2004 lorsque l'appelante était sans emploi. Ils considèrent que l'intimée travaillait à temps partiel avec un salaire horaire de 17 fr. 80 l'heure en 2004 et jusqu'à juin 2004 et de 18 fr. 20 l'heure de juillet à décembre 2004, d'une part, et, d'autre part, à un salaire horaire de "maman de jour" le reste du temps. Au salaire versé de 1'000 fr. par mois, puis de 1'200 fr., il fallait ajouter, conformément aux normes de l'assurance-vieillesse et survivants, les prestations en nature fixées à partir du 1er janvier 2001 à 4 fr. pour le petit déjeuner, 9 fr. pour le repas de midi, 7 fr. pour le repas du soir. Le montant de la prestation en

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 12 -

\* COUR D'APPEL \*

nature pour la nourriture devant être ajouté au salaire effectivement reçu était de 67 fr. par semaine pour les années 2003 et 2004, puis de 102 fr.

### **E. 7.1**

L'intimée rétorque qu'il est exact qu'elle prenait le repas de midi chez son employeur. En revanche, le repas du soir n'était pris que les jours où elle travaillait, soit 5 jours par semaine jusqu'en 2004 puis 4 jours par semaine. Elle ne conteste cependant pas le calcul effectué par le Tribunal quant aux prestations en espèce et en nature (480 fr.) perçues, de 56'802 fr. 40 au total.

### **E. 7.2**

Dès le 1er juillet 2001, le salaire minimum prévu par le contrat-type du 1er février 2000 était, selon l'art. 17 al. 1er let. b de 3'300 fr., soit 2'400 fr. en espèces, 300 fr. pour le logement et de 600 fr. pour la nourriture. D'après les normes AVS, il faut compter, par mois, 120 fr. pour le petit déjeuner, 270 fr. pour le repas de midi et 210 fr. pour le repas du soir. Le salaire horaire pour les travailleurs à temps partiel était de 17 fr. 80.

Le contrat-type du 1er juillet 2004 prévoyait à l'art. 18 al. 1er let. c du contrat-type du 1er juillet 2004 un salaire minimum de 3'400 fr., dont 300 fr. pour le logement et 600 fr. pour la nourriture (120 fr. pour le petit déjeuner, 270 fr. pour le repas de midi et 210 fr. pour le repas du soir). Le salaire horaire pour les travailleurs à temps partiel était de 18 fr. 20. Le montant du salaire a été augmenté au 1er janvier 2006 à 3'430 fr.

Dès lors que l'intimée n'a pas contesté la somme forfaitaire de 480 fr. par mois retenue par le Tribunal à titre de prestation en nature résultant des repas pris au domicile des appelants, ce montant - supérieur à celui articulé par ceux-ci - sera retenu pour le calcul de l'arriéré de salaire.

L'intimée avait donc droit à titre de salaire, au montant brut total de:

- 36'559 fr. du 2 juin 2003 au 30 juin 2004, soit durant 12.98 mois, 36.5 heures x 17 fr. 80 (prix de l'heure) x 56.27 (nombre de semaines).

- 15'830 fr. du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2004, soit durant 5.5 mois dans la mesure où l'employée travaillait à 50 % durant le mois de chômage de l'appelante. Le calcul est le suivant: 36.5 heures x 18 fr. 20 x 23.83 (nombre de semaines).

- 34'000 fr. du 1er janvier 2005 au 31 octobre 2005, soit 10 mois, soit 3'400 fr. x 10.
  - 32'242 fr. du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007, soit 9.40 mois, soit 9,4 x 3'430 fr.
- Soit un total de 118'631 fr.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 13 -

\* COUR D'APPEL \*

Or, l'intimée a reçu une rémunération nette de 59'942 fr. pour toute sa période d'emploi, soit:

- 19'210 fr. du 2 juin 2003 au 30 juin 2004 ((1'000 fr. + 480 fr.) x 12.98)
- 8'140 fr. du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2004 ((1'000 fr. + 480 fr.) x 5.5)
- 16'800 fr. du 1er janvier 2005 au 31 octobre 2005 ((1'200 fr. + 480 fr.) x 10))
- 15'792 fr. du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007 ((1'200 fr. + 480 fr.) x 9.4))

Le montant dû par les appelants à l'intimée est donc de 118'631 fr. brut avec inté- rêts à 5 % l'an dès le 1er juin 2005, sous déduction de la somme nette de 59'942 fr. déjà versée à leur employée.

## **E. 8**

S'agissant des heures supplémentaires, les appelants soutiennent que le Tribunal aurait dû tenir compte du fait que dans le secteur de l'économie domestique, la présence sur les lieux de travail ne signifie pas forcément qu'un travail effectif est accompli et ne peut pas non plus être assimilé à un "service de piquet". Ainsi, lorsqu'il apparaît que le travailleur a pu disposer d'heures libres durant son horaire de travail, il y a lieu de retenir que les éventuels dépassements d'horaire de travail ont été compensés et qu'à ce titre rien n'est dû à l'intimée.

### **E. 8.1**

L'intimée se réfère au décompte d'horaire établi par les premiers juges qu'elle fait sien.

### **E. 8.2**

Le contrat-type du 1er février 2000 prévoit à son art. 12 al. 1er une durée hebdo- madaire de travail de 48h. Dès le 1er juillet 2004, la durée hebdomadaire de travail pour les travailleurs à temps complet a été élevée à 46 heures.

L'employeur est tenu de rétribuer les heures supplémentaires, qui ne sont pas compensées par un congé, en versant un salaire global majoré de 25 % au moins et de 50 % pour les heures supplémentaires effectuées le dimanche ou les jours fé- riés, conformément aux art. 13 al. 2 du contrat-type du 1er juillet 2004 et 13 al. 3 et 4 du contrat-type du 1er février 2000.

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a réguliè- rement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appli- quer par analogie l'art. 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémen- taire (ATF 126 III 337; AUBERT, in Commentaire romand, 2003, § 16 ad art. 321c CO).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 14 -

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 8.3**

En l'espèce, la Cour a retenu que l'intimée avait travaillé 36h 30 par semaine durant la période du 2 juin 2003 au 31 décembre 2004. Elle n'a donc pas accompli d'heures supplémentaires durant cette période.

S'agissant de la période du 1er janvier 2005 au 31 octobre 2005 et du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007, la Cour a établi qu'elle avait accompli régulièrement 47h par semaine, soit une heure supplémentaire par semaine. L'intimée ayant été amenée à travailler le dimanche, il convient d'indemniser l'heure supplémentaire hebdomadaire au tarif horaire du dimanche, soit à 150 %. Il est rappelé que, quand bien même l'employée n'aurait pas toujours eu d'occupation pendant ses heures de travail, il n'en demeure pas moins qu'elle devait se présenter aux heures de travail convenues et mettre sa force de travail à disposition de ses employeurs, que ceux-ci lui confient des tâches ou non. Cette disponibilité a bénéficié aux appelants, qui sont tenus de la rémunérer. Ces derniers n'ont, au demeurant, pas soutenu qu'en cours d'emploi ils auraient rendu leur employée attentive au fait que ses éventuelles heures "creuses" devaient servir à compenser des heures supplémentaires.

L'intimée a donc droit, à titre d'heures supplémentaires, au montant total de 2'084 fr. 57, décomposé de la manière suivante:

- 1'109 fr. 46 pour la période du 1er janvier 2005 au 31 octobre 2005, l'intimée a travaillé 43.33 semaines et les heures supplémentaires devront être calculées à 150 %, soit (3'400 fr salaire par mois / 4.33 semaines par mois / 46 heures x 1.5 majoration des 150 % x 43.33 semaines x une heure)

- 975 fr. 11 pour la période du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007, l'intimée avait travaillé 37.75 semaines et les heures supplémentaires seront facturées au tarif horaire du dimanche. Le calcul est donc le suivant ( 3'430 / 4.33/46 heures x 1.5 x 37.75 heures x une heure).

### **E. 9**

S'agissant des vacances, les appelants reconnaissent qu'il leur incombe de prouver que l'employée a bénéficié des vacances auxquelles elle avait droit. Ils soutiennent qu'en vertu de l'art. 23 al. 1 let. a du contrat-type du 1er février 2000 et de l'art. 24 al. 1 let. a du contrat type du 1er juillet 2004, le travailleur âgé de 20 à 50 ans a droit à 4 semaines de vacances par année et que l'intimée a bénéficié de plus de vacances qu'elle n'était en droit de l'exiger. Le Tribunal les a donc condamnés à tort à verser à l'intimée 3'493 fr. 50 à titre de vacances non prises en nature.

#### **E. 9.1**

L'intimée a répondu que les informations des appelants étaient confuses et contradictoires s'agissant de la question des vacances - ils avaient allégué avoir accordé des vacances à une certaine date dans leur mémoire de première instance et lors des enquêtes puis avaient changé les dates et le nombre de jours en appel. Les premiers juges avaient ainsi à juste titre suivi ses propres allégations quant aux vacances non prises.

Juridiction des prud'hommes

### **E. 9.2**

Conformément aux art. 24 al. 1er let. a et 23 al. 1er let. b, respectivement du contrat-type du 1er juillet 2004 et du 1er février 2000, le travailleur âgé de 20 à 50 ans a droit à 4 semaines de vacances par année.

La loi réglemente les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur, et non comme une simple restriction des prestations dues par le travailleur. Le travailleur a droit à ce que l'employeur lui accorde des vacances tout en lui versant son salaire durant cette période. Le droit aux vacances découle du devoir contractuel d'assistance de l'employeur. En accordant des vacances et des jours de congé - et en payant le salaire durant ces périodes - l'employeur remplit ses obligations contractuelles. Ne pas accorder de vacances équivaut ainsi à une inexécution d'une obligation contractuelle (JdT 2003, p. 609).

Conformément à l'art. 8 CC, celui qui fait valoir une prétention contractuelle doit prouver l'existence d'une obligation contractuelle. Cela vaut aussi lorsqu'est invoquée la violation d'obligations contractuelles accessoires (JdT 2003, p. 608 et références citées). La partie qui prétend qu'une obligation contractuelle a été exécutée - et objecte ainsi le fait qu'elle est éteinte - doit le prouver (JdT 2003, p. 608)

### **E. 9.3**

En l'espèce, il découle des principes énoncés ci-dessus concernant le fardeau de la preuve que l'intimée devait prouver non seulement l'obligation contractuelle des défendeurs de lui accorder des vacances, mais encore la naissance de cette obligation du fait de la durée du rapport de travail. Il incombait en revanche aux appelants de prouver que l'intimée avait pris des jours de vacances durant la période déterminante et d'établir le nombre de ces jours.

Le Tribunal a constaté que les dates de vacances avancées par l'intimée et les appelants ne coïncidaient pas et que les appelants n'avaient pas démontré que leur employée avait effectivement bénéficié des vacances auxquelles elle avait droit, alors qu'ils en avaient la charge, et a ainsi retenu les périodes indiquées par l'intimée.

Les appelants ont produit en appel des pièces (3 à 7 et 10 à 12) d'où ressortent les dates auxquelles l'appelante avait des congés de vacances octroyés par son employeur. L'intimée a toutefois allégué qu'elle était venue travailler même lorsque l'appelante avait des congés de vacances; elle n'était pas venue lorsque la famille était partie en vacances. Les allégations des appelants quant aux vacances octroyées à leur employée ont été contradictoires. En effet, ceux-ci ont indiqué dans leur mémoire-réponse en première instance que l'intimée avait pris, en 2003, une semaine de vacances en juillet, puis trois semaines en août et une semaine en octobre et en décembre; en 2004, une semaine en février, deux semaines en été et une semaine en octobre et à Noël; en 2005, une semaine en février, trois semaines entre juillet et août et 3 jours en octobre; en 2006, une semaine en octobre et une en décembre, enfin, en 2007, une semaine en janvier, une en février et deux se-

Juridiction des prud'hommes

\* COUR D'APPEL \*

maines à Pâques. Sous réserve de la semaine de janvier 2007, les appelants ont maintenu ces allégations lors de l'audience de comparution personnelle du 26 août 2008. En appel, les employeurs soutiennent toutefois avoir octroyé des vacances à leur employée, en 2003, du 27 juin au 6 juillet, du 11 au 22 août, du 12 au 17 octobre et trois jours à Noël; en 2004, du 13 au 22 février, du 28 juin au 18 juillet, du 10 au 17 octobre et trois jours à Noël; en 2005, du 6 au 11 février, du 4 au 16 juillet, et du 17 au 21 octobre; en 2006, du 2 au 4 octobre et trois jours à Noël et, enfin, en 2007, du 10 au 17 février et du 6 au 28 avril. Au vu de ces variations et compte tenu du fait qu'il appartient aux appelants de prouver qu'ils ont octroyé des vacances à l'intimée, les jours de vacances reconnus par cette dernière seront pris en considération. La Cour relève, en outre, que seules les pièces 7 et 11 app. (l'année 2003 n'étant pas litigieuse) démontrent les absences des appelants de Genève, qui au demeurant coïncident avec les allégations constantes de l'intimée.

Partant, c'est à bon droit que les premiers juges se sont basés sur le nombre de jours de vacances reconnu par l'intimée pour procéder au décompte des jours de vacances encore dus.

Il n'est pas contesté que l'intimée pouvait prétendre à quatre semaines de vacances par année. Son droit à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature se calcule ainsi de la manière suivante:

- 568 fr.70 pour la période allant du 1er janvier au 31 décembre 2003, elle pouvait bénéficier de 20 jours de vacances par année et en avait pris 16. Il lui restait un solde de 4 jours à prendre. Son salaire mensuel du 1er janvier 2004 au 30 juin 2004 était de 36.5 heures x 17.80 fr. l'heure x 4.33 nombre de semaines par mois, soit 2'813 fr. 20. Son salaire mensuel du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2004 était de 36.5 heures x 18.20 fr. l'heure x 4.33 nombre de semaines par mois, soit: 2'876 fr. 40. En tout son salaire annuel était de: 6 mois à 2'813 fr. 20, soit 16'879 fr. 20, et de 6 mois à 2'876.40, soit 17'258 fr. 40. Au total son salaire annuel était de 34'137 fr. 60. Or, en vertu de l'art. 22 al. 3 let. a du contrat-type de travail de 2001 et l'art. 24 al. 5 du contrat type de 2004, pendant les vacances, les travailleurs ont droit à une indemnité de 8.33 % du salaire brut réalisé au cours de douze derniers mois. En l'espèce, l'employée avait droit à 8.33% de 34'137 fr. 60 pour 20 jours. Pour 4 jours, elle avait droit à 568 fr. 70;

- 734 fr. 70 du 1er janvier au 31 octobre 2005. Elle avait droit à 16.7 jours de vacances (304 jours / 365 jours x 20 jours) et en avait pris 12. Elle pouvait bénéficier encore de 4.7 jours et son salaire mensuel était de 3'400 fr. le calcul se présente comme suit: (3'400/ 21.75 jours x 4.7 jours);

- 914 fr. 65 pour la période allant du 18 septembre au 31 décembre 2006. Elle avait droit à 5.8 jours de vacances, non pris. (105 jours / 365 jours x

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/12119/2008 -5 - 17 -

\* COUR D'APPEL \*

20 jours). Son salaire mensuel était de 3'430 fr. (3'430 / 21.75 jours x 5.8);

-1'577 fr. pour la période du 1er janvier au 30 juin 2007. Elle avait droit à 10 jours de vacances, non pris. Son salaire mensuel était alors de 3'430 fr. (3'430/21.75 x 10 jours).

L'intimée a ainsi droit à 3'795 fr. brut à titre d'indemnité pour vacances non prises, dont il faut déduire la somme brut de 297 fr. 50, dans la mesure où l'intimée avait pris 2.3 jours de vacances en trop du 2 juin au 31 décembre 2003, ce que celle-ci n'a pas contesté. En 2003, l'intimée pouvait bénéficier de 11.7 jours de vacances (213 jours / 365 jours x 20 jours) et en a pris 14. Son salaire mensuel était à cette période, de 2'813 fr. 20. Le calcul se présente de la manière suivante: 36.5 heures par semaine x 4.33 semaines x 17.80 fr. l'heure / 21.75 jours x 2.3 jours.

Le montant total auquel elle a droit, à titre d'indemnité de vacances non prises en nature, est de 3'497 fr. 50 (3'795 fr. - 297 fr. 50), ce montant portant des intérêts moratoires à 5 % dès le 1er juin 2005.

En résumé, le montant dû par les appelants à l'intimée s'élève au total à 124'212 fr. 50 fr. brut (soit 118'631 fr. + 2'084 fr. + 3'497 fr. 50) avec intérêts à 5% dès le 1er juin 2005 (date moyenne, non contestée), sous déduction de la somme nette de 59'942 fr. déjà versée.

#### **E. 10**

Conformément à l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument d'appel sera laissé à la charge des appelants, qui succombent dans une large mesure.

\* \* \* \* \*

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