

# GE\_GERICHTE CAPH/201/2010 vom 29. November 2010

GE Cour de justice, 2010-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_201\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_201_2010)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/201/2010 du 29 novembre 2010

IT: GE\_GERICHTE CAPH/201/2010 del 29 novembre 2010

## Regeste

Résumé: Contrairement aux premiers juges, la Cour a estimé que T. était partie à un contrat de travail, mais que son cocontractant était uniquement l'Etat E. et non A., ou encore l'Etat E. et A. pris solidairement en vertu des règles applicables au contrat de société simple. En effet, T. avait été engagée en qualité de "servante" au service de A., qui était lui-même un diplomate de l'Etat E. N'ayant pas signé de contrat de travail, la Cour a considéré au vu de tous les indices relevant de la volonté réelle des parties, que seul l'Etat E. devait être qualifié d'employeur. Elle déboute ainsi T. de toute ses conclusions à l'encontre de A. La Cour octroie néanmoins à T. une somme fondée sur la différence entre le salaire versé et le salaire minimum prévu par le contrat-type applicable au cours de toute la période d'engagement.

## Erwägungen

### E. 24

août 2007, mais que le jugement par défaut est exécutoire pour le Pays A\_\_\_, ce sont les montants fixés par les premiers juges à cet égard qu'il convient de re- tenir (cf. ci-dessus, ch. 3.2.4.2, dernier paragraphe).

Dès lors, la rémunération de T\_\_\_ durant cette période devait être de fr. 25'300.- (fr. 2'530.- x 10 mois).

Il ne résulte pas de la procédure que le Pays A\_\_\_ a payé à son ex-employée plus que la somme totale de fr. 23'463.-, de sorte qu'en définitive, c'est un solde de fr. 1'830.- qu'elle devrait lui verser (fr. 25'300.- moins fr. 23'464.-).

Toutefois, dans la mesure où le jugement par défaut octroie à ce titre à T\_\_\_ une somme de fr. 1'922.-, il n'y a pas lieu de diminuer ce montant, qui doit ainsi être confirmé.

L'appel de T\_\_\_ sur ce point est ainsi rejeté.

5. 5.1. S'agissant de l'indemnité pour les jours de vacances non pris en nature, les premiers juges ont retenu que T\_\_\_ n'avait pas bénéficié d'un seul jour de vacan- ces, de sorte que, dans la mesure où son contrat de travail prévoyait un droit à 30 jours de vacances par an, elle devait être indemnisée en conséquence, soit à hau- teur de fr. 4'682,65 (13,04% x fr. 3'591.- [salaire de fr. 2'691.- + indemnité lo- gement et nourriture de fr. 900.-] x 10 mois).

5.2. Sur ce point, T\_\_\_ ne conteste pas le montant retenu par les premiers juges à ce titre.

Le jugement par défaut entrepris sera dès lors, confirmé à cet égard.

6. 6.1. Les premiers juges ont débouté T\_\_\_ de ses conclusions en paiement de fr. 27'408,65 réclamés à titre d'heures supplémentaires accomplies durant les

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 28 -

\* COUR D'APPEL \*

jours ouvrables, au motif qu'elle n'avait pas démontré avoir travaillé 14 à 15 heures par jour. En revanche, il apparaissait que l'intéressée avait travaillé, durant son emploi, 7 jours par semaine, étant à disposition de son employeur tout le temps, y compris les dimanches et les jours fériés, ce qui représentait un total de 52 jours, de sorte qu'elle avait droit, à ce titre, à une somme de fr. 89,70 par jour (fr. 2'691.-/30 jours), soit, au total, à fr. 4'664,40.

6.2. T\_\_\_ soutient, notamment, qu'en raison du refus de sa partie adverse de répondre aux questions lors de sa comparution personnelle et des déclarations en tous points concordantes et détaillées qu'elle avait faites, ainsi que sa sœur, entendue séparément, lors de leur audition, il convenait - dans la mesure où en droit genevois, l'interrogatoire des parties est considéré comme une mesure probatoire (art. 197 et 206 LPC; ATF 4P. 227/2001, consid. 4b) - de tenir pour avérés les horaires détaillés allégués et de considérer comme établi qu'elle commençait son travail à 7h30 pour le terminer vers 22h00 ou minuit, soit 13 heures par jour, ce qui correspondait, sur 6 jours ouvrables, à 78 heures par semaine. Elle avait détaillé les tâches qu'elle devait accomplir quotidiennement lors de l'audience du 2 décembre 2008.

Dès lors, dans la mesure où elle n'aurait dû accomplir que 46 heures de travail par semaine, elle avait effectué hebdomadairement 32 heures supplémentaires (78 heures - 46 heures, de sorte que, avait droit, du 1er décembre 2006 au 24 août 2007 à fr. 27'408,64 (38 semaines x 32 heures = fr. 1'590,9 heures x fr. 22,54).

L'appelante fait par ailleurs grief aux premiers juges, en retenant à cet égard un nombre total de 52, d'avoir mal calculé les jours fériés et dimanches durant lesquelles elle avait travaillé, n'ayant pas eu d'activité du 25 août au 31 octobre 2007. En réalité, elle avait travaillé durant 38 dimanches et 8 jours fériés. Le Tribunal avait également erré dans son calcul en omettant de tenir compte, dans le salaire horaire, de la valeur des prestations en nature et de l'augmentation du salaire les jours fériés et dimanches, de 150% selon l'art. 13 al. 2 CTT.

6.3. 6.3.1. A teneur de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1er). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 29 -

\* COUR D'APPEL \*

Il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., p. 32; STREIFF/VONKAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 10, p. 82; MÜLLER, Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, thèse Zurich, 1986, p. 59). L'employeur est également tenu à rémunération lorsqu'il n'a émis aucune protestation, tout en sachant que le travailleur effectuait des heures supplémentaires, et que ce dernier a pu déduire de ce silence que lesdites heures étaient approuvées (ATF 86 II 155 consid. 2 p. 157); ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures au-delà de la limite contractuelle contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prêtera à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4b et les références).

Par ailleurs, lorsque le travailleur a prouvé avoir effectué des heures supplémentaires dont le nombre ne peut plus être établi de manière exacte, le juge pourra en faire l'estimation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO; le travailleur devra toutefois alléguer et prouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées, car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force (consid. 4a non publié de l'ATF 123 III 84; cf. également Matthias MÜLLER, op. cit., p. 59).

Lorsqu'il est avéré que l'employé a régulièrement dépassé le temps de travail normalement convenu par le contrat ou la convention collective, il n'est pas obligé d'apporter la preuve stricte de chaque heure supplémentaire effectuée. Dans ces circonstances, le juge peut faire application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO. Le juge ne saurait toutefois se référer à cette norme lorsque le travailleur aurait eu la possibilité d'apporter la preuve d'un nombre déterminé de ses heures supplémentaires, par exemple en recourant à une carte de pointage, ou à tout document relatif à son devoir d'annoncer les heures supplémentaires à son employeur (STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 16 ad art. 321c CO; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2e éd., n. 3069 p. 44 ; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 13 ad art. 321c CO, p. 79/80; WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 90). En effet, les heures supplémentaires, effectuées dans l'intérêt de l'employeur mais à son insu, doivent lui être annoncées dans un délai utile, dont la durée est controversée (ATF 129 III 171 consid. 2.2 p. 174 et les références), cela pour lui permettre d'approuver ces heures supplémentaires ou de prendre les mesures d'organisation interne nécessaires à éviter le travail supplémentaire à l'avenir (ATF 66 II 155, in JT 1961 I 235, cité dans ATF 129 III 171, in JT 2003 245).

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 30 -

\* COUR D'APPEL \*

Selon l'art. 12 al. 1er CTT, la durée de la semaine de travail pour les travailleurs à temps complet est de 46 heures. L'art. 13 CTT règle la problématique des heures supplémentaires, l'art. 15 CTT celle du repos hebdomadaire du travailleur à temps complet

en stipulant, à son alinéa premier, que le travailleur doit bénéficier d'un jour entier de congé par semaine, en principe le dimanche. Enfin, à teneur de l'art. 16 al. 1 et 4 CTT, les travailleurs ont droit aux jours fériés suivants: 1er janvier, Vendredi-Saint, lundi de Pâques, Ascension, Lundi de Pentecôte, 1er août, Jeûne genevois, Noël et 31 décembre. Les travailleurs à temps complet astreint pour une raison valable à travailler un jour férié légal qui ne tombe pas un dimanche doivent bénéficier d'un jour de congé en compensation. Quant à l'art. 13 al. 2 CTT, il précise que les heures supplémentaires effectuées les dimanches et jours fériés donnent droit, au choix du travailleur à temps plein, soit au paiement en espèces d'un salaire majoré de 50%, soit à un congé majoré de 50%.

6.3.2. En l'occurrence, force est de constater que T\_\_\_, alors que le fardeau de la preuve à cet égard lui incombait, n'a pas établi avoir travaillé et/ou avoir été à la disposition de ses deux employeurs successifs 7 jours par semaine et avoir travaillé 14 à 15 heures par jour (cf. sa demande du 6.12. 2007, p. 1 ch. 1). Elle n'a fait citer, tant en première instance qu'en appel, aucun témoin, notamment les nombreux membres du personnel, actuels ou passés, employés par le Consulat, ni n'a produit le moindre document susceptible de prouver ses dires à ce sujet, en particulier un décompte des heures effectuées, notamment au fur et à mesure de leur accomplissement. A cet égard, le Tribunal ne s'est fondé sur aucun élément concret si ce ne sont les déclarations, contestées, de T\_\_\_ et de sa sœur, ce qui est insuffisant.

En effet, les deux intéressées ont disposé de plusieurs mois pour s'entretenir du litige et si leurs déclarations sont globalement conformes à leurs demandes en justice, elles divergent néanmoins au sujet du nombre d'heures accomplies, puisque C\_\_\_ a indiqué avoir achevé son travail vers 22h00-23h00, alors que T\_\_\_ a déclaré avoir parfois travaillé jusqu'à minuit (PV de CP du 2.12.2008, p. 3 et 5). Par ailleurs, il résulte des déclarations de T\_\_\_ que lorsqu'elle est venue rejoindre sa sœur à Genève, ce n'était pas pour remplacer un autre employé du Consulat (PV de CP du 2.12.2008, p. 6). Cela a eu pour effet de décharger C\_\_\_ de certaines tâches, comme l'a admis l'intéressée ("Au niveau du partage des tâches, j'ai travaillé moins lorsque ma sœur est arrivée [PV de CP du 2.12.2008, p. 3]). Par ailleurs, T\_\_\_ a admis elle-même qu'il y avait moins d'activité durant le week-end (PV du 2.12.2008, p.6).

Le refus de E\_\_\_ de répondre à des questions lors de sa comparution personnelle devant le Tribunal ne saurait sans autre entraîner l'admission des allégués de sa partie adverse au sujet de ses heures de travail, en particulier par application, même analogique, de l'art. 211 LPC, à teneur duquel si une partie refuse de répondre ou si, sans justifier d'aucun empêchement légitime, elle ne comparaît pas

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 31 -

\* COUR D'APPEL \*

en personne, le juge peut tenir contre elle les faits pour avérés. Certes, l'interrogatoire des parties est considéré en droit genevois comme une mesure probatoire (cf. art. 197 et 206 LPC, applicables par renvoi de l'art. 11 LJP). Toutefois, le juge dispose d'une grande liberté d'appréciation quant à l'opportunité de l'audition d'une partie lorsque celle-ci a eu l'occasion de s'exprimer par écrit sur les faits dont elle se prévaut (SJ 1966 p. 16; 1955 p.

285; BERTOS- SA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit. art. 197 LPC no 3 et art. 206 n° 2).

Or, en l'occurrence, les parties ont pu largement s'exprimer par écrit dans leurs écritures (cf. à cet égard ATF 4P. 227/2001, consid. 4b) et répondre ainsi, dans le détail, aux allégués adverses.

Par ailleurs, E\_\_\_ s'est d'abord prévalu normalement de son immunité diplomatique, puis lorsque celle-ci a été levée, dans le jugement contradictoire querellé, a indiqué, sans avoir été véritablement contredit sur ce point, avoir l'interdiction du Pays A\_\_\_ de participer à une audience prud'homale et de répondre aux questions qui pourraient lui être posée. L'appelante n'a pas non plus formellement sollicité la comparution personnelle de l'intéressé avant l'audience devant la Cour de céans, alors qu'elle a expressément demandé d'y être entendue ainsi que sa sœur.

Dès lors, on ne saurait tirer de conséquences procédurales particulières de l'absence du Consul général du Pays A\_\_\_ dans le cadre de cette procédure, même si cette absence, y compris en appel, est éminemment regrettable, étant toutefois relevé à cet égard qu'il apparaît peu probable, si ce n'est exclu, que l'intéressé aurait fourni de vive voix des explications différentes de celles exposées dans ses écritures sur la question, ce que l'appelante n'allègue du reste pas.

Il découle ainsi de ce qui précède que, faute d'avoir été établis et corroborés par les éléments de la procédure, les allégués de l'appelante au sujet de l'accomplissement d'heures supplémentaires durant les jours ouvrables, les dimanches et jours fériés doivent être rejetées. Au demeurant, contrairement à ce que semble considérer l'appelante, le travail durant les dimanches et les jours fériés ne constitue pas forcément l'accomplissement d'heures supplémentaires. En effet, selon l'art. 16 al. 2 CTT, le dimanche et les jours fériés, seule l'exécution des travaux strictement nécessaires peut être exigée du travailleur, l'art. 13 al. 2 CTT précisant que, pour l'employé à plein temps, les heures supplémentaires effectuées les dimanches et les jours fériés donnent droit au paiement en espèces d'un salaire majoré de 50%. Dès lors, le travail accompli le dimanche et les jours fériés n'est considéré comme heures supplémentaires, et rémunéré comme tel, que s'il dépasse le nombre d'heures maximum prévu par semaine, soit pour un employé à plein temps, 46 heures. Or, il a été vu plus haut que l'appelante ne l'avait, en l'occurrence, pas établi.

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 32 -

\* COUR D'APPEL \*

L'appel de T\_\_\_ à l'endroit du jugement par défaut querellé doit ainsi être rejeté sur ces points.

6.3.3. Le jugement par défaut a octroyé à T\_\_\_ une somme de fr. 4'664,40 à titre de jours de travail effectués les dimanches et jours fériés.

6.3.3.1. Dans son appel, T\_\_\_ réclame à ce titre la somme de fr. 15'446,80 (ou, subsidiairement fr. 11'935.-) du 1er décembre au 23 août 2006, portant sur un total de 46 jours de congé, 39 dimanches ainsi que 7 jours fériés) au lieu des 52 jours retenus à cet égard par les premiers juges. Elle soutient que le Tribunal avait également erré dans son

calcul en omettant de tenir compte, dans le salaire horaire, de la valeur des prestations en nature et de l'augmentation du salaire les jours fériés et dimanches, de 150% à teneur de l'art. 13 al. 2 CTT.

6.3.3.2. Pour déterminer la rémunération due à titre de jours de travail durant les dimanches et jours fériés accomplis par T\_\_\_ du 1er décembre 2005 au 23 août 2007, il convient de retenir à ce titre, conformément à l'art. 16 al. 1 et 4 CTT, 38 dimanches et 7 jours fériés, soit, au total, 45 jours.

L'intéressée pouvant prétendre à un salaire mensuel de fr. 2'530.- soit fr. 84,35 par jour, auquel s'ajoute le salaire en nature de fr. 900.- par mois, soit fr. 30.- par jour, on arrive à un montant total de fr. 5'145,75 (fr. 114,35 x 45 jours).

Cette somme étant plus élevée que celle admise en première instance, le jugement par défaut sera réformé sur ce point.

7. S'agissant du certificat de travail retenu par les premiers juges dans leur jugement par défaut à l'encontre du Pays A\_\_\_, document retenant comme date des fins de rapports de travail le 24 août 2007, compte tenu de ce qui a été dit à cet égard ci-dessus à propos du jugement par défaut et de sa force exécutoire à l'en-droit du Pays A\_\_\_, il y aurait lieu de confirmer entièrement ledit jugement entrepris sur ce point.

Toutefois, afin d'éviter une contradiction - qui est, avec l'incompatibilité d'exécution l'un des buts de la jonction de causes - entre le jugement par défaut querellé et le présent arrêt, qui retient le Pays A\_\_\_ comme seul employeur de T\_\_\_, il convient de modifier la phrase retenue par les premiers juges, selon laquelle T\_\_\_ a "...été engagée, comme employée de maison pour travailler dans le ménage privé de E\_\_\_, Consul général du Pays A\_\_\_ à Genève", et de la remplacer par la phrase suivante, au demeurant plus proche de la réalité: "...a été engagée comme employée de maison pour travailler au sein de la résidence privée de fonction de E\_\_\_, Consul général du Pays A\_\_\_ à Genève".

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 33 -

\* COUR D'APPEL \*

8. Il résulte ainsi de l'ensemble des développements ci-dessus qu'en définitive, le Pays A\_\_\_ versera à son ex-employée les sommes suivantes, avec les intérêts moratoires usuels :

- fr. 1'922.- à titre de salaire; - fr. 4'682,65 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature; - fr. 5'146,75 à titre de paiement des jours de travail effectués les dimanches et jours fériés; - fr. 1'103,25 à titre d'indemnité de logement et de nourriture (cf. ch. 8, partie "En droit", du jugement contradictoire, repris dans le jugement par défaut et n'ayant pas fait l'objet d'un appel);

soit, au total fr. 12'853,45, arrondis à fr. 12'854.-, représentant une différence de quelque fr. 481.- par rapport à la somme que lui a octroyée le Tribunal (fr. 12'372,30).

Le jugement par défaut querellé sera modifié en ce sens.

9. A teneur de l'art. 42A du règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, un appel en matière prud'homale ayant fait - comme en l'espèce - l'objet d'un émolument de mise au

rôle en vertu de l'art. 42 dudit règlement, peut, en fin de procédure, donner lieu à un émolument complémentaire, dont le montant est fixé, selon l'art. 25 du règlement précité, en fonction notamment des intérêts en jeu, de la complexité de la cause, de l'ampleur de la procédure ou de l'importance du travail qu'elle implique.

Au vu des critères susmentionnés, en particulier du travail qu'a impliqué la présente procédure et des intérêts en jeu, il se justifie, en l'espèce, de fixer un émolument complémentaire de fr. 1'500.-.

10. Selon l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe. Il en va de même, par analogie, de l'émolument complémentaire fondé sur le règlement fixant le tarif des greffes en matière civile susmentionné.

En l'occurrence, devant la Cour de céans, T\_\_\_ réclamait, tant à l'égard de E\_\_\_ que du Pays A\_\_\_, pris solidairement, la somme totale de 94'796,90 au lieu des fr. 12'372,20 que lui avait alloué le Tribunal, soit une différence de quelque fr. 82'425.-. En définitive, elle se voit octroyer un montant total de fr. 12'854.- correspondant aux 13,5% environ de ses prétentions et à quelque fr. 481.- de plus que la somme que lui avait accordée le Tribunal, soit moins de 4% supplémentaires.

T\_\_\_ a, par ailleurs, succombé en partie sur la question, mineure, de son certificat de travail.

Juridiction des prud'hommes

Causes n° C/27573/2007 - 5

et C/6535/2008 - 5 - 34 -

\* COUR D'APPEL \*

E\_\_\_, qui concluait, dans son appel, à ce que soit admise son exception d'absence de légitimation passive, a obtenu gain de cause sur ce point.

Ayant succombé par rapport à l'appel de E\_\_\_, T\_\_\_ supportera l'émolument d'appel dont E\_\_\_ s'est acquitté.

Par ailleurs, n'ayant obtenu que très faiblement satisfaction dans le cadre de son appel contre le jugement par défaut, l'appelante ne saurait être considérée comme la partie victorieuse, ses conclusions étant, de surcroît, exagérées (art. 176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), ce qui a porté à conséquence sur les frais exposés, en particulier le montant de l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée ainsi que sur le montant de l'émolument complémentaire susmentionné.

Dans ces conditions, T\_\_\_ supportera la totalité de l'émolument d'appel dont elle a la charge ainsi que de l'émolument complémentaire susmentionné.

Il n'y a pas lieu à condamner le Pays A\_\_\_ au paiement d'émoluments, dans la mesure où il n'a pas participé à la procédure.

\* \* \*

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