

GE_GERICHTE CAPH/89/2018 vom 2. November 2018

GE Cour de justice, 2018-11-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_89_2018

FR: GE_GERICHTE CAPH/89/2018 du 2 novembre 2018

IT: GE_GERICHTE CAPH/89/2018 del 2 novembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

L'appel a été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) et dans le délai utile de 30 jours (art. 142 al. 3 et 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) rendue dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est, compte tenu des prétentions contestées en première instance, supérieure à 10'000 fr. (art. 91 et 308 al. 2 CPC). Il est ainsi recevable.

L'appel joint est également recevable, pour avoir été formé dans la réponse (art. 313 al. 1 CPC).

- 8/20 -

C/3962/2016-5

Par souci de simplification, l'employeur sera désigné ci-après comme l'appelant et l'employée comme l'intimée.

E. 1.2

L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). La Cour dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit. En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

E. 1.3

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art. 247 al. 2 let. b. ch. 2 CPC et art. 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 ss CPC).

E. 2

L'appelant forme des allégués nouveaux au sujet des extraits de son compte bancaire C_____ 1_____, qu'il a déposés le 9 mai 2017 au Tribunal.

E. 2.1.1

Selon l'art. 317 al 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Cette règle signifie que le procès doit en principe se conduire entièrement devant le premier juge. L'appel est ensuite disponible, mais il est destiné à permettre la rectification des erreurs intervenues dans le jugement

plutôt qu'à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (arrêt du Tribunal fédéral 4A_569/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.3). Les vrais novae sont en principe toujours admissibles, pourvu qu'ils soient invoqués sans retard dès leur découverte. Les pseudo novae sont des faits et moyens de preuve qui étaient déjà survenus lorsque les débats principaux de première instance ont été clôturés. Leur admissibilité est largement limitée en appel, dès lors qu'ils sont irrecevables lorsqu'en faisant preuve de la diligence requise, ils auraient déjà pu être invoqués dans la procédure de première instance (arrêts du Tribunal fédéral 5A_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 3.1; 5A_621/2012 du 20 mars 2013 consid. 5.1).

E. 2.1.2

Les faits doivent être allégués et énoncés de façon suffisamment détaillée dans les écritures de première instance, de manière à circonscrire le cadre du procès, assurer une certaine transparence et, en particulier, permettre une contestation efficace par la partie adverse. L'allégation globale d'un ensemble de faits, par simple référence aux pièces produites n'est pas suffisante; à plus forte raison, un ensemble de faits passés entièrement sous silence dans les mémoires, même s'il peut être reconstitué par l'étude des pièces, n'est pas valablement introduit dans le procès, et il est donc nouveau si une partie s'avise de s'en

- 9/20 -

C/3962/2016-5 prévaloir en appel seulement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_309/2013 du 16 décembre 2013 consid. 3.2).

E. 2.2

En l'espèce, en première instance, l'appelant n'a formé aucune allégation précise au sujet des extraits de compte précités. Il s'est borné à alléguer, de manière générale, dans son courrier du 9 mai 2017 au Tribunal, que des crédits mensuels étaient effectués sur le compte en question, correspondant au salaire versé à l'intimée en provenance du compte de D_____ et que ces versements avaient pris fin le 31 octobre 2014. L'appelant n'explique pas pour quelle raison il n'aurait pas été en mesure de fournir en première instance des précisions au sujet des crédits et débits figurant sur les extraits de compte en question. De plus, il n'appartient pas à la Cour de reconstituer un ensemble de faits par l'étude des pièces produites en première instance. Les allégations nouvelles de l'appelant sont donc irrecevables. Dès lors, seules les allégations générales précitées seront prises en considération dans l'examen du litige.

E. 3

L'appelant fait valoir que l'intimée aurait "perçu bien plus que les salaires qui lui étaient dus, contrairement à ce qui a été calculé par le Tribunal". L'intimée, dans son appel joint, reproche au Tribunal de ne pas avoir considéré qu'en 2012, elle bénéficiait d'une expérience de cinq ans utile au poste et qu'ainsi elle avait droit au salaire prévu pour le personnel qualifié par le contrat-type de travail applicable.

E. 3.1.1

L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). Si le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, son entretien et son logement font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire (art. 322 al. 2 CO). Il n'est pas contesté que la relation contractuelle entre les parties était soumise au contrat-type de travail de l'économie domestique du 13 décembre

2011, entré en vigueur le 1er janvier 2012 (CTT-EDom), lequel s'applique notamment aux employés de maison affectés à la prise en charge de personnes âgées (art. 1 al. 1 et al. 2 CTT-EDom dans sa teneur actuelle et dans celles en vigueur entre 2012 et 2015). La durée de la semaine de travail des travailleurs de l'économie domestique à temps complet est de 45 heures (art. 5 al. 1 CTT-EDom). Les salaires minimaux pour une gouvernante avec une expérience de 5 ans, respectivement pour un employé non qualifié, étaient les suivants : 4'220 fr., respectivement 3'625 fr. en 2012, 4'300 fr., respectivement 3'625 fr. en 2013 et 4'368 fr., respectivement 3'700 fr. en 2014 et 2015 (art. 10 al. 1 let. b et let. f CCT-EDom en vigueur entre 2012 et 2015). Le salaire en nature pour un employé nourri et logé (logement et trois repas par jour) représente 990 fr. par

- 10/20 -

C/3962/2016-5 mois (cf. annexe au CTT-Edom, troisième paragraphe), compris dans les montants précités. Le salaire en espèces est versé au plus tard le dernier jour du mois (art. 10 al. 4 CTT-Edom). Un décompte de salaire détaillé est remis chaque mois au travailleur (art. 10 al. 6 CTT-Edom).

E. 3.1.2

La preuve de l'existence de la prétention salariale alléguée incombe à l'employé. Il appartient en revanche à l'employeur d'apporter la preuve du versement du salaire. Cette preuve peut être apportée par exemple par la production d'une quittance ou d'un décompte de salaire contresigné par le travailleur, voire par des témoins ayant assisté au paiement. Faute de preuves, l'employeur s'expose à devoir payer à nouveau (ATF 125 III 78 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 4C.429/2005 du 21 mars 2006 consid. 4.2; DANTHE, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 6 ad art. 323b CO). Les faits pertinents et contestés, qui doivent être prouvés (art. 150 al. 1 CPC) peuvent l'être selon deux modes différents : par preuve directe ou par preuve indirecte ou preuve par indices. La preuve est directe lorsque les faits correspondant aux faits constitutifs (ou générateurs de droit) peuvent être établis directement par les moyens de preuve administrés. La preuve indirecte est apportée par des indices ou par un faisceau d'indices établis par les moyens de preuve qui ont été administrés. Toute preuve par indices présuppose des déductions, qui sont le résultat du procédé que l'on appelle présomption de fait. Celle-ci désigne l'opération par laquelle le juge, sans être lié par une règle juridique, retient un fait sur la base d'un autre fait ou d'autres faits en se servant de son expérience générale de la vie, du cours ordinaire des choses ou d'une autre règle d'expérience. Le juge n'est autorisé à tirer des déductions exclusivement de règles d'expérience que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque la preuve se heurte à des difficultés particulières en raison de la nature même du fait à prouver. En effet, le juge ne peut pas, en règle générale, substituer son expérience à la preuve des faits. L'établissement des faits doit être fondé sur les indices concrets établis par l'administration des preuves, et non sur l'expérience générale de la vie du juge; cette expérience ne doit intervenir qu'à titre accessoire dans l'appréciation (HOHL, Procédure civile, tome I, 2ème éd., 2016, n. 1643 à 1668).

E. 3.2

En l'espèce, l'intimée avait pour tâche d'aider le père de l'appelant au lever et au coucher, de surveiller la prise régulière de médicaments, de le changer (habits et couches), de lui faire sa toilette et de l'accompagner aux toilettes, de lui préparer ses repas, de le promener, de faire le ménage, la lessive, ainsi que les commissions. L'intimée n'a pas proposé au Tribunal

l'audition comme témoins des rédacteurs des quatre attestations qu'elle a produites, alors que dans sa demande elle mentionnait, comme moyen de preuve des allégations concernées, des "enquêtes".

- 11/20 -

C/3962/2016-5 Lesdites attestations ne constituent pas une preuve suffisante de l'activité exercée avant son engagement par l'appelant. En toute hypothèse, la seule activité d'assistance à une personne âgée aurait été exercée en Afrique de mars 1986 à avril 1990, les autres expériences alléguées (prise en charge d'enfants en bas âge) n'étant pas utiles au poste. Ainsi, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que l'intimée avait pris en charge le père de l'appelant comme employée non qualifiée au sens de la CCT-EDom. Par ailleurs, il est admis que l'intimée a travaillé 26 heures par semaine en octobre 2012 et 28 heures par semaine de novembre 2012 à mai 2013. Il est également admis qu'à partir de juin 2013, son horaire a été porté à 45 heures par semaine. Il n'est pas contesté en appel que l'intimée a été nourrie et logée à partir de mars 2013 et qu'elle a perçu, à titre de salaire net, salaire en nature non compris, 1'774 fr. 80 par mois de mai à septembre 2014, puis 2'710 fr. d'octobre 2014 à décembre 2015. En revanche, l'appelant n'a pas apporté la preuve directe du paiement du salaire des mois de novembre 2012 à avril 2014 à l'intimée. En effet, il n'a produit aucune fiche de salaire ou quittance signée par l'employée. De plus, il n'est pas possible de retenir que tous les montants virés sur le compte de l'appelant durant la période concernée représentaient du salaire destiné à l'intimée. En effet, il n'est pas établi que tous les prélèvements ont été effectués à l'aide de la carte bancaire remise à l'intimée. De plus, celle-ci était autorisée à prélever du compte bancaire également les montants nécessaires à l'entretien du père de l'appelant. Dans ces conditions, il sied de retenir que l'employeur, qui supporte le fardeau de la preuve, n'a apporté ni la preuve directe, ni la preuve indirecte du paiement du salaire relatif à la période d'octobre 2012 à avril 2014. Il sied donc de prendre en compte, comme l'a fait le Tribunal, uniquement des montants reconnus par l'employée, à savoir les montants nets de 800 fr. d'octobre 2012 à mai 2013, de 1'200 fr. de juin à décembre 2013 et de 1'600 fr. de janvier à avril 2014. Pour le mois d'octobre 2012, l'employée avait droit à un salaire brut de 2'094 fr. (3'625 fr. : 195 heures; cf. annexe au CTT-Edom, dernier paragraphe) = 18 fr. 60 x 26 heures x 4,33). Pour les mois de novembre 2012 à mai 2013, elle avait droit à un salaire mensuel brut de 2'255 fr. (18 fr. 60 x 28 heures x 4,33), à savoir au total à la somme brute de 15'785 fr. 45 pour 7 mois. Pour les mois de juin à décembre 2013, l'intimée avait droit à un salaire mensuel brut de 3'625 fr., à savoir au total 25'375 fr. pour 7 mois. Enfin, pour les années 2014 et 2015, le salaire total de l'intimée aurait dû être de 88'800 fr. brut (24 mois x 3'700 fr.). Le total brut du revenu de l'employée d'octobre 2012 à décembre 2015 aurait ainsi dû être de 132'054 fr. 50. Il sied de tenir compte, comme l'a fait, à juste titre, le Tribunal, du fait que durant 34 mois (mars 2013 à décembre 2015), l'employée a été nourrie et logée, de sorte

- 12/20 -

C/3962/2016-5 qu'il faut déduire du total mentionné la somme brute de 33'660 fr. (990 fr. x 34 mois). Ainsi le salaire total brut pour toute la période en question représente 98'394 fr. 50. De ce montant, il sied de déduire, comme l'a fait le Tribunal, les montants perçus, à savoir au total 70'724 fr. net (8 x 800 fr., 7 x 1'200 fr., 4 x 1'600 fr., 5 x 1'774 fr. 80 et 15 x 2'710 fr.). Le chiffre 2 du dispositif du jugement attaqué sera modifié en conséquence.

E. 4

L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir considéré que l'intimée avait droit au paiement d'heures supplémentaires. Il admet que l'employée pouvait réclamer "un maximum" de 3'000 fr. pour le travail du dimanche et "un maximum" de 1'200 fr. pour du travail de nuit. Il estime cependant que ces deux montants ont déjà été payés, vu les versements effectués sur son propre compte C_____ 1_____.

E. 4.1.1

Les heures supplémentaires sont celles qui dépassent l'horaire prévu par le contrat (cf. art. 321c al. 1 CO). Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires dont il demande la rétribution (art. 8 CC; ATF 129 III 171 consid. 2.4). Le travailleur doit prouver qu'il a accompli des heures supplémentaires sur ordre de l'employeur, respectivement dans son intérêt, puisque les circonstances exigeaient un temps de travail plus important que celui convenu. Il n'est pas tenu de démontrer la nécessité du travail extraordinaire s'il est en mesure de prouver que l'employeur était au courant des heures supplémentaires qu'il effectuait et n'a soulevé aucune objection, ce qui équivaut à une approbation tacite, par actes concluants. La charge de la preuve est plus difficile lorsque le travailleur a accompli du travail extraordinaire de sa propre initiative, à l'insu de l'employeur. Dans ce cas, il doit prouver qu'il a immédiatement informé l'employeur afin d'obtenir son approbation (explicite ou par actes concluants). Dans le cas contraire, il prend le risque que son activité ne soit pas reconnue comme travail extraordinaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2008 du 19 août 2008 consid. 3.3.1 et les références citées). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. L'évaluation se fonde sur le pouvoir d'appréciation des preuves et relève donc de la constatation des faits. Si l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2, 122 III 219 consid. 3a). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure

- 13/20 -

C/3962/2016-5 alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (cf. ATF 132 III 379 consid. 3.1, 122 III 219 consid. 3a). Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise; l'employé qui, dans une telle situation, recourt au témoignage pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2).

E. 4.1.2

Par définition, le service de piquet implique une disponibilité. Il correspond au temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (cf. art. 14 al. 1 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail [OLT 1; RS 822.111]). Lorsqu'il est assuré dans l'entreprise, le service de piquet (ou de garde) est une prestation de travail et donne lieu à rémunération; peu importe que le travailleur ait eu ou non à intervenir concrètement, ni qu'il ait disposé de temps de repos pendant sa permanence. Lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, sa disponibilité sera rétribuée

uniquement s'il est entravé dans la jouissance de son temps libre, en particulier s'il doit être prêt à intervenir à bref délai. L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et les parties au contrat peuvent prévoir qu'elle sera intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (arrêt du Tribunal fédéral 4A_96/2017 du 14 décembre 2017 consid. 2.1 et les références citées).

E. 4.1.3

L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le 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 (art. 321 c al. 3 CO). 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% (art. 7 al. 2 CTT-EDom). Les heures effectuées entre 23h00 et 6h00 ouvrent droit, au choix du travailleur, soit au paiement en espèces d'un salaire majoré de 100%, soit à un congé payé majoré de 100% (art. 7 al. 3 CTT-EDom).

E. 4.2

En l'espèce, l'employée allègue qu'elle a effectué de juin à décembre 2013, 15 heures supplémentaires par semaine et, dès janvier 2014, 42 heures supplémentaires par semaine, dont 10 le dimanche et 3 de nuit. Comme le relève pertinemment le Tribunal, il résulte des témoignages du médecin-traitant et de l'infirmière qui s'occupaient de D_____ que l'intimée était présente auprès de celui-ci quasiment 24h/24 et 7/7 jours. D_____ était malade,

- 14/20 -

C/3962/2016-5 souffrait de la maladie d'Alzheimer, était incontinent et présentait des troubles cognitifs qui se sont aggravés au cours du temps. Par ailleurs, l'appelant ne pouvait ignorer que l'intimée effectuait, dans son intérêt, de tels horaires de travail, puisque les intervenants médicaux le savaient. L'appelant a d'ailleurs été présent à un colloque du 17 septembre 2012, destiné à évoquer la réorganisation des journées pour le maintien à domicile de son père. En outre, la curatrice de D_____ a participé à une séance du 23 mars 2015. A cette occasion, celle-ci a évoqué le placement de D_____ en institution, ce qui démontre que l'état de santé de celui-ci s'était dégradé et nécessitait donc une activité plus lourde de la part de l'intimée. Après discussion, il a été décidé de maintenir le père de l'appelant à domicile, ce qui a entraîné une réorganisation de l'activité de l'intimée. Il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées par l'intimée, de sorte que c'est à juste titre que le Tribunal a procédé à une estimation. A cet égard, la quotité alléguée par l'employée correspond aux éléments du dossier. La Cour partage l'analyse du Tribunal: D_____ exigeait des soins constants, de jour comme de nuit, du lundi au dimanche, notamment en raison de son incapacité à se nourrir seul, à se déplacer seul sans risque majeur pour sa sécurité, de son incontinence diurne et nocturne, urinaire et fécale, ce qui de surcroît entraînait un nombre important de lessives à effectuer au quotidien, comme cela résulte du témoignage de l'infirmière de l'IMAD. Celle-ci a également confirmé que l'intimée ne pouvait s'absenter plus d'une heure ou deux et ne pouvait le faire que lorsqu'une infirmière de l'IMAD était présente pour la remplacer. A aucun moment l'appelant n'a prétendu qu'il avait engagé un remplaçant ou qu'il remplaçait lui-même l'intimée, afin d'éviter que celle-ci n'effectue des heures supplémentaires. Même si une partie des heures effectuées par l'intimée devait être considérée comme un service de piquet, ce service

devrait être rémunéré, dans la mesure où l'employée était entravée dans la jouissance de son temps libre, puisqu'elle devait être prête à intervenir à bref délai à tout moment.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, le salaire horaire doit être calculé sur la base du revenu mensuel brut total et non pas uniquement sur la base du salaire versé en espèces. En effet, le salaire en nature fait partie intégrante du salaire prévu par la CCT-EDom. Le salaire horaire d'un employé non qualifié à plein temps correspondait, comme indiqué, à 18 fr. 60 en 2013. Il était de 19 fr. (3'700 fr. : 195 heures) en 2014 et 2015. Il y a lieu de retenir, comme l'ont fait les premiers juges, que l'employée a effectué de juin à décembre 2013, 454,65 heures supplémentaires (15 x 4,33 x 7), à rémunérer avec une majoration de 25%, soit à raison de 23 fr. 25 de l'heure, pour un total brut de 10'570 fr. 60.

- 15/20 -

C/3962/2016-5 Le Tribunal a considéré que de janvier 2014 à décembre 2015, l'intimée a effectué 4'364,65 heures supplémentaires (42 x 4,33 x 24). Il n'a toutefois pas tenu compte du fait qu'en 2015, l'intimée n'a pas accompli d'heures supplémentaires durant 116 jours (du mardi 31 mars au vendredi 10 avril 2015, du vendredi 11 septembre au lundi 9 novembre 2015 et du mardi 17 novembre au jeudi 31 décembre 2015), ce qui représente 696 heures (42 heures : 7 = 6 x 116). L'employée a donc droit à la rémunération de 3'668,65 heures supplémentaires (4'364,65 - 696), à 23 fr. 75 de l'heure (19 fr. + 25%), soit 87'130 fr. 45 pour 2014 et 2015. Le total dû pour la rémunération des heures supplémentaires pour la période du 1er juin 2013 au _____ novembre 2015 [date de décès de D _____] représente ainsi 97'701 fr. Comme l'a retenu le Tribunal, il y a cependant lieu de retenir la somme brute réclamée par l'employée, qui a limité sa prétention à 65'000 fr.. Le chiffre 3 du dispositif du jugement attaqué sera donc confirmé.

E. 4.2.2

L'intimée a également droit à la rémunération de 10 heures pour chaque dimanche travaillé. Comme l'a retenu le Tribunal, les années 2014 et 2015 comprenaient 104 dimanches.

L'intimée n'a cependant pas travaillé durant 16 dimanches (le 5 avril 2015, 9 dimanches du 11 septembre au 9 octobre 2015 et

E. 4.2.3

Enfin, le Tribunal a retenu - à juste titre, vu la nature et l'intensité de l'activité décrite ci-dessus - l'estimation de l'intimée, qui a allégué qu'elle devait intervenir en moyenne chaque semaine trois heures durant la nuit pour apporter son aide à D _____. A raison, l'intimée ne prétend pas que le reste de la nuit devrait être considéré comme du service de piquet à rémunérer. Le Tribunal a considéré que l'employée avait droit à la rémunération de 312 heures de nuit pour 2014 et 2015 (104 semaines x 3 heures). Il n'a cependant pas tenu compte du fait que l'intimée, durant les trois périodes susmentionnées, n'avait pas travaillé durant 113 nuits, ce qui représente approximativement 56,5 heures (30 minutes x 113 nuits). Ainsi, le nombre d'heures de nuit à retenir est de 255,5 (312 - 56,5), à rémunérer avec une majoration supplémentaire de 75 % (dans la mesure où une majoration de 25% a déjà été prise en compte dans le calcul effectué ci-dessus). Cette majoration représente 14 fr. 25.

- 16/20 -

C/3962/2016-5 Il en découle que l'intimée a droit à la somme brute de 3'640 fr. 90 à titre de supplément pour les heures de nuit (14 fr. 25 x 255,5). Le chiffre 5 du dispositif du jugement attaqué sera modifié en conséquence.

E. 4.2.4

Comme il a été retenu à l'issue de l'examen relatif à la prétention en paiement de la différence de salaire, l'employeur n'a pas apporté la preuve, qui lui incombait, du paiement du salaire dû à titre de rémunération des heures supplémentaires effectuées par l'intimée durant la journée, du lundi au dimanche, et durant la nuit. 5. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir alloué à l'intimée une indemnité de 17'312 fr. 50 pour les vacances non prises en nature. 5.1 La durée des vacances annuelles payées obligatoires est de 4 semaines pour un employé de l'âge de l'intimée (art. 21 al. 1 CCT-EDom). Pendant les vacances, le travailleur a droit à son salaire en espèces et, s'il est logé ou nourri, à une indemnité pour le salaire en nature, calculée, au minimum, selon les normes AVS en vigueur (art. 21 al. 2 CCT-EDom). Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (art. 329 a al. 3 CO). Il incombe à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit en fonction de la durée des rapports de travail (ATF 128 III 271 consid. 2a = JdT 2003 I 606; arrêt du Tribunal fédéral 4C.66/2006 du 26 juin 2006 consid. 5.1.2). Le salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO) doit être calculé sur la base du salaire complet; en particulier, les indemnités versées à titre d'heures supplémentaires ou pour du travail effectué de nuit ou le dimanche seront prises en compte pour autant qu'elles revêtent un caractère régulier et durable (ATF 138 III 107 consid. 3; 132 III 172 consid. 3.1). A la fin des rapports de travail, une éventuelle indemnité pour vacances non prises doit également être calculée sur la base du salaire complet, lequel comprend notamment le treizième salaire éventuellement convenu par les parties (arrêt du Tribunal fédéral 4A_161/2016 du 13 décembre 2016 consid. 2.1). Le principe de l'obligation d'octroyer les vacances en nature trouve également application de manière impérative pendant le délai de congé (ATF 106 II 152 consid. 2); il n'est cependant pas absolu; en effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour le faire (art. 329 al. 3 CO); cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faut examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur

- 17/20 -

C/3962/2016-5 pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il doit les payer en espèces à la fin des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_748/2012 du 3 juin 2013 consid. 2.5). 5.2 En l'espèce, le jugement attaqué n'est pas critiqué en tant qu'il retient que la relation contractuelle s'est étendue sur 168,87 semaines et que le droit aux vacances total de l'intimée était par conséquent de 14,07 semaines (4/48 x 168,87). Il n'est pas contesté que l'employée a pu prendre 10 jours de vacances en 2015. Pour ce qui concerne les autres périodes d'hospitalisation de D_____, les premiers juges ont retenu pertinemment que celles-ci n'avaient pas été planifiées et que l'intimée restait constamment à disposition de l'employeur, dès lors que la fin de ces hospitalisations n'était pas prévisible. Par ailleurs, le témoin G_____ a confirmé que durant ces périodes, l'intimée s'est rendue, à plusieurs reprises, au chevet de D_____, à l'hôpital. Enfin, le contrat a été résilié le _____ novembre 2015 [date de décès de D_____] pour fin décembre 2015. L'employée n'était pas ainsi en mesure de prendre en nature toute ou partie de son solde vacances durant le délai de congé, dans la mesure où elle devait rechercher un nouvel emploi, ainsi qu'un nouveau logement. Le jugement du Tribunal n'est pas critiqué en tant

qu'il retient que le solde de vacances non prises par l'intimée s'élevait ainsi à 12,64 semaines, soit 89,84% de son droit total aux vacances sur l'ensemble de la période contractuelle. Durant toute son activité, l'intimée a effectué régulièrement des heures supplémentaires. Il faut ainsi considérer que les indemnités dues par l'appelant à titre de rémunération d'heures supplémentaires, ainsi que pour du travail de nuit et le dimanche, doivent être prises en compte dans le calcul de l'indemnité pour les vacances non prises. Le calcul du Tribunal sera corrigé sur la base des montants retenus par la Cour dans le présent arrêt, avec la précision que le salaire en nature - soit la somme brute de 33'660 fr. - doit être pris en compte. La rémunération totale sur laquelle doit être calculé le droit aux vacances s'élève à 237'576 fr. 40 (98'394 fr. 50 + 33'660 fr. de salaire de base, 97'701 fr. d'heures supplémentaires, 4'180 fr. d'indemnités pour du travail du dimanche et 3'640 fr. 90 pour du travail de nuit). Le droit aux vacances s'élève donc au total à 19'790 fr. 10 (237'576 fr. 40 x 8,33%). Le montant restant dû est de 17'779 fr. 40 (19'790 fr. 10 x 89,84%). Le chiffre 6 du dispositif du jugement attaqué sera modifié en conséquence, étant souligné que le total alloué par la Cour, tous postes confondus, ne dépasse pas celui retenu par le Tribunal.

- 18/20 -

C/3962/2016-5

E. 6

L'appelant fait enfin grief au Tribunal de l'avoir condamné à remettre à l'intimée les décomptes mensuels de salaire pour la période du 1er octobre 2012 au 31 décembre 2015. Il estime que cette exigence serait "disproportionnée et inutile à l'employée". L'obligation pour l'employeur de remettre au travailleur un décompte de salaire est prévue à l'art. 323b al. 1, deuxième phrase CO. Il ne peut pas être dérogé à cette disposition au détriment de l'employé (art. 362 al. 1 CO). Ainsi, l'appelant ne peut être dispensé de cette obligation sans l'accord de l'employé. Le chiffre 8 du dispositif du jugement attaqué sera donc confirmé.

E. 7.1

Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les frais judiciaires de première instance, dont le montant de 1'760 fr. n'est pas contesté, seront répartis entre les parties en fonction de l'issue de la procédure (à savoir en fonction du fait que l'intimée, qui réclamait 176'846 fr. 20 obtient en définitive un montant approximatif de 100'500 fr., compte tenu de la déduction de la somme nette de 70'724 fr. sur la différence de salaire). Ainsi, 1'056 fr. seront mis à la charge de l'appelant et 704 fr. à la charge de l'intimée. Ce dernier montant sera provisoirement laissé à la charge de l'Etat de Genève, dans la mesure où l'intimée plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 et 123 CPC). Les chiffres 10 à 13 du dispositif du jugement attaqué seront modifiés en conséquence. Le jugement attaqué (ch. 14 du dispositif) sera confirmé en tant qu'il n'alloue pas de dépens de première instance (art. 22 al. 2 LaCC).

E. 7.2

Les frais judiciaires de l'appel principal seront arrêtés à 1'500 fr. (art. 71 RTFMC). Compte tenu de l'issue de la procédure, ils seront mis à la charge de l'appelant à concurrence de 1'300 fr. et à la charge de l'intimée à concurrence de 200 fr. (art. 106 al. 2 CPC). Ils seront compensés avec l'avance effectuée par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). La part incombant à l'intimée, qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, sera provisoirement supportée par l'Etat de Genève, de sorte que les Services

financiers du Pouvoir judiciaire seront invités à restituer à l'appelant la somme de 200 fr. Il ne sera pas alloué de dépens d'appel (art. 22 al. 2 LaCC). * * * * *

- 19/20 -

C/3962/2016-5 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes : A la forme : Déclare recevables l'appel interjeté le 25 octobre 2017 par A_____ et l'appel joint formé le 14 décembre 2017 par B_____ contre le jugement JTPH/377/2017 rendu le 21 septembre 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/3962/2016-5. Au fond : Annule les chiffres 2, 4 à 6 et 10 à 13 du dispositif du jugement attaqué et, statuant à nouveau sur ces points : Condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 98'394 fr. 50, sous déduction de la somme nette de 70'724 fr., avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 mai 2014 à titre de différence de salaire. Condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 4'180 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 mai 2014, à titre d'indemnité pour du travail effectué le dimanche. Condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 3'640 fr. 90 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 mai 2014, à titre d'indemnité pour du travail de nuit. Condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 17'779 fr. 40 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 mai 2014, à titre d'indemnité pour des jours de vacances non pris en nature. Arrête les frais judiciaires de première instance à 1'760 fr, les met à la charge de A_____ à concurrence de 1'056 fr. et à la charge de B_____ à concurrence de 704 fr. et les compense avec l'avance effectuée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 1'056 fr *. Laisse provisoirement la part des frais judiciaires de première instance incombant à B_____, à savoir 704 fr., à la charge de l'Etat de Genève. Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ la somme de 704 fr.** Confirme le jugement attaqué pour le surplus. ** Condamne A_____ à verser 1'056 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire = Rectification erreur matérielle le 2 novembre 2018 (art.334 CPC). Déboute les parties de toutes autres conclusions.

*Rectification erreur matérielle le 2 novembre 2018 (art.334 CPC).

- 20/20 -

C/3962/2016-5 Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'500 fr., les met à la charge de A_____ à concurrence de 1'300 fr. et à la charge de B_____ à concurrence de 200 fr. et les compense avec l'avance effectuée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 1'300 fr. Laisse provisoirement la part des frais judiciaires d'appel incombant à B_____ à la charge de l'Etat de Genève. Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ la somme de 200 fr. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel. Siégeant : Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Jessica QUINODOZ, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 10'000 fr.

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