

# GE\_GERICHTE C/28711/2006 vom 23. Februar 2009

GE Cour de justice, 2009-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_28711\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_28711_2006)

FR: GE\_GERICHTE C/28711/2006 du 23 février 2009

IT: GE\_GERICHTE C/28711/2006 del 23 febbraio 2009

## Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; EMPLOYÉ DE MAISON; CONTRAT-TYPE DE TRAVAIL; CONDITION DE RECEVABILITÉ; MOYEN DE DROIT CANTONAL; CONCLUSIONS; PRINCIPE DE LA CONFIANCE (INTERPRÉTATION DU CONTRAT); CALCUL; SALAIRE; HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES; VACANCES; FARDEAU DE LA PREUVE; RÉSILIATION IMMÉDIATE; JUSTE MOTIF ; RÉSILIATION EN TEMPS INOPPORTUN; AMENDE; FRAIS DE LA PROCÉDURE | Dans un premier point, la Cour rappelle qu'il eût été d'un formalisme excessif que de déclarer irrecevable l'appel de T qui, certes, ne contenait aucune prétention chiffrée, mais dont ses conclusions donnaient des indications facilement identifiables pour en déterminer le montant querrelé, compte tenu des conclusions de la demande et du dispositif du jugement entrepris. Alors que les premiers juges avaient retenu que T avait donné sa démission à E, la Cour, examinant l'ensemble des déclarations, témoignages et comportements des parties, en vient à la conclusion que T a été licenciée de manière immédiate, moins d'un mois après qu'elle a annoncé à E sa grossesse. Partant, la Cour, tout en rappelant qu'un tel congé, dans ces circonstances doit être sanctionné par le biais de l'art. 337c CO, alloue à T une indemnité à titre de salaire. En ce qui concerne les conclusions de E dans son appel incident, la Cour confirme la méthode préconisée par les premiers juges pour déterminer, en se basant sur le principe de l'équité, l'horaire hebdomadaire, y compris les heures supplémentaires effectuées par T, ainsi que les jours de vacances non pris en nature, en absence d'autres éléments probants. Enfin la Cour estime que la phrase "ont commencé à mentir et pour rendre croyable leurs mensonges ils ont utilisé leurs amis, notamment les témoignages de A et de D" ne tombe pas sous le coup de l'article 40 lit. a LPC (allégations intentionnellement inexactes, imputations calomnieuses ou autre moyen de mauvaise foi), qui justifierait une amende. | LJP.59.al2; CO.18; CO; CO.336c; CO.337c; CC.8; CO.42.al2; CO.321c; LPC.40

## Erwägungen

### E. 1.1

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel principal et l'appel incident sont recevables.

### E. 1.2

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

### **E. 1.3**

Le statut des travailleurs de l'économie domestique est régi à Genève par un Contrat-type (ci-après : CTT). Le CTT en vigueur à Genève a été élaboré en application de l'art. 359 al. 2 CO, selon lequel les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour le service de maison notamment (arrêt du Tribunal fédéral non publié 4C.261/1999 du 28 janvier 2000, consid. 2a). Sauf accord contraire, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), peu importe que les parties en aient ou non eu connaissance (arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 1998, in SJ 1999 I p. 161, consid. 1b). Il est applicable au cas d'espèce, dans sa globalité.

### **E. 1.4**

Le jugement ayant été rendu en premier ressort, la Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

## **E. 2**

2.1 Les intimés concluent d'abord à l'irrecevabilité de l'appel au motif que l'appelante n'aurait pas chiffré précisément ses conclusions. A l'appui de leurs conclusions, les intimés invoquent l'art. 59 al. 2 LJP qui prévoit que l'appel est formé par une écriture motivée qui indique notamment les points de faits et de droit contesté du jugement ainsi que les conclusions.

### **E. 2.2**

A teneur de l'article 11 LJP, les dispositions générales de la loi d'organisation judiciaire et de la LPC sont applicables à titre supplétif, dans la mesure compatible avec les exigences de simplicité et de rapidité propres à la procédure applicable devant la Juridiction des prud'hommes. S'agissant toutefois de la demande introductive d'instance, les dispositions de la LJP diffèrent de la LPC. En effet, aux termes de l'art. 5 al 1 LPC, toute demande est formée par une assignation, (sauf lorsqu'une requête est admissible), laquelle assignation doit, sous peine de nullité, répondre aux réquisits de forme prescrits par l'art. 7 LPC, en particulier désigner de manière claire les parties assignées, mentionner de manière claire les faits invoqués, les faits et fondements juridiques invoqués ainsi que les conclusions prises, enfin contenir une motivation suffisante. En revanche, pour répondre aux exigences de rapidité et de simplicité inhérentes à la procédure prud'homale, les art. 15 et 20 LJP prescrivent que la demande déposée devant la Juridiction des prud'hommes doit être formée par écrit « en règle générale au moyen d'une formule délivrée gratuitement par le greffe, dont l'usage n'est toutefois pas obligatoire », accompagnée de « toutes les pièces et comptes nécessaires » pour son examen. Enfin, aux termes de l'art. 59 LJP, l'appel contre le jugement de première instance est formé par une « écriture motivée » indiquant notamment les points de fait et de droit contestés du jugement et les conclusions », accompagnée de toutes les pièces utiles et du nom des témoins à entendre et de tous moyens de preuve, en cas de requête tendant à la réouverture des enquêtes. Il résulte de la comparaison de ces textes légaux et de l'examen des formules mises à disposition par le greffe que la motivation d'une demande déposée en première instance n'est pas indispensable, la partie demanderesse pouvant se borner à indiquer, outre l'identité de sa partie adverse, le montant de ses conclusions et leur fondement juridique, alors que devant la Cour, la motivation de l'appel est une condition de recevabilité. A cela s'ajoute que les juridictions des prud'hommes doivent instruire la cause d'office en vertu de la maxime inquisitoire prévue aux art. 29 LJP et 343 al. 4 CO. Certes, cette maxime ne dispense pas les parties de

collaborer à la procédure et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles et ne modifie pas les règles générales sur le fardeau de la preuve (ATF 107 II 236 = JdT 1981 I 286). Toutefois, les juridictions des prud'hommes ne doivent pas faire preuve de formalisme excessif et, si elles estiment les explications d'une partie insuffisantes, il leur appartient, le moment venu, de les lui faire compléter à l'audience, qu'il s'agisse en l'occurrence de l'individualisation des prétentions ou qu'il s'agisse encore d'imprécisions dans les adresses des parties. S'agissant des conclusions, il découle de l'art. 7 let. d LPC qu'elles forment le cadre des débats et qu'à ce titre elles doivent être formulées de manière précise et libellées de telle sorte qu'elles puissent ouvrir la voie à une décision exécutoire. Lorsque les conclusions portent sur l'allocation d'une somme d'argent, elles doivent indiquer le montant exact des prétentions. Cette nullité du mémoire d'appel est retenue d'office par la Cour, dans la mesure où il s'agit d'une irrégularité au sujet d'une indication nécessaire pour permettre l'examen de la contestation par cette juridiction (SJ 1961 p. 55).

### **E. 2.3**

En l'espèce, l'appelante a conclu à ce que les intimés soient condamnés à lui verser " le salaire pendant toute la durée de sa grossesse y compris pendant le délai post-natal ". Dans sa demande au Tribunal des prud'hommes, l'appelante avait réclamé pour ce poste fr. 42'626.- correspondant au salaire jusqu'à la fin de la grossesse plus un mois de délai de congé. Dans son jugement, les premiers juges ont retenu sous lettre E page 2 et ch. 4 p. 10 ce montant comme celui réclamé par l'appelante au titre de dédommagement pour résiliation en temps inopportun. Il ressort clairement de l'appel, notamment à l'avant-dernière page deuxième paragraphe, que l'appelante fait grief au Tribunal des prud'hommes de ne pas avoir admis qu'elle avait été licenciée en temps inopportun et qu'elle réclame son salaire pendant toute la durée de sa grossesse ainsi qu'un mois qui suit le délai de protection, soit implicitement le montant réclamé précisément en chiffres dans sa demande du 27 novembre 2006. Dans ces circonstances, bien qu'il eut été souhaitable que l'appelante reprenne dans ses conclusions le montant précis de ses prétentions sur ce point, sanctionner de l'irrecevabilité cette omission dans une procédure prud'homale relèverait du formalisme excessif dès lors que le montant précis des prétentions de l'appelante sur ce poste apparaît clairement et dans la demande et dans le jugement, d'une part, et que les conclusions donnent les indications suffisantes à la Cour pour se prononcer sur ce montant de sorte que, le cas échéant, son arrêt ouvrira la voie à une décision exécutoire, d'autre part. Au vu de ces considérations, l'acte d'appel doit être déclaré recevable.

### **E. 3**

L'appelante réclame fr. 42'626.- à titre d'indemnité pour licenciement immédiat en temps inopportun alors que les intimés soutiennent qu'elle a donné son congé le 17 juillet pour le 31 août 2006.

#### **E. 3.1**

Dès lors, il convient de rechercher d'abord, en fait, si le congé a été signifié unilatéralement par l'appelante puis, dans la négative, procéder à une interprétation des déclarations de volonté des parties selon les principes posés par l'art. 18 CO, en particulier en recherchant de qui venait l'initiative du congé. Selon cette disposition, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par

erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Le juge recherche ce qui s'est passé, quelles ont été les déclarations et les comportements afin de se convaincre de l'existence d'une manifestation de volonté, s'il y a par exemple eu un début d'exécution ou une attitude significative dont il peut déduire quelle était l'intention réelle d'une partie au moment de la conclusion du contrat, respectivement de l'acceptation d'une clause contractuelle (CORBOZ in : Le contrat dans tous ses états, p. 269 ss., 271 et 273, Stämpfli, Berne, 2004). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit ainsi rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 129 III 122 consid. 2.5 ; 128 III 265 consid. 3a). Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 129 III 122 , consid. 5.2 ; 127 III 444 consid. 1b ; KRAMER, Berner Kommentar, 1986, n° 47 ad art. 18 CO; JAEGGI/GAUCH, Commentaire zurichois, 1980, n° 368 ad art. 18 CO ; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band 1, 1996, n° 568/9, p. 131). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (SJ 2001 I 541, consid. 2c ; CORBOZ, op. cit., p. 272). Dans cette démarche, aussi appelée interprétation objective, le juge doit prendre en compte toutes les circonstances qui étaient connues du destinataire au moment où il a reçu la manifestation de volonté et qui pouvaient affecter le sens qu'il devait raisonnablement lui donner (CORBOZ, op. cit., p. 275).

### **E. 3.2**

En absence d'un congé écrit de l'appelante, il convient d'examiner l'ensemble des déclarations, témoignages et comportements des parties entre mi-juillet et fin septembre 2006. La Cour relèvera d'abord qu'aucun des deux témoins retenus par les premiers juges n'a assisté à un entretien en juillet 2006 entre l'appelante et E2\_\_\_\_\_ et/ou E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ au cours duquel celle-là aurait indiqué à celle-ci qu'elle donnait son congé. La Cour relèvera également que ces deux témoins sont des amies de E2\_\_\_\_\_. Sur un autre plan, l'appelante conteste avoir donné son congé en mai 2006 puis reconsidéré sa décision moyennant une modification de son horaire, puis donné à nouveau son congé en juillet pour fin août 2006. Elle conteste également avoir indiqué à D\_\_\_\_\_ qu'elle entendait démissionner de chez les intimés. Elle conteste encore avoir parlé en espagnol avec A\_\_\_\_\_ en mai 2006. Elle conteste enfin avoir donné une seconde fois son congé le 17 juillet 2006 et s'en être également ouverte à D\_\_\_\_\_. Il résulte du dossier des éléments convergents et concluants que l'appelante a été licenciée en raison de sa grossesse et qu'elle n'a pas donné, comme le soutiennent les intimés, son congé le 17 juillet 2006. En premier lieu, E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ écrit le 17 août 2006 à la Caisse cantonale genevoise de compensation, soit plus d'un mois après le prétendu congé donné par l'appelante, pour annoncer qu'il est l'employeur de celle-ci et pour solliciter une carte AVS, étant rappelé que l'appelante travaillait à leur service depuis l'été 2004. Dans ce courrier, E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ ne fait aucune mention de ce que l'appelante aurait donné son congé pour le 31 août suivant. Entre le 8 août et début septembre, les époux E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ ne prennent aucune nouvelle de l'appelante. Il ne se soucient pas davantage des suites de l'accident dont celle-ci a été victime dans leur propre maison. Ensuite, les époux E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ ne vont pas chercher les courriers recommandés des 4 et 6 septembre que leur envoie l'appelante, ceux-ci étant retournés à

cette dernière par la poste. L'appelante joindra à nouveau ces deux courriers à son envoi du 14 septembre 2006. En revanche, ils prennent contact téléphoniquement le 5 septembre 2006 avec l'appelante pour lui proposer de la rencontrer, puis quelques jours plus tard, sur le lieu de travail de l'époux de l'appelante pour trouver un arrangement. Dans le cadre de la rencontre entre E1\_\_\_\_\_ et E2\_\_\_\_\_ et le mari de l'appelante, celui-là propose de verser à l'appelante fr. 1'000.- par mois sans que celle-ci ait besoin de travailler pendant toute la durée de la grossesse et exprime le souhait que le contrat de travail se termine trois mois après l'accouchement. Ce n'est que le 14 septembre, après au moins trois courriers de l'appelante (4, 6 et 11 septembre 2006), plusieurs téléphones et rencontres qu'apparaît pour la première fois par écrit la thèse des intimes selon laquelle l'appelante aurait donné son congé une première fois en mai 2006 puis une seconde fois avec effet immédiat le 17 juillet, soit près de deux mois après le prétendu congé donné oralement, et qu'elle aurait ensuite accepté de rester jusqu'au 31 août 2006. Le témoignage de A\_\_\_\_\_ n'est d'aucune utilité s'agissant du prétendu congé du 17 juillet 2006 puisqu'elle déclare elle-même l'avoir appris de E2\_\_\_\_\_. S'agissant de l'éventuel congé donné en mai 2006, il est sans pertinence pour la présente cause dès lors que si, par hypothèse, il a bien été donné comme le soutiennent les intimes, ce qui n'est pas démontré, ils admettent eux-mêmes que l'appelante a continué de travailler à leur service. Finalement s'agissant du prétendu congé du 17 juillet 2006, seul le témoignage de D\_\_\_\_\_ accrédite la thèse des intimes sans que cela soit suffisant dans la mesure où D\_\_\_\_\_ n'a pas été témoin direct du congé que l'appelante aurait donné aux intimes et qu'elle est l'amie du couple. Certes, elle relate, sous la foi du serment, une conversation qu'elle a eue avec l'appelante, conversation qui est contestée, où celle-ci lui aurait dit avoir donné aux intimes " ses vacances définitives ". D\_\_\_\_\_ lui aurait alors demandé si cela signifiait son congé ce que l'appelante lui aurait confirmé. Ce seul élément - au demeurant indirect parce qu'il ne témoigne pas de ce qui a été réellement convenu avec les intimes - ne saurait suffire à considérer que l'appelante a donné son congé, à plus forte raison si l'on considère que l'appelante - au demeurant sans autorisation de séjour et de travail - était déjà enceinte à la date de cette prétendue conversation et que l'on voit mal quel intérêt elle pouvait avoir à ce moment de quitter son emploi. Il découle de ce qui précède que les intimes n'ont fourni aucun élément probant démontrant qu'ils avaient reçu le congé de l'appelante pour fin août 2006, hormis le témoignage indirect d'une de leurs amies, ce qui en l'espèce n'est pas suffisant. Ils n'ont en particulier pas confirmé immédiatement par écrit ce prétendu congé. Ils n'ont en outre pas non plus démontré avoir entrepris immédiatement des démarches pour la remplacer alors qu'ils soutiennent que le départ de celle-ci leur posait des difficultés. Enfin leur comportement après le 8 août 2006 rend les explications de l'appelante sur le déroulement des faits beaucoup plus vraisemblables que celles données, dès le 14 septembre 2006, par les intimes. Au vu de ce qui précède, la Cour retient que l'appelante n'a pas donné son congé le 17 juillet 2006. Elle retient également que l'appelante a été licenciée le 8 août 2006 avec effet immédiat, étant rappelé qu'elle avait annoncé aux intimes le 7 juillet 2006 sa grossesse. Le jugement sera donc annulé sur ce premier point. Il en découle que l'appelante pouvait bénéficier de la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO.

#### **E. 4**

4.1 Aux termes de l'article 336 c al. 1 et 2 CO, l'employeur ne peut pas mettre fin au contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement (lit. c), sous peine de nullité de la résiliation. Cependant, le licenciement avec effet immédiat, même injustifié, met fin en fait et en droit au contrat et cela également durant une période de

protection au sens de l'article 336c CO. Contrairement à ce que prévoit l'article 336c al. 2 CO, un tel congé n'est pas nul mais sa sanction est assurée par le biais de l'article 337c CO. Le travailleur a droit à une indemnité qui se calcule en fonction du moment auquel le contrat aurait normalement pu être dissous après la période de protection. Si le licenciement est injustifié, on inclut donc dans l'indemnité due selon l'article 337c al. 1er CO non seulement le salaire que le travailleur aurait gagné durant le délai de congé, mais aussi celui que l'employeur aurait versé pendant la période de protection de l'article 336c CO (CAPH du 8 mars 1996 en la cause II/877/93 ; Humbert, *Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht*, pp. 129 ss et p. 156 ; Streiff/von Kaenel, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5ème éd., n. 2 ad art. 336c CO et n. 4 ad art. 337 CO ; Weber, *La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun*, thèse, Lausanne 1992, pp. 57 et 59 ; note d'Aubert in SJ 1989, p. 682). Le contrat prenant fin en fait et en droit au moment de la résiliation avec effet immédiat, le travailleur est dispensé d'offrir ses services à la fin de la période de protection ultérieure (ATF du 22 février 1996 en la cause 4C.271/1995 ).

#### **E. 4.1**

Selon l'article 8 du Code civil (ci-après CC), chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519 , consid. 2a, et les références citées ; HOHL, *Procédure civile*, tome I, n. 786 ss). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003 ; ATF 114 II 289 , consid. 2a). A moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, les premiers juges ont d'abord déterminé, pour chacune des quatre périodes, si l'appelante travaillait à temps complet, comme elle le prétend, ou à temps partiel, comme le prétendent les intimés. Puis, dans un deuxième temps, ils ont comparé le salaire prévu par le CTT à celui effectivement reçu par l'appelante. Concernant les horaires, au vu de l'ampleur des tâches à effectuer, les premiers juges ont considéré que les horaires allégués par l'appelante étaient davantage crédibles. Ils ont toutefois, d'une part, décidé de prendre en compte une heure de pause par jour, soit cinq heures par semaine, et non une demi-heure comme allégué par l'appelante. Selon eux, il est notoire que lorsqu'une personne s'occupe d'enfants, elle doit toujours être attentive à ce qu'ils font et ne peut jamais relâcher son attention, même pendant la sieste de ces enfants, qui peuvent à tout moment faire un cauchemar, pleurer ou se réveiller. De plus, dans une villa où vit une famille de cinq personnes, il y a toujours des objets à ranger ou du ménage à faire et il est donc peu probable qu'une employée de maison puisse avoir deux heures et demie de pause par jour. D'autre part, les premiers juges ont décidé de retenir des horaires uniformes pour chacune des quatre périodes, sans faire de distinction en ce qui concerne notamment les jours où

l'appelante se trouvait à la montagne avec les intimés. Ils ont en outre retenu, sur la base de ce que les intimés ont reconnu, que l'appelante effectuait du baby-sitting auprès des intimés selon un horaire moyen de quinze heures par mois, soit 3 heures 30 par semaine, et que la rémunération de ces heures était comprise dans son salaire de base, l'employée n'ayant pas démontré le contraire. S'agissant des salaires versés, les premiers juges n'ont tenu compte que des seuls versements en espèces et en nature admis par l'appelante. Sur cette base, les premiers juges ont estimé que les horaires et les salaires de l'appelante étaient les suivants : Du 1<sup>er</sup> septembre 2004 au 30 septembre 2004, de 11h30 à 19h00, avec une heure de pause, du lundi au vendredi. L'appelante travaillait donc 32 heures 30 par semaine, plus 3 heures 30 de baby-sitting, soit 36 heures et recevait un salaire mensuel brut de fr. 1'100.-. Son droit au salaire, pour cette période, doit ainsi être calculé sur la base d'un travail à temps partiel. Pour cette période, l'appelante aurait dû être payée fr. 2'837.- (36 heures x 4.33 semaines x fr. 18.20). Elle avait donc droit, selon les premiers juges, à un solde de salaire de fr. 1'520.-. Du 1<sup>er</sup> octobre 2004 au 31 décembre 2004, l'appelante a travaillé de 8h00 à 18h00, avec une heure de pause, les lundis, mercredis et vendredis, ainsi que de 11h00 à 19h00, avec une heure de pause, les mardis et jeudis. Elle travaillait donc 41 heures par semaine plus 3 heures 30 de baby-sitting, soit 44 heures 30 et recevait un salaire mensuel brut de fr. 1'550.- et a reçu une part de son salaire en nature de fr. 750.- pour la période concernée. Son droit au salaire, pour cette période, doit être calculé sur la base d'un travail à temps partiel. Pour cette période, l'appelante aurait dû être payée fr. 3'506.85 par mois (44 heures 30 x 4.33 semaines x fr. 18.20). Elle avait donc droit, selon les premiers juges, à un solde de salaire de fr. 5'155.55. Du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 30 novembre 2005, l'appelante a travaillé de 8h00 à 19h20, avec une heure de pause, du lundi au vendredi. Elle travaillait donc 51 heures 40 par semaine, plus 3 heures 30 de baby-sitting, soit 55 heures 10, et recevait un salaire mensuel brut de fr. 2'000.-. et a reçu une part de son salaire en nature de fr. 2'723.-. Son droit au salaire, pour cette période, doit être calculé sur la base d'un travail à temps complet. Pour cette période, l'appelante aurait dû être payée fr. 3'400.-. Elle avait donc droit, selon les premiers juges, à un solde de salaire de fr. 12'677.- Du 1<sup>er</sup> décembre au 31 décembre 2005, l'appelante aurait dû être payée fr. 3'400.-. Elle a été payée fr. 1'870.- en espèces, plus fr. 296.- en nature, soit fr. 2'166.-. Elle avait donc droit à un solde de salaire de fr. 1'234.-. Du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 8 août 2006, l'appelante a travaillé de 8h00 à 19h20, avec une heure de pause, les lundis, mardis, jeudis et vendredis, ainsi que de 8h00 à 13h40, avec une heure de pause, les mercredis. Elle travaillait donc 46 heures par semaine, plus 3 heures 30 de baby-sitting, soit 49 heures 30, et recevait un salaire mensuel brut de fr. 1'870.-, puis 1'970.- dès mai 2006 et fr. 1'000.- du 1<sup>er</sup> au 7 août 2006, et a également reçu une partie de son salaire en nature se montant à fr. 1'846.- Pour cette période, l'appelante aurait dû être payée fr. 3'430.-. Elle avait donc droit, selon les premiers juges, à un solde de salaire de fr. 8'532.50 Les intimés admettent qu'ils ne sont pas en mesure d'apporter la preuve de leurs allégations. Ils demandent néanmoins à la Cour d'appel de substituer leur méthode de calcul à celle retenue par les premiers juges qui a été résumée ci-dessus au motif qu'ils étaient en mesure de rattacher chaque changement d'horaire à un événement de la vie courante. En l'espèce, en l'absence d'autres éléments probants, la Cour estime qu'il n'y pas lieu de remettre en cause la méthode appliquée par le Tribunal des prud'hommes qui ne s'est pas contenté, comme l'affirment les intimés, de reprendre sans autre les allégués de l'appelante mais a procédé à un examen approfondi de la situation au vu des éléments à sa disposition. Il en découle que le jugement sera entièrement confirmé sur ce point.

Sur appel incident, E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ reprochent aux premiers juges une mauvaise application de l'art. 8 CC dans la mesure où ils ont admis sans réserve les allégations de l'appelante s'agissant de ses horaires de travail alors qu'ils les contestaient et que T\_\_\_\_\_ ne les étayait d'aucune preuve. E2\_\_\_\_\_ et E1\_\_\_\_\_ demandent à la Cour de retenir leur version des faits sur les horaires telle que présentée dans leur réponse aux premiers juges en page 41 à 49, tout en admettant se trouver dans l'impossibilité d'apporter la preuve irréfutable de leurs allégations. Ils concluent à ce qu'il leur soit donné acte de ce qu'ils doivent fr. 11'522.77 nets à l'appelante à titre de différence de salaire au lieu des fr. 29'079.05 bruts retenus par les premiers juges.

## **E. 6**

Les intimés persistent à soutenir dans leur appel incident que l'appelante n'a pas prouvé avoir effectué des heures supplémentaires. Ils contestent également le raisonnement des premiers juges fondés sur l'art. 42 al. 2 CO qui a considéré qu'il était peu vraisemblable que l'appelante ait pu bénéficier de deux heures et demie de pause par jour dans une famille de cinq personnes avec des enfants en bas âge. Selon eux, les premiers juges n'ont pas tenu compte de ce que deux des enfants étaient à la crèche quatre matinées par semaine et que E2\_\_\_\_\_ n'a exercé aucune activité lucrative jusqu'en avril 2006 et qu'elle s'occupait ainsi aussi de ses enfants. Ils admettent qu'exceptionnellement, durant la période du festival de Bellerive, des heures supplémentaires ont été accomplies par l'appelante mais ces heures auraient été payées directement en sus à l'appelante. Ils concluent à ce que la Cour annule le jugement du 9 janvier 2008 en tant qu'ils les condamnent à verser fr. 9'467.95 bruts à titre d'heures supplémentaires.

### **E. 6.1**

A teneur de l'article 321 c 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. 1). 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). Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement 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 appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I, p. 629 ; cf. AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 ad art. 321 c CO, p. 1689). Cependant, le juge doit se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si les circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé, et non simplement rendu vraisemblable, que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. D'autre part, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période et non annoncées ne doivent pas être indemnisées à moins que l'employeur ne les ait approuvées (KNEUBÜHLER-DIENST, Überstunden in Arbeitsrecht in der Verbandspraxis, 1993, pp. 147, 148 et 161, et les références citées ; CAPH du 20 octobre 1993 en la cause

VI/853/92).

### **E. 6.2**

En l'espèce, les premiers juges ont considéré que les prétentions de l'appelante au paiement de 34.80 heures supplémentaires entre le 30 août 2004 et le 31 décembre 2004, 638.20 heures supplémentaires entre le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et le 31 décembre 2005, ainsi que 238.80 heures supplémentaires entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 8 août 2006 n'étaient pas compatibles avec les horaires qu'ils avaient retenus. L'appelante avait, selon ses dires, reconstitué le nombre d'heures supplémentaires sur la base de ses agendas qu'elle n'a pas produit en procédure. Tout en admettant que l'appelante avait effectué un certain nombre d'heures supplémentaires, les premiers juges n'ont pas non plus suivi l'appelante dans ses conclusions sur ce point. Dans leur appréciation globale du temps de travail hebdomadaire de l'appelante, décrite au chiffre précédent, ils ont admis que l'appelante a effectué :

### **E. 7**

Les intimés contestent également que l'intimée n'ait pas pris l'intégralité de ses vacances en nature en 2004 et 2005. Ils reconnaissent être débiteurs de fr. 757.- à titre de solde de vacances 2006. Les intimés contestent le jugement en équité prononcé par les premiers juges. Ils admettent qu'il leur appartenait de prouver que l'appelante avait bénéficié des vacances auxquelles elle avait droit. Ils reprennent les explications qu'ils avaient fournies aux premiers juges.

#### **E. 7.1**

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. Il appartient dès lors au travailleur de prouver l'existence d'une obligation contractuelle de l'employeur de lui accorder des vacances et la naissance de cette obligation du fait de la durée des rapports de travail. Il incombe en revanche à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF du 15 septembre 1999 en la cause 4C.230/1999, consid. 4 ; AUBERT, op. cit., § 7 ad art. 329 a CO, p. 1736). Lorsque le nombre de jours pris ne peut pas être établi avec une absolue certitude, le juge peut faire application analogique de l'article 42 al. 2 CO (ATF 128 III 271, consid. 2b = JdT 2003 I, p. 606).

#### **E. 7.2**

Sur ce point également le Tribunal des prud'hommes a estimé en équité le nombre de jours de vacances que l'appelante n'avait pas pris en 2004 et 2005, après avoir rappelé qu'elle avait droit à quatre semaines de vacances par année. Les premiers juges n'ont pas retenu les explications de l'appelante selon lesquelles elle n'aurait pris qu'une semaine de vacances pendant toute la durée de son engagement auprès des intimés. Ils n'ont pas davantage admis les allégations des intimés selon lesquelles l'appelante aurait pris toutes ses vacances en 2004 et 2005. Comme pour les horaires de travail et les heures supplémentaires, les intimés reprennent leurs développements devant les premiers juges sans apporter d'éléments nouveaux déterminants qui viendraient contredire l'appréciation en équité de ceux-ci. Le jugement sera donc ainsi aussi confirmé sur ce point.

### **E. 8**

Les intimés demandent finalement que l'appelante soit condamnée à une amende de procédure pour avoir, dans son écriture d'appel, expliqué ce qui suit " ont commencé à mentir et pour rendre croyable leurs mensonges ils ont utilisé leurs amies, notamment les témoignages de Madame A\_\_\_\_\_ et de Madame D\_\_\_\_\_ ".

### **E. 8.1**

Est condamnée à l'amende la partie qui pour fonder sa demande ou sa défense, a recours à des allégations intentionnellement inexactes, à des imputations calomnieuses ou à tout autre moyen de mauvaise foi (art. 40 let. a LPC). Le juge peut en outre ordonner la suppression des imputations calomnieuses ou injurieuses contenues dans les écritures produites au procès (art. 42 LPC). La loyauté et la sérénité du débat judiciaire impliquent que les parties et leurs auxiliaires se comportent, dans le procès, d'une manière conforme au principe de la bonne foi (ATF 84 I 61 ). C'est pour garantir le respect de ce principe que la loi prévoit la possibilité de prononcer des sanctions en cas d'attitude déloyale ou offensante. En proscrivant l'emploi d'imputations calomnieuses, l'art. 40 let. a LPC n'interdit pas seulement la calomnie au sens étroit défini à l'art. 174 CP, mais tout allégué attentatoire à l'honneur au sens des art. 173, 174 ou 177 CP; en ce domaine, il convient toutefois de faire preuve de réserve en tenant compte des nécessités du débat judiciaire et des réactions qu'il entraîne. Les parties ne sauraient être empêchées d'invoquer la faute, le comportement illicite ou la mauvaise foi de leur adversaire, lorsque ces allégués sont nécessaires au fondement de leur action ou de leur défense; l'échec de la preuve ne suffira pas à justifier une sanction; il faudra encore que l'accusation ait été portée sans nécessité ou de mauvaise foi (SJ 1987 p. 441; ATF 96 IV 56 ; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la LPC, n. 2 ad art. 40 LPC). La jurisprudence ne donne que peu d'exemples sur le sujet : n'ont pas été considérées comme attentatoires à l'honneur les expressions «faire l'âne» ( ACJC/468/2005 ), «unis comme larrons en foire» (SJ 1914 p. 526), «astuce» ou «de manière trompeuse», ces derniers termes devant être entendus dans le cadre d'un débat judiciaire et ne pas mettre ainsi en cause la probité des conseils des parties ( ACJC/1043/2005 ). Ont par contre été considérées comme attentatoires à l'honneur les expressions - adressées à un avocat - «faux intellectuel» et «astucieusement éluder les lois», dans la mesure où elles font naître dans l'esprit du lecteur qu'un avocat, non seulement chercherait à éluder des lois, mais le ferait de manière astucieuse, c'est-à-dire en s'entourant de mensonges ou d'autres artifices ( ACJC/1043/2005 ).

### **E. 8.2**

En l'espèce, les intimés soutiennent que la phrase contenue au bas de la page 4 de l'écriture de l'appelante porterait atteinte non seulement à leur honneur mais aussi à celui des témoins qu'ils ont cités. Les termes contestés sont effectivement déplacés et inadéquats. Ils semblent cependant davantage exprimer le doute de l'appelante sur la bonne foi des intimés face à ce qu'elle considère être de légitimes prétentions qu'une volonté de recourir intentionnellement à des allégations attentatoires à l'honneur des intimés et des témoins qu'ils ont cités. Pour cette raison, la Cour renoncera à condamner l'appelante à une amende au sens de l'art. 40 let. a LPC.

### **E. 9**

La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à 30'000 fr., il se justifie de condamner les intimés, qui succombent intégralement, à payer la totalité des émoluments de mise au rôle d'appel et d'appel incident. Aussi, les intimés rembourseront à l'appelante

l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée de fr. 880.- Pour le surplus, l'émolument d'appel incident de fr. 440.- versés par les intimés reste acquis à l'Etat

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