



E1 ____

Dom. élu : Me Pierre SCHIFFERLI
Avenue Jules-Crosnier 8
1206 Genève

Et

E2 ____

Dom. élu : Me Pierre SCHIFFERLI
Avenue Jules-Crosnier 8
1206 Genève

Partie appelante

T ____

Dom. élu : Me Elisabeth GABUS-
THORENS
Rue du Général-Dufour 11
1204 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 19 novembre 2009

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mme Anne MICHELLOD et M. Michel FAVRE, juges employeurs

Mme Pierrette FISHER et M. Jérôme BEGUIN, juges salariés

Mme Véronique DUBOSSON, greffière d'audience

EN FAIT

- A. T___, née le 8 avril 1976, a été engagée par E1___ et E2___, le 2 juin 2003, en qualité d'employée de maison, sur la base d'un contrat oral.
- B. Par courrier du 19 juillet 2007, par l'intermédiaire de son conseil, T___ a requis de ses anciens employeurs qu'ils lui fournissent ses décomptes de salaire mentionnant le salaire brut, les heures supplémentaires, ainsi que les retenues, telles que l'AVS, les assurances et l'impôt à la source. Elle réclamait également 130'250 fr., à titre de salaire dû, en application du contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique. Elle a précisé que les rapports de travail avaient débuté le 28 mai 2003 et pris fin le 9 juin 2007 et que ses horaires étaient de 8h00 à 20h00 ou de 7h30 à 19h30 les lundis, mardis, jeudis, vendredis et samedis, et jusqu'à 12h00 les mercredis matins.
- C. Le 2 juin 2008, T___ a assigné E1___ et E2___ en paiement de 135'5112 fr. brut, plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2005 (date moyenne), dont 76'075 fr. à titre d'arriérés de salaire, 56'943 fr. à titre d'heures supplémentaires, 2'494 fr. à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature. Elle demandait également la délivrance de certificats de salaire pour toute la durée de son engagement et d'un certificat de travail.

Elle a allégué en substance, avoir commencé à travailler le 2 juin 2003, s'être interrompue le 31 octobre 2005, en raison de sa grossesse, et avoir repris le 15 septembre 2006, pour cesser de travailler le 9 juin 2007, le contrat de travail ayant été résilié par son employeur pour le 30 juin 2007.

En 2003 et 2004, elle avait travaillé du lundi au vendredi, de 7h30 à 19h30, et également deux week-ends par mois, à raison de seize heures par week-end. De 2005 à 2007, son horaire était de 7h30 à 19h30 du lundi au vendredi et deux samedis par mois durant huit heures.

Elle a allégué qu'elle ne prenait alors jamais de pause et mangeait matin, midi et soir chez ses employeurs. Son salaire était de 1'000 fr. par mois.

Elle avait pris en 2003 deux semaines de vacances en juillet, deux jours à Noël et deux jours à Nouvel An, soit 14 jours; en 2004 deux jours à Pâques, deux semaines en juillet, deux jours à Noël et deux jours à Nouvel An, soit 16 jours; en 2005 deux jours à Pâques et deux semaines en juillet, soit 12 jours.

En vertu de l'art. 18 al. 1 let. c du contrat-type de travail, le salaire minimum pour les travailleurs sans qualification particulière à temps complet s'élevait à 3'430 fr. et était constitué d'une partie en espèce de 2'530 fr. et une en nature de 300 fr.

pour le logement et 600 fr. pour la nourriture. Le salaire minimum de T___ s'élevait selon elle à 2'950 fr.

- D.** Le 25 juillet 2008, E1___ et E2___ ont contesté partiellement les prétentions de leur ancienne employée, reconnaissant lui devoir la somme de 2'255 fr., à titre de complément de salaire, et acceptant de payer les charges sociales pour l'intégralité de la période travaillée.

Ils ont allégué que T___ avait commencé à travailler le 2 juin 2003, puis avait cessé son activité à la fin du mois d'octobre 2005, pour la reprendre le 18 septembre 2006. Ils l'ont licenciée pour la fin du mois de juin 2007, puis l'ont renvoyée avec effet immédiat dès le 9 juin 2007, T___ n'effectuant plus son travail.

T___ travaillait les lundis et jeudis de 11h30 jusqu'à 20h30, mais terminait parfois avant si les défendeurs rentraient tôt. Elle préparait les repas et mangeait avec les enfants lorsqu'elle était encore présente à l'heure du repas du soir. Le jeudi, elle consacrait 2 heures au repassage durant l'après-midi. Les mardis et vendredis, elle faisait entre 1 et 2 heures de ménage. Elle quittait son travail vers 17h00. Les mercredis, samedis et dimanches, elle avait congé.

De juillet 2003 à octobre 2004, l'activité de E2___ étant restreinte, T___ était souvent libérée tôt l'après-midi. De décembre 2004 à février 2005, E1___ s'étant retrouvée sans emploi pendant un mois, puis travaillant à 80% ensuite, le temps de travail de T___ avait été fortement diminué.

T___ avait bénéficié en 2003 d'une semaine en juillet, de trois en août, d'une en octobre et d'une en décembre; en 2004 une semaine en février, deux en été, d'une en octobre et d'une à Noël; en 2005 d'une en février, de trois en été et de trois jours en octobre; en 2006 d'une semaine en octobre et d'une en décembre; en 2007 d'une semaine en janvier, d'une en février et de deux à Pâques.

Les employeurs ont indiqué que T___ avait toujours bénéficié des vacances auxquelles elle avait droit et qu'elle n'avait pas effectué d'heures supplémentaires, ses horaires ne dépassant jamais les huit heures quotidiennes prévues par le contrat-type du 1^{er} juillet 2004 pour les travailleurs à temps partiel. E1___ et E2___ considéraient que compte tenu des nombreuses pauses qui punctuaient la journée de travail de T___, cette dernière avait travaillé en moyenne quatre heures par jour, quatre jours par semaine, auxquelles ils ont ajouté deux heures pour tenir compte du travail effectué le samedi, soit un total de 18 heures par semaine.

Ils ont précisés avoir versé à T___ un salaire de 1'000 fr. en 2003, puis de 1'200 fr. dès 2004. Il fallait y ajouter 186 fr. à titre de salaire en nature hebdomadaire, correspondant à quatre repas de midi et un repas du soir pris durant la semaine. Ils sont parvenus à la conclusion qu'il leur restait un montant de 2'255 fr. à payer à T___.

E. A l'audience d'enquêtes du 26 août 2008, T___ a décrit sa journée de travail type chez ses employeurs. Elle arrivait le matin à 7h30 et après avoir préparé le petit-déjeuner, elle accompagnait les enfants à l'école. De retour à l'appartement, elle nettoyait toutes les pièces et préparait le repas des enfants qu'elle allait chercher à l'école à 11h30, pour les y accompagner ensuite à 13h 30. L'après-midi était consacré au repassage puis après l'école, qui se terminait à 16h, elle se rendait au parc avec les enfants. De retour vers 18h30 chez ses employeurs, elle préparait le repas des enfants, puis les couchait. Ses horaires du 2 juin 2003 au 31 décembre 2004 étaient du lundi au vendredi de 7h30 à 19h30, soit 12 heures; le mercredi de 7h30 à 12h00, soit 4 heures 30; un samedi sur deux de 7h30 à 13h30, soit 6 heures; un dimanche sur deux de 13h30 à 19h30, soit 6 heures. Son total d'heures était ainsi de 58h 30 hebdomadaire, en moyenne, pour la période du 2 juin 2003 au 31 décembre 2004. Ses horaires étaient semblables de 2005 à la fin des rapports de travail, excepté les week-ends, où elle ne travaillait plus le dimanche, mais tous les samedis, de 7h30 à 13h 30. Son horaire hebdomadaire était alors de 58h 30 également. Elle prenait ses repas de midi et du soir chez son employeur. Elle a précisé ne pas avoir pris de vacances en 2007 et s'était référée pour les années précédentes aux déclarations faites dans son mémoire.

E1___ a déclaré que les horaires de T___ étaient calqués sur les siens. Jusqu'à fin novembre 2004, elle ne travaillait pas le mercredi. Elle travaillait le lundi et le jeudi de 12h00 à 20h00, soit huit heures. Le mardi et le vendredi de 8h00 à 16h00, soit huit heures. Un samedi sur deux, de 9h00-9h30 à 14 h, soit au maximum cinq heures; un dimanche sur deux de 11h30-12h00 à 16h-17h, selon E1___, et à 18h00 selon E2___, soit entre 4 et 6.h30.

Les époux ont accepté de verser la somme de 1'200 fr. à T___ à titre de salaire du mois de juin 2007.

F. Les témoins suivants ont été entendus:

A___, connaissance de l'employée, a indiqué que celle-ci travaillait toute la semaine, en tous cas jusqu'à 19h, voire 20h00, et qu'elle partait travailler le matin à 7h00.

B___, père de l'enfant de T___, entendu à titre de renseignement, a déclaré qu'il la connaissait depuis 2005. Elle travaillait de 7h30 à 19h30, du mardi au samedi.

G. Le 29 septembre 2008, E1___et E2___ ont adressé au greffe de la juridiction des Prud'hommes un certificat de travail.

- H.** Dans son jugement TRPH/136/2009 du 2 mars 2009, reçu par les parties le 4 mars 2009, le Tribunal a retenu que T___ exerçait son activité durant 54 heures durant la période du 2 juin 2003 au 31 décembre 2004 et durant 54h 30 pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 octobre 2005 et du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007. Le Tribunal a condamné les défendeurs, conjointement et solidairement, à verser à T___ 26'824 fr. 05 brut, plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2005, à titre d'heures supplémentaires et à 129'476 fr. brut, plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2005, sous déduction de la somme nette de 56'802 fr. 40 déjà versée. Il les a, en outre, condamnés à payer la somme brute de 3'493 fr. 50 plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2005, à titre d'indemnité de vacances.
- I.** Par acte du 2 avril 2009, E1___ et E2___ appellent de ce jugement. Ils concluent à son annulation, à ce qu'il leur soit donné acte du fait qu'ils acceptent de verser à l'intimée la somme de 20'547 fr. 85 pour solde de tous comptes et de payer les charges sociales dues selon la détermination de la Cour d'appel des Prud'hommes. Ils concluent également à la compensation des dépens.
- T___ a conclu à la confirmation du jugement attaqué.
- J.** Par courrier du 10 août 2009, le conseil de T___ a demandé que sa mandante soit dispensée de se présenter à l'audience d'appel, dans la mesure où celle-ci vivait à l'étranger.
- K.** Par courriers du 13 août 2009 et du 31 août 2009, le conseil des époux E1___ et E2___ a demandé le renvoi de l'audience à une date ultérieure afin que T___ soit présente et que ses mandants puissent poser des questions à leur partie adverse. E1___ et E2___ ont, par ailleurs, requis une procuration récente de leur partie adverse en faveur de son conseil.
- L.** L'audience d'appel initialement fixée a été maintenue. Lors de celle-ci, les parties ont persisté dans leurs conclusions. T___ était absente. Son conseil a indiqué qu'elle vivait en Turquie. Elle avait des contacts réguliers avec elle. Elle a déposé copie de la procuration signée par T___ l'autorisant à la représenter à l'audience et lui donnant tout pouvoir à cet effet, y compris celui de transiger.

E1___ et E2___ ont précisé maintenir les réserves émises par leur conseil dans les courriers des 13 et 31 août 2009 quant à l'absence de leur partie adverse. Ils ont précisé qu'ils avaient l'impression que leurs dires n'avaient pas été véritablement entendus en première instance et que le jugement était totalement partial. Tant les horaires retenus que l'activité déployée par T___ étaient totalement invraisemblables et ne correspondaient à aucune réalité. Ils ont rappelé que leur logement était

petit, qu'il s'agissait d'un 4 pièces qui ne nécessitait pas beaucoup de travaux ménagers.

Il a été noté au procès-verbal dicté à haute voix pendant l'audience que "Pour le surplus, nous [E1___ et E2___] n'avons pas de question à poser à notre partie adverse". Lors de la signature du procès-verbal, après la fin de l'audience et le départ de la partie adverse, leur conseil a toutefois ajouté sur celui-ci, à la main, que cette phrase était totalement contestée. Il a noté sur le procès-verbal "Au contraire, E1___ et E2___ ont déclaré avoir et vouloir poser des questions à la partie adverse, sur ses horaires et la nature de son travail! (sic)".

Par courrier du 1^{er} septembre 2009, le conseil des époux E1___ et E2___ a encore confirmé la teneur de sa remarque manuscrite, en expliquant qu'il avait été contraint d'apposer celle-ci, l'intention de ses mandants étant de poser des questions à T___ sur ses horaires de travail et la nature de ses activités.

- M.** Pour le surplus, les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP), y compris les pièces nouvelles produites (cf. 306A LPC, applicable par renvoi de 11 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 LJP).
2. Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le domicile des appelants que le lieu de travail habituel de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 Lfors).
3. Par courriers des 13 et 31 août 2009, les appelants ont demandé le renvoi de l'audience de comparution personnelle devant la Cour d'appel des Prud'hommes. Le fait de vivre à l'étranger ne constituait pas un motif exceptionnel au sens de l'art. 13 LJP.
- 3.1 En procédure prud'homale, les parties comparaissent en personne (art. 12 al. 1 LJP). Elles peuvent, si elles le souhaitent, être assistées par un proche, un avocat

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

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

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

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

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

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

- 4.1** L'intimée répond que le contrat-type de travail en tant qu'employé de maison à temps complet s'applique manifestement dans la mesure où elle effectuait plus de 40 heures par semaine, travaillait en tant que gouvernante, faisait la cuisine, rangeait les chambres, gardait les enfants et accomplissait tout le travail ménager. Le travail d'accueil dans son propre foyer où l'on peut accueillir plusieurs enfants est une activité totalement autre. Dès lors, il convient d'appliquer les dispositions relatives au contrat-type de travail pour les employés domestiques.
- 4.2** Le litige portant sur une période allant du 2 juin 2003 au 30 juin 2007, il convient d'examiner si les contrats types de 2000 et de 2004 s'appliquent.

A teneur de l'art. 1 al. 1 let. a du contrat type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique, entré en vigueur le 1^{er} février 2000 (ci-après: contrat-type du 1^{er} février 2000), sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique les travailleurs âgés de 18 ans au moins, logés ou non, occupés à temps complet dans le canton de Genève, dans un ménage privé. Selon l'art. 1 al. 1 du contrat type de travail pour les travailleurs à temps partiel de l'économie domestique entré en vigueur le 1^{er} février 2000, sont considérés comme des travailleurs à temps partiel de l'économie domestique à temps partiel, les travailleuses et travailleurs âgés de 18 ans au moins, employés régulièrement ou occasionnellement dans le canton de Genève dans un ménage selon un horaire convenu (par exemple: à l'heure, à la demi-journée, à la journée, à la semaine, notamment comme femmes de ménages, repasseuses, cuisinières).

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

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

- 4.3** Les appelants ont reconnu que l'intimée travaillait cinq, puis six jours par semaine, à leur domicile, effectuant des horaires journaliers réguliers et exerçant des tâches différentes, comportant la garde et les soins donnés aux enfants, mais aussi l'accomplissement de travaux ménagers (nettoyage, repassage, préparation des repas, ect.). Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que la relation contractuelle entre les parties est régie par les contrats-types de travail pour les travailleurs de l'économie domestique des 1^{er} février 2000 et 1^{er} juillet 2004. Il n'y a ainsi pas lieu de déterminer le temps consacré à chaque activité séparée pour y appliquer une rémunération différente.
- 5.** Les appelants soutiennent que le Tribunal a violé le principe de la répartition du fardeau de la preuve (art. 8 CC) et le principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 CC) s'agissant de l'établissement des horaires de travail. Le Tribunal s'était fondé uniquement sur les allégations de l'intimée, sans qu'aucune preuve n'ait été apportée par celle-ci. Il avait établi les horaires de manière arbitraire, en statuant exclusivement en équité. En retenant des horaires invraisemblables et non prouvés, il était parvenu à un résultat choquant et arbitraire. Effectuant un calcul fondé sur 8 heures hebdomadaires de travail ménager, rémunérées au tarif prévu par le contrat-type du 1^{er} février 2000 et du 1^{er} juillet 2004, et les heures restantes comme garde d'enfant, les employeurs reconnaissent devoir la somme de 20'547 fr. 85 à titre de solde de salaire pour tout le rapport contractuel.
- 5.1** L'intimée répond que le contrat de travail ne portait pas sur le simple accomplissement d'une activité. Elle devait également se tenir disponible, ce qui constituait une prestation de travail, car elle profitait à l'employeur. Par ailleurs, si l'art. 8 CC conférait un droit à la preuve et à la contre preuve, il apparaissait que les appelants, qui avaient eu la possibilité de faire entendre des témoins pour établir leurs allégations, s'en étaient abstenus. Ils ne pouvaient ainsi reprocher au Tribunal d'avoir violé leur droit à la preuve et à la contre preuve.
- 5.2** En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver le fait qu'elle allègue pour en déduire son droit.

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

Les horaires que le Cour retiendra sont les suivants:

Pour la période du 2 juin au 31 décembre 2004:

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

TOTAL: 36h30

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

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

TOTAL: 47h

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

6. Selon les appelants, le Tribunal aurait également violé le principe du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC et le principe de l'interdiction de l'arbitraire, en retenant que l'intimée n'avait reçu que 1'000 fr. par mois durant tout le rapport de travail. A partir de janvier 2004, le salaire avait augmenté à 1'200 fr. par mois, ce qui ressortait du cahier comptable de l'appelante relatif aux dépenses du ménage, qu'elle produit en appel.
- 6.1 Selon l'intimée, le fardeau de la preuve du versement du salaire incombe à l'employeur. Le Tribunal a retenu à juste titre que l'employée a été rémunérée à hauteur de 1'000 fr. par mois durant toute la période de travail, dans la mesure où les employeurs n'avaient pas apporté la preuve du paiement de 1'200 fr. par mois.

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

Le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC par renvoi de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de tenir compte, non seulement des preuves matérielles proprement dites, mais également de celles plus subjectives ou psychologiques telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984 p. 29). S'agissant de la preuve portant sur des faits négatifs, le juge, dans le cadre de l'appréciation des preuves, peut se prononcer sur le résultat de la collaboration de la partie adverse et tirer les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration des preuves (ATF 119 II 305 et les références citées).

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

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

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

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

- 7.1** L'intimée rétorque qu'il est exact qu'elle prenait le repas de midi chez son employeur. En revanche, le repas du soir n'était pris que les jours où elle travaillait, soit 5 jours par semaine jusqu'en 2004 puis 4 jours par semaine. Elle ne conteste cependant pas le calcul effectué par le Tribunal quant aux prestations en espèce et en nature (480 fr.) perçues, de 56'802 fr. 40 au total.
- 7.2** Dès le 1^{er} juillet 2001, le salaire minimum prévu par le contrat-type du 1^{er} février 2000 était, selon l'art. 17 al. 1^{er} let. b de 3'300 fr., soit 2'400 fr. en espèces, 300 fr. pour le logement et de 600 fr. pour la nourriture. D'après les normes AVS, il faut compter, par mois, 120 fr. pour le petit déjeuner, 270 fr. pour le repas de midi et 210 fr. pour le repas du soir. Le salaire horaire pour les travailleurs à temps partiel était de 17 fr. 80.

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

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

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

- 36'559 fr. du 2 juin 2003 au 30 juin 2004, soit durant 12.98 mois, 36.5 heures x 17 fr. 80 (prix de l'heure) x 56.27 (nombre de semaines).
- 15'830 fr. du 1^{er} juillet 2004 au 31 décembre 2004, soit durant 5.5 mois dans la mesure où l'employée travaillait à 50 % durant le mois de chômage de l'appelante. Le calcul est le suivant: 36.5 heures x 18 fr. 20 x 23.83 (nombre de semaines).
- 34'000 fr. du 1^{er} janvier 2005 au 31 octobre 2005, soit 10 mois, soit 3'400 fr. x 10.
- 32'242 fr. du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007, soit 9.40 mois, soit 9,4 x 3'430 fr.

Soit un total de 118'631 fr.

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

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

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

8. S'agissant des heures supplémentaires, les appelants soutiennent que le Tribunal aurait dû tenir compte du fait que dans le secteur de l'économie domestique, la présence sur les lieux de travail ne signifie pas forcément qu'un travail effectif est accompli et ne peut pas non plus être assimilé à un "service de piquet". Ainsi, lorsqu'il apparaît que le travailleur a pu disposer d'heures libres durant son horaire de travail, il y a lieu de retenir que les éventuels dépassements d'horaire de travail ont été compensés et qu'à ce titre rien n'est dû à l'intimée.
 - 8.1 L'intimée se réfère au décompte d'horaire établi par les premiers juges qu'elle fait sien.
 - 8.2 Le contrat-type du 1^{er} février 2000 prévoit à son art. 12 al. 1^{er} une durée hebdomadaire de travail de 48h. Dès le 1^{er} juillet 2004, la durée hebdomadaire de travail pour les travailleurs à temps complet a été élevée à 46 heures.

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

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a 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'art. 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337; AUBERT, in Commentaire romand, 2003, § 16 ad art. 321c CO).

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

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

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

- 1'109 fr. 46 pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 octobre 2005, l'intimée a travaillé 43.33 semaines et les heures supplémentaires devront être calculées à 150 %, soit (3'400 fr salaire par mois/ 4.33 semaines par mois / 46 heures x 1.5 majoration des 150 % x 43.33 semaines x une heure)
- 975 fr. 11 pour la période du 18 septembre 2006 au 30 juin 2007, l'intimée avait travaillé 37.75 semaines et les heures supplémentaires seront facturées au tarif horaire du dimanche. Le calcul est donc le suivant (3'430 / 4.33/46 heures x 1.5 x 37.75 heures x une heure).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 568 fr.70 pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 200, elle pouvait bénéficier de 20 jours de vacances par année et en avait pris 16. Il lui restait un solde de 4 jours à prendre. Son salaire mensuel du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2004 était de 36.5 heures x 17.80 fr. l'heure x 4.33 nombre de semaines par mois, soit 2'813 fr. 20. Son salaire mensuel du 1^{er} juillet 2004 au 31 décembre 2004 était de 36.5 heures x 18.20 fr. l'heure x 4.33 nombre de semaines par mois, soit: 2'876 fr. 40. En tout son salaire annuel était de: 6 mois à 2'813 fr. 20, soit 16'879 fr. 20, et de 6 mois à 2'876.40, soit 17'258 fr. 40. Au total sont salaire annuel était de 34'137 fr. 60. Or, en vertu de l'art. 22 al. 3 let. a du contrat-type de travail de 2001 et l'art. 24 al. 5 du contrat type de 2004, pendant les vacances, les travailleurs ont droit à une indemnité de 8.33 % du salaire brut réalisé au cours de douze derniers mois. En l'espèce, l'employée avait droit à 8.33% de 34'137 fr. 60 pour 20 jours. Pour 4 jours, elle avait droit à 568 fr. 70;
- 734 fr. 70 du 1^{er} janvier au 31 octobre 2005. Elle avait droit à 16.7 jours de vacances (304 jours / 365 jours x 20 jours) et en avait pris 12. Elle pouvait bénéficier encore de 4.7 jours et son salaire mensuel était de 3'400 fr. le calcul se présente comme suit: (3'400/ 21.75 jours x 4.7 jours);
- 914 fr. 65 pour la période allant du 18 septembre au 31 décembre 2006. Elle avait droit à 5.8 jours de vacances, non pris. (105 jours / 365 jours x

20 jours). Son salaire mensuel était de 3'430 fr. ($3'430 / 21.75 \text{ jours} \times 5.8$);

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

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

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

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

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 5:

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par E1___ et E2___ contre le jugement n° TRPH/136/2009 rendu le 2 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/12119/2008-5.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif dudit jugement.

Statuant à nouveau sur ce point:

Condamne E1___ et E2___, conjointement et solidairement, à payer à T___ la somme brute de 124'212 fr. 50 (cent vingt quatre mille deux cents douze francs cinquante centimes) avec intérêts à 5 % l'an dès le 1er juin 2005, sous déduction de la somme nette de 59'942 fr (cinquante-neuf mille neuf cent quarante deux francs) déjà versée.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Laisse l'émolument d'appel à la charge de E1___ et E2___.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de Juridiction

La présidente