

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14539/2011-3

CAPH/59/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 14 AVRIL 2015

Entre

Madame A _____, domiciliée _____ (Genève), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 août 2014 (JPTH/309/2014), comparant par M^e Yvan JEANNERET, avocat, Etude Keppeler & Ass., rue Ferdinand-Hodler 15, Case postale 360, 1211 Genève 17, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

B _____ **Sàrl**, sise _____ Genève, intimée, comparant par M^e Jacques-Alain BRON, avocat, Champ-Blanchod 13, 1228 Plan-les-Ouates, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14 avril 2015

EN FAIT

- A.** **a.** B _____ Sàrl (ci-après B _____) est une société à responsabilité limitée, dont le siège est à Genève, qui a notamment pour but social l'exploitation d'un institut de remise en forme, d'esthétique et de massage. C _____ en est l'unique associée-gérante.
- b.** A _____, dispose d'une formation d'esthéticienne, de masseuse et de réflexologue.
- B.** **a.** Par courrier du 2 septembre 2010, B _____ a mis en demeure A _____ de lui payer des arriérés de loyer des mois d'août et de septembre 2010 pour une cabine de massage louée dans son institut.

Prenant note que cette dernière avait déposé la clé de l'institut à la réception au cours du mois d'août, elle lui a rappelé que le délai de résiliation d'un bail commercial était de six mois et qu'elle restait donc tenue de s'acquitter des loyers durant cette période, les locaux restant à sa disposition jusqu'à l'échéance du contrat.

b. Par pli du 14 septembre 2010 à B _____, D _____, l'époux de A _____, a relevé que celle-ci avait travaillé chez B _____ de mi-mars à fin juin 2010. Elle avait exercé cette activité six jours par semaine d'avril à juin 2010 avec un horaire de 10h à 20h sans jamais percevoir de salaire. Au mois de mai 2010, C _____ avait décidé de mettre des cabines en location dès le mois de juillet 2010, ce qui avait eu pour effet de supprimer le poste de son épouse. Il a alors été décidé que son épouse effectuerait un essai au mois de juillet 2010 avant de se mettre à son compte. Cette activité s'étant avérée insuffisamment rentable, A _____ y avait renoncé avec effet immédiat le 4 août 2010 et avait rendu les clés des locaux à cette occasion. D _____ a indiqué que son épouse n'avait jamais signé de bail, qu'elle s'était acquittée de 1'800 fr. pour l'exploitation d'une cabine de massage pendant le mois à titre d'essai et qu'elle contestait ainsi devoir tout autre loyer. Il a mis en demeure la société de s'acquitter du salaire de son épouse, soit 25'920 fr. correspondant à 8'640 fr. par mois du 1^{er} avril au 30 juin 2010 (fr. 40.- de l'heure x 9 heures par jour x 4 semaines).

c. Par courrier de réponse du 5 octobre 2010, B _____ a contesté avoir conclu un contrat de travail avec A _____. L'activité déployée par celle-ci avant le 1^{er} juillet 2010 dans ses locaux s'était limitée à "quelques massages" et était destinée à juger de la qualité de son travail avant la sous-location d'une cabine, afin de garantir la réputation de l'institut. Elle a constaté que A _____ n'avait jamais réclamé le paiement d'un quelconque salaire avant le 14 septembre 2010 et que ce n'était, curieusement, qu'à la suite de son interpellation concernant les loyers, que celle-ci s'était prévalu du paiement d'un salaire en totale disproportion avec ceux versés

dans la branche. Elle a, à nouveau, mis A_____ en demeure de s'acquitter des loyers dus.

d. Par la suite, les parties ont échangé divers courriers, où chacune d'entre elles restait sur sa position. Dans un courrier daté du 2 novembre 2010, A_____ a rappelé par l'entremise de son conseil, qu'elle avait travaillé pour B_____ d'avril à juin 2010.

C. a. Par acte déposé au greffe de l'autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes le 8 juillet 2011, A_____ a assigné B_____ en paiement, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2010, de 20'000 fr. brut, à titre de salaire de mars à juin 2010 et 2'629 fr. brut, à titre de paiement du travail supplémentaire.

b. Elle a allégué avoir été engagée le 2 mars 2010 par B_____ en qualité de masseuse et esthéticienne pour travailler auprès de son institut situé dans le quartier des Pâquis. Un temps d'essai de 15 jours avait été prévu. L'horaire de travail avait été fixé du lundi au vendredi de dix heures à vingt heures et le samedi de onze heures à dix-sept heures, sans pause, soit 56 heures par semaine rémunérées par un salaire mensuel brut de 5'000 fr.

Elle avait travaillé de mars à juin 2010 sans avoir perçu de salaire de la part de B_____. Aucun contrat de travail n'a été signé.

Au début du mois de juin 2010, B_____ lui avait indiqué qu'elle ne souhaitait plus l'employer dès le 1^{er} juillet 2010, et lui avait proposé de mettre à sa disposition une cabine de massage moyennant le paiement d'un loyer de 1'800 fr. par mois afin qu'elle travaille comme indépendante. Elle avait accepté cette offre et s'était acquittée dudit montant le 5 juillet 2010, dont quittance.

Durant le mois de juillet 2010, elle avait reçu de la part de B_____ et C_____ un contrat de sous-location pour six mois. N'étant pas parvenue à obtenir un revenu suffisant, elle avait informé C_____, à la fin du mois de juillet 2010, qu'elle ne continuerait pas au-delà du mois d'essai et ne signerait pas le contrat. Elle avait quitté les lieux à fin juillet 2010 laissant les clés à la réception du salon.

c. Par mémoire réponse du 12 décembre 2011, B_____, soulevant l'incompétence *ratione materiae* du Tribunal des prud'hommes, a conclu à l'irrecevabilité de la demande.

Elle a contesté l'ensemble des allégués de A_____. Elle a affirmé qu'elle ne cherchait pas d'employé supplémentaire (soit en sus de sa gérante C_____ et de E_____) lorsque A_____ avait présenté sa candidature au mois d'avril 2010 et qu'elle avait informé A_____ qu'elle mettrait prochainement une cabine en location. Cette dernière s'était présentée à quelques reprises à l'institut en mai

2010 pour discuter du projet de sous-location. B_____, voulant s'assurer des capacités professionnelles de A_____ avant de lui confier une cabine, lui avait demandé de pratiquer un massage sur sa gérante et sur un de ses clients. Ultérieurement, le 28 juin 2010, la cabine avait été offerte en location et A_____ s'était portée candidate, ce qui avait été accepté moyennant 1'800 fr. par mois, un contrat en ce sens avait été établi.

d. Par ordonnance du 22 décembre 2011, le Tribunal a limité la procédure à la question de sa compétence *ratione materiae*.

e. A l'audience de débats principaux du 22 mars 2012, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

f. B_____ a déposé un chargé de pièces complémentaires, comprenant notamment un extrait de l'agenda des rendez-vous de l'institut du 1^{er} janvier au 5 juillet 2010.

Il résulte notamment de ce document les éléments suivants: en janvier et février 2010 le nom des clients est parfois assorti de la mention "avec E_____" (42 fois), le nom "C_____" apparaît cinq fois et aucune mention de rendez-vous ne comporte d'indication de changement de masseuse comme constaté pour les mois suivants. En mars 2010, la mention "avec E_____" reste présente. Plusieurs rendez-vous portent en regard du nom du client, la mention "avec" suivi d'un blanc ou du nom "C_____" qui semble écrit à la place d'une autre mention. Quatorze modifications de ce type sont visibles au cours du mois. Le 25 mars 2010 figure la mention "170 fr. payé à A_____". En avril 2010, le nom "A_____" figure dix-sept jours dont deux samedis pour trente-sept soins, au mois de mai quinze jours dont deux samedis, pour trente-quatre heures trente de soins, au mois de juin 2010 huit jours dont un samedi, pour dix-sept heures trente de soins. A nouveau, le nom des masseuses apparaît avoir été échangé sur plusieurs rendez-vous. Entre avril et juin 2010, aucun jour ne se distingue des autres en termes de nombre de rendez-vous; le nom "A_____" n'apparaît pas plus souvent certains jours que d'autres et aucune régularité ne peut non plus être observée concernant les jours où aucun rendez-vous n'est inscrit au nom de "A_____" dans l'agenda du salon de massages. Aucun rendez-vous n'a été inscrit les jours fériés suivants: le vendredi saint, le lundi de pâques, l'ascension et pentecôte. Il semble enfin qu'une seule et même personne a procédé aux inscriptions manuscrites; l'écriture était *prima facie* similaire tout au long des mois.

Le témoin F_____, ex-mari de C_____, en charge de l'administration et de la gestion de B_____, a déclaré avoir toujours établi des contrats de travail pour les employés de l'institut et avoir régulièrement payé les salaires, sous déduction des

charges sociales. Il avait rencontré plusieurs fois A_____ à l'institut en présence de C_____ mais n'avait jamais établi de contrat de travail pour celle-ci.

E_____, employée chez B_____ en 2009 et 2010 à raison de trois jours par semaine, a déclaré qu'elle avait un peu travaillé avec A_____, qu'elles étaient "collègues" de travail et qu'elles avaient les mêmes horaires, soit de 10h à 19h, jusqu'à ce que C_____ leur propose la location du local, ce qu'elle avait personnellement refusé. B_____ avait beaucoup de clients réguliers et parfois de passage. Selon elle, A_____ et C_____ s'entendaient bien.

G_____ avait vu A_____ à l'institut durant plusieurs mois, de mai à juillet 2011 lorsqu'elle rendait visite à sa sœur, E_____.

Les témoins clients de l'institut de massage (H_____, I_____, J_____) ont déclaré avoir vu A_____ travailler et s'être parfois fait masser par elle. Aucun d'entre eux n'a été en mesure de donner des dates ni des heures précises quant à son travail. Les massages étaient payés à la caisse du salon avec la masseuse ou avec la "patronne" soit à C_____. Cette dernière se chargeait aussi de prendre les rendez-vous.

Les commerçants situés autour de l'institut de massage (K_____ père et fils, L_____) et d'autres témoins (M_____, N_____) ont vu A_____ à proximité ou dans le salon, un pendant plusieurs mois sortir en blouse blanche pour prendre ses pauses. Aucun d'entre eux n'a été en mesure de donner des dates ou des heures précises.

O_____ était passé voir A_____ à l'institut une dizaine de fois entre avril et mai 2010. En juin 2010, il lui avait prêté de l'argent afin qu'elle puisse, sur proposition de "sa patronne", louer une cabine dans l'institut où elle travaillait.

g. Par jugement du 15 janvier 2013, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable, pour défaut de compétence, la demande en paiement formée par A_____ à l'encontre de B_____.

En substance, il a retenu que l'existence d'un contrat de travail n'avait pas été établie.

h. Par arrêt du 4 juin 2013, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (ci-après: la Cour) a annulé le jugement du 15 janvier 2013 et renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes pour instruction et nouvelle décision.

Elle a retenu que le Tribunal ne pouvait pas totalement exclure à ce stade, au regard des pièces produites et des témoignages recueillis, que les parties étaient liées par un contrat de travail. Il devait donc instruire complètement les faits de

double pertinence allégués, en particulier quant à savoir à qui "appartenait" la clientèle et comment les coûts et le matériel étaient répartis et utilisés.

i. Une nouvelle audience de débats a eu lieu le 24 février 2014 lors de laquelle les parties et des témoins ont été entendus. A_____ a déposé une pièce complémentaire, soit une estimation du salaire que devrait percevoir une personne possédant le même profil qu'elle d'après le calculateur de salaire en ligne de l'observatoire genevois du marché du travail. Selon cet outil, 25 % des employés sans scolarité obligatoire, sans fonction cadre effectuant des activités simples et répétitives dans le domaine des soins corporels à raison de cinquante heures par semaine perçoivent un salaire mensuel brut inférieur à 5'160 fr., 25% supérieur à 6'800 fr., soit un salaire horaire compris entre moins de 23 fr. 80 (5'160 fr. / 4,33 semaines/ 50 heures) et plus de 31 fr. 40 (6'800 fr./ 4,33 semaines/ 50 heures).

A_____ a déclaré s'être présentée au début 2010 auprès de B_____ alors qu'elle était sans emploi. Elle avait effectué le premier jour de travail à l'essai. Puis, C_____ lui avait demandé de revenir travailler les jours où E_____ était absente, à savoir le mardi, le jeudi et le samedi. Le soir même, elle avait indiqué à C_____ qu'elle cherchait une activité à 100%. Le lendemain celle-ci l'avait informée qu'elle pouvait venir travailler, elle s'était donc présentée sur le lieu de travail, vers mi-mars 2010. Elle faisait des massages, de la manucure et de la pédicure. A la fermeture du salon, elle faisait la plupart du temps le nettoyage des locaux. Le salaire convenu était de 5'000 fr. bruts par mois. Elle avait travaillé régulièrement dès mi-mars 2010. N'ayant perçu aucune rémunération à mi-avril 2010, elle en avait parlé à C_____ ; qui lui avait répondu que son ex-mari devait s'occuper de son contrat pour pouvoir l'engager avec tous les documents requis et lui verser son salaire.

L'institut avait trois cabines et les horaires affichés étaient de 9h00 à 19h00/19h30, sans interruption. Parfois, l'ouverture intervenait à 8h00/8h30 sur demande de C_____, et la plupart du temps, le travail prenait fin à 21h00/21h30, au terme des massages entrepris. L'horaire de travail convenu était celui affiché sur la porte et appliqué six jours sur sept.

Il y avait quatre personnes à l'institut, y compris C_____. Le lundi, le mercredi et le vendredi, E_____, l'associée gérante et elle-même se trouvaient sur place. Le mardi, le jeudi et le samedi, elle travaillait seule en présence de C_____. Cette dernière s'occupait des rendez-vous et faisait recours à une personne prénommée Jessica - qui venait sur appel uniquement - s'il y avait beaucoup de clients durant la semaine. Elle seule avait les clés du salon; elle ouvrait et fermait tous les jours, du lundi au samedi.

Les massages étaient faits sur rendez-vous principalement. Un massage durait une heure et était facturé 100 fr. aux clients. C_____ mettait à sa disposition tout le

matériel pour les massages. Concernant ses propres massages, les clients étaient dirigés vers la caisse après la prestation et réglait directement à la réception où il y avait une caisse enregistreuse qui émettait un ticket; il y avait également un appareil afin de payer par carte. Les clients étaient parfois envoyés au bancomat à l'extérieur du salon pour revenir payer en espèces. Elle-même n'avait jamais perçu de l'associée gérante une somme de 20 fr. par massage.

Elle avait pris des vacances au Maroc du 11 au 21 juin 2010 qu'elle avait préalablement demandées à l'associée gérante. Celle-ci avait donné son accord et lui avait demandé de lui ramener certains produits, notamment des huiles. Elle n'avait jamais fait de démarches pour amener des clients au salon. En juillet, elle avait dû utiliser ses produits et accessoires.

B_____ a contesté les déclarations de A_____ et déclaré qu'elle lui avait proposé à une date indéterminée et "pour l'aider" de travailler moyennant un défraiement de 20 fr. par massage d'une heure. A_____ venait au salon de manière irrégulière, quand elle le souhaitait généralement le mardi et parfois le jeudi le vendredi et le samedi.

Le témoin P_____, sœur de A_____, a déclaré qu'entre mars et juin 2010, elle venait à Genève le vendredi soir, deux fois par mois en moyenne, pour rencontrer sa sœur pendant le week-end. A deux reprises, elle était allée la voir au salon de massages. A l'une de ces occasions, lors d'une pause en après-midi, "sa patronne" lui avait demandé de retourner au travail, ce qu'elle avait fait immédiatement. A_____ travaillait le samedi; elle allait parfois la prendre au salon avec son mari à la fin de son travail vers 18h00, après le nettoyage. Sa sœur avait travaillé dans le salon trois ou quatre mois et avait des problèmes pour être payée. Le témoin a déclaré n'avoir jamais entendu parler d'une location de cabine de massage.

Le témoin J_____ a déclaré qu'à la fin d'une séance de massage, C_____ l'avait consulté de manière informelle pour savoir comment mettre en place juridiquement une sorte de partenariat avec une personne ayant une activité au sein du salon avec un statut autre que salariée. Cette demande avait eu lieu alors que la demanderesse était déjà active dans le salon; il ignorait toutefois quel était alors le statut de cette dernière. Il avait indiqué les points à prendre en considération pour la rédaction d'un contrat; il n'avait pas souvenir d'avoir suggéré un contrat de sous-location.

j. Par jugement du 4 août 2014 reçu par A_____ le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 26 octobre 2011 par A_____ contre B_____ (chiffre 1 du dispositif), déclaré recevable le chargé de pièces complémentaires du 22 mars 2012 produit par B_____ (ch. 2), déclaré recevable la pièce complémentaire déposée le 24 février 2014 par A_____ (ch. 3), condamné B_____ à payer à A_____ la

somme brute de 5'950 fr. plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 16 mai 2010 (ch. 4), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 5), et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

Le Tribunal a, en substance, retenu que A_____ n'avait pas prouvé l'existence d'un contrat de travail en mars 2010. En revanche, il a admis l'existence d'un tel contrat entre avril et juin 2010. Sur la base du témoignage de E_____, A_____ avait ainsi travaillé les lundis, mercredis et vendredis à raison de huit heures par jour; les autres jours, elle avait uniquement travaillé lorsqu'un rendez-vous avait été inscrit dans l'agenda du salon de massages. Elle avait par conséquent travaillé un total de 264 heures, les lundis, mercredis et vendredis et 33 heures 30 les autres jours. Enfin, A_____ n'ayant pas prouvé le salaire mensuel de 5'000 fr. qu'elle alléguait, le Tribunal a retenu le salaire horaire de 20 fr. allégué par B_____.

- D.**
- a.** Par acte déposé au greffe de la Cour, le 15 septembre 2014, A_____ appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation et reprend ses dernières conclusions de première instance avec suite de frais et dépens.
 - b.** Par acte expédié le 17 octobre 2014 au greffe de la Cour, B_____ a répondu à l'appel et formé un appel joint. Elle conclut, sur l'appel principal, au rejet de l'appel et à ce que A_____ soit déboutée de toutes ses conclusions. Dans son appel joint, elle conclut à l'annulation du jugement du 4 août 2014 et à ce que A_____ soit déboutée de toutes ses conclusions.
 - c.** Dans sa réponse à l'appel joint, A_____ a persisté dans ses conclusions.
 - d.** Par avis de la Cour du 23 décembre 2014, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.
 - e.** Par souci de clarté, A_____ sera désigné ci-après "l'appelante" et B_____ "l'intimée".

EN DROIT

- 1.** **1.1** Les jugements finaux de première instance sont susceptibles d'appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal atteint 10'000 fr. (art. 308 CPC).

En l'espèce, l'appelante a pris des conclusions s'élevant à 22'629 fr. à l'encontre de l'intimée. Dès lors, la voie de l'appel est ouverte.

1.2 La motivation est une condition de recevabilité de l'appel prévue par la loi, qui doit être examinée d'office. Si elle fait défaut, le Tribunal cantonal supérieur n'entre pas en matière sur l'appel (arrêts du Tribunal fédéral 4A_651/2012 du

7 février 2013 consid. 4.2; 5A_438/2012 du 27.8.2012 consid. 2.2; 4A_659/2011 du 7.12.2011 consid. 3 in SJ 2012 I 232).

L'appelant ne satisfait pas à l'exigence de motivation lorsqu'il se borne à renvoyer aux arguments qu'il a présentés en première instance, se contente de se référer à de précédents actes de procédure ou ne critique le jugement attaqué que de manière générale. Une motivation suffisamment complète et claire suppose que l'appelant désigne précisément les considérants qu'il attaque ainsi que les pièces du dossier qui fondent sa critique (ATF 138 III 374 c. 4.3.1; TF 4A_659/2011 du 7.12.2011 c. 3, SJ 2012 I 232). Si elle fait défaut, le tribunal supérieur n'entre pas en matière sur l'appel (TF 4A_659/2011 du 7.12.2011 c. 3).

1.2.1 En l'espèce, l'appelante explique pourquoi les premiers juges auraient dû retenir qu'elle avait travaillé depuis le mois de mars tous les jours de la semaine sans distinction pour un salaire de 5'000 fr. En revanche, elle ne formule aucune critique contre le raisonnement du Tribunal s'agissant de son déboutement des prétentions liées aux heures supplémentaires.

Interjeté contre une décision finale (308 al. 1 let. a CPC) auprès de l'autorité compétente dans le délai utile de 30 jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 311 CPC), l'appel principal est, au vu de ce qui précède, recevable à l'exclusion de ce point.

L'appel joint déposé dans la forme et le délai prévu par la loi est également recevable (art. 312 et 313 al. 1 CPC).

1.3 La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

1.4 S'agissant d'un litige dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., la procédure simplifiée est applicable (art. 243 al. 1 CPC). Les faits doivent être établis d'office (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).

- 2.** L'intimée, qui conclut au déboutement de l'appelante, ne remet plus en cause la compétence du Tribunal des prud'hommes, ni la circonstance que les parties ont été liées par un contrat de travail, à tout le moins durant une certaine période.

Les premiers juges ont retenu à raison que les critères de prestation personnelle de travail, de mise à disposition de son temps et de subordination étaient réalisés.

3. L'étendue et la qualification exacte de ce contrat fait en revanche l'objet de divergences entre les parties. L'appelante soutient que le contrat était de durée indéterminée et prévoyait cinquante heures de travail hebdomadaire pour un salaire mensuel brut de 5'000 fr entre mars et juin 2010. L'intimée allègue que l'appelante était libre de se présenter sur le lieu de travail quand elle le souhaitait

et d'accepter ou non le travail proposé, chaque massage d'une heure était rétribué 20 fr. à l'appelante. Elle conteste que l'appelante ait travaillé en mars 2010.

3.1 Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1er CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance ; ATF 125 III 435, consid. 2a ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; ATF 118 II 342, consid. 1a ; ATF 112 II 245, consid. II/1c).

3.1.1 Tant la jurisprudence que la doctrine différencient le contrat de travail occasionnel du contrat de travail sur appel. Le premier se caractérise par le fait que l'employeur n'a pas d'obligation de faire appel au travailleur et que ce dernier n'est pas tenu d'accepter un travail qui lui est proposé. Chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée qui prend fin par la simple expiration de l'engagement prévu (JAR 1986/7 ; WYLER, Droit du travail et jurisprudence récente : aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux, in JdT 1998 I, pp. 98-101 et réf. citées ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., p. 408 n. 4).

Le contrat de travail sur appel se caractérise par un rapport contractuel de durée indéterminée dans lequel le moment et la durée de la prestation du travailleur sont définis unilatéralement par l'employeur. Le travailleur se tient durablement à disposition et est tenu d'exercer l'activité convenue chaque fois que l'employeur fait appel à lui (CHRISTIAN FAVRE, CHARLES MUNOZ, ROLF A. TOBLER, le Contrat de travail Code annoté, p. 30). En contrepartie, la rémunération porte non seulement sur le travail fourni, mais également sur l'indemnité due au titre de la disponibilité offerte par le travailleur (ATF 124 III 249 = JT 1999 I, p. 275 = JAR 1999/99 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., pp. 409-410, n. 6 et réf. citées).

3.1.2 Au sens de l'art. 8 CC chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Dans le domaine du contrat individuel de travail, il appartient au travailleur de prouver les faits permettant de constater l'existence du contrat le liant à la partie défenderesse ; il incombe à la partie défenderesse qui tend à obtenir sa libération, notamment de prouver les faits établissant l'extinction du contrat (ATF 125 III 78 consid. 3b). L'article 8 CC est éludé si le juge admet ou écarte un fait pertinent et contesté sans aucun raisonnement ni aucun commencement de preuve (CORBOZ, Le recours en

réforme au Tribunal fédéral, SJ 2000 II p. 1 ss, 41). L'obligation de prouver n'implique pas toujours l'apport d'une preuve absolue; suivant les cas, une preuve par indices (ATF 114 II 289) ou une très grande vraisemblance (ATF 104 II 68; SJ 2005 I 514) peuvent suffire.

3.1.3 L'interrogatoire et la déposition des parties constituent des moyens de preuve (art. 168 al. 1 let. f CPC). Ces deux modes d'interrogation sont de même rang et de même force probante, laquelle est équivalente au témoignage. Ils s'inscrivent dans le système de la libre appréciation des preuves institué par l'art. 157 CPC, selon lequel le juge décide selon sa conviction subjective si des faits sont prouvés ou non par l'interrogatoire (BÜHLER, Commentaire bernois, 2012, ad art. 191-192 CPC, n. 14ss).

3.2 En l'espèce, dans ses premiers courriers, l'appelante a déclaré avoir travaillé à temps plein à partir d'avril 2010. Aucun témoin n'a affirmé qu'elle avait travaillé en mars et le témoignage de sa sœur ne permet pas non plus de conclure qu'elle était déjà en fonction à ce moment. L'agenda, qui semble, au vu de l'écriture, n'avoir été tenu que par une seule personne du salon de massage ne mentionne aucun rendez-vous effectué par l'appelante en mars. Vu les nombreux changements opérés sur l'agenda les mois suivants, le simple fait que le nom de la masseuse ait été effacé à plusieurs endroits ne permet pas de conclure qu'il s'agissait de rendez-vous effectués par l'appelante.

Cela étant, l'agenda mentionne le 25 mars, un paiement de 170 fr. à "A_____". Cet élément conduit à retenir qu'en mars 2010 l'appelante a effectué un nombre restreint de massages qui lui ont été rétribués, peut-être dans le but de tester ses capacités de masseuse, ainsi que l'intimée l'avait soutenu dans son courrier du 5 octobre 2010 en lien avec une activité antérieure au 1^{er} juillet 2010. Ce montant de 170 fr. correspondrait à 8h30 de massages payés 20 fr. l'heure, tarif auquel l'intimée prétend avoir payé l'appelante. La Cour considère par conséquent qu'il a existé en mars 2010, un contrat de travail occasionnel entre les parties, qui a été exécuté de telle sorte que l'employé n'a plus de prétention à faire valoir.

S'agissant des mois d'avril, mai et juin 2010, l'agenda des rendez-vous démontre que l'appelante était très souvent présente, y compris les jours où E_____ ne travaillait pas, soit les mardis, jeudis et samedis. Cette dernière a déclaré que l'appelante effectuait les mêmes horaires qu'elle-même, à savoir huit heures par jour les lundis, mercredis et vendredis.

La version des faits de l'intimée a considérablement varié durant la procédure. Elle a maintenu longtemps que l'appelante n'avait effectué que quelques massages d'essai, avant d'admettre qu'en réalité la présence de celle-ci était plus importante et régulière. Or, il appartient à l'employeur, qui supporte le risque économique de l'entreprise, de connaître le temps et les modalités de travail de ses employés. Les

dires de l'intimée sont donc peu convaincants. L'appelante de son côté est restée globalement plus constante dans ses déclarations, lesquelles ont été ponctuellement corroborées par les témoins qui l'ont vue à plusieurs reprises soit travailler, soit en blouse de travail aux alentours du salon de massage. Les quelques imprécisions de son récit qui n'apparaissent pas de nature à ébranler la crédibilité générale de celui-ci.

Lors de son dernier interrogatoire, l'intimée n'a plus contesté la présence de l'appelante sur le lieu de travail mais a soutenu que celle-ci était libre d'être présente ou non. Cette nouvelle argumentation ne trouve aucune assise dans le dossier. Au contraire, il apparaît qu'il existait un lien de subordination fort entre l'intimée et l'appelante. Tous les témoins ont désigné C_____ comme "la patronne", c'est elle qui se chargeait de prendre les rendez-vous et de distribuer les clients entre les masseuses, ainsi que d'encaisser les paiements des massages. Le témoin P_____ a expliqué qu'une fois, lors d'une pause, l'intimée avait ordonné à l'appelante de reprendre le travail, et que celle-ci s'était immédiatement exécutée. Les rôles étaient par conséquent définis et hiérarchisés. L'appelante n'avait pas le choix d'accepter ou non le travail proposé. La présence de l'appelante sur le lieu de travail ne peut dès lors qu'avoir été voulue ou à tout le moins acceptée par l'intimée.

Le contrat de travail en vigueur entre avril et juin 2010 était donc un contrat de travail sur appel.

4. Le contrat qualifié, il s'agit désormais de déterminer le nombre d'heures pour lesquelles un salaire est dû :

4.1 Le Tribunal fédéral a jugé que la disponibilité du travailleur, dans l'attente d'un appel, profite à la satisfaction des besoins de l'employeur et implique donc une rémunération, le travailleur mettant son temps à disposition en vue de la prestation principale. Lorsque le travailleur attend dans l'entreprise de recevoir du travail, cette attente doit être rémunérée comme du temps de travail ordinaire, sauf convention différente (ATF 124 III 249, consid. 3 = JT 1999 I, p. 275 = JAR 1999/99).

4.2 En l'espèce, il apparaît que les massages étaient principalement effectués sur rendez-vous mais qu'une partie de la clientèle pouvait également se présenter de manière inopinée. Dès lors, le carnet de rendez-vous ne peut pas refléter tous les massages qui ont pu être opérés par l'appelante. Ainsi, lorsqu'elle était présente sur le lieu de travail et qu'elle n'avait pas de rendez-vous, l'appelante se tenait à disposition de son employeuse dans l'éventualité qu'un client se présente.

Le témoin E_____ a déclaré qu'elle avait travaillé avec l'appelante les lundis, mercredis et vendredis à raison de huit heures par jour. Il convient par conséquent

de retenir qu'un salaire est dû pour les huit heures de travail et de disponibilité de l'appelante les lundis, mercredis et vendredis.

S'agissant des mardis, jeudis et samedis, l'examen de l'agenda du salon de massage ne révèle aucune différence notable entre les jours de la semaine et le nombre de rendez-vous. L'appelante pouvait avoir autant de rendez-vous un samedi qu'un lundi ou un jeudi. Dès lors, la Cour retient, lorsque la présence de l'appelante est attestée par au moins un rendez-vous dans la journée, que celle-ci est restée au salon de massage à disposition de son employeur comme les lundis, mercredis et vendredis. Elle a ainsi travaillé les mardis et jeudis à raison de huit heures par jour et les samedis à raison de six heures. Le même raisonnement s'appliquant *a contrario*, faute de preuves, les mardis, jeudis et samedis pour lesquels aucun rendez-vous n'a été inscrit dans l'agenda du salon de massages, il sera considéré que la présence de l'appelante n'a pas été requise par l'intimée et qu'aucun salaire ne doit être versé.

En définitive sur la base des éléments susmentionnés, des jours fériés (quatre jours: Vendredi saint, lundi de Pâques, l'Ascension et Pentecôte) et des vacances de l'appelante (11 jours en juin 2010), il apparaît qu'un salaire est dû pour un total de 390 heures réparties de la manière suivante:

En avril 2010 vingt jours de présence comprenant deux samedis, soit 156 heures (18 jours à 8h = 144h + deux samedis à 6h = 12h). En mai 2010 dix-huit jours de présence comprenant deux samedis soit un total de 140 heures (16 jours à 8h = 128h + deux samedis à 6h = 12h). En juin douze jours de présence comprenant un samedi soit un total de 94 heures (11 jours à 8h = 88h + un samedi à 6h).

5. Reste à déterminer quel salaire attribuer à l'appelante pour ses heures de travail.

5.1 Selon l'art. 322 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Le salaire usuel est celui qui est payé dans la même entreprise, dans un secteur d'activité identique ou semblable, au même endroit ou à un endroit comparable, pour une activité correspondante en tenant compte des circonstances personnelles telles que l'âge, l'état civil, la situation de famille et la formation (TF 23.08.1999, JAR 2000 p. 109). Le juge ne doit fixer le salaire selon sa propre appréciation que lorsqu'il n'est pas possible d'établir quel est le salaire usuel (CHRISTIAN FAVRE, CHARLES MUNOZ, ROLF A. TOBLER, le Contrat de travail Code annoté, p. 92).

5.1.1 L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins (art. 329a al. 1 CO).

Lorsque les vacances (de quatre semaines par an) n'ont pas encore été prises à la fin des rapports contractuels, elles sont à indemniser en argent (art. 329d al. 2 CO)

a contrario). Ladite indemnité est immédiatement exigible à la fin du contrat de travail (art. 339 al. 1 CO) et son ampleur correspond au salaire pour la durée des vacances non prises; cela revient donc à payer le même salaire une deuxième fois, pour la durée en question (PORTMANN, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 2011, n° 11 ad art. 329d CO). Concrètement, en cas de quatre semaines de vacances par année de service, l'employeur doit payer un pourcentage de 8,33% du salaire mensuel brut, par mois travaillé sans avoir pris des vacances (WYLER, Droit du travail, 2ème éd. 2008, p. 353)

5.2 En l'espèce, l'appelante allègue avoir convenu un salaire mensuel brut de 5'000 fr. pour 50 heures de travail hebdomadaires, soit un salaire de 23 fr. de l'heure (5'000 fr./4,33semaines x 50h= 23,09 fr.). L'intimée soutient avoir conclu un accord avec l'appelante selon lequel elle serait payée 20 fr. par massage. Aucune des deux n'a produit d'éléments de preuve permettant d'établir leurs allégations. Il est donc impossible de déterminer le salaire convenu. Le salaire usuel doit donc être établi.

Selon les déclarations de l'intimée, son autre employée, E_____, était payée 22 fr. de l'heure. Celle-ci effectuait le même travail que l'appelante. C'est donc ce salaire qui sera retenu comme salaire usuel par la Cour, ce d'autant qu'il apparaît conforme aux estimations du calculateur en ligne de l'observatoire genevois du marché du travail. Selon cette source, on estime que 25% des employés ayant approximativement le même profil que l'appelante, travaillant dans le domaine d'activité large de la santé humaine et des soins corporels, perçoivent un salaire horaire brut inférieur à 23 fr. 80 de l'heure.

L'intimée reste donc devoir à l'appelante le montant de 8'580 fr. (22 fr. x 390h), auquel doit être ajouté le pourcentage pour les vacances non prises, soit 714 fr. 70 (8,33% de 8'580 = 714.71), soit un total de 9'294 fr.70.

- 6.** L'intimée allègue enfin avoir déjà versé 20 fr. à l'appelante lors de chaque massage qu'elle a effectué.

6.1 Selon l'art. 8 CC chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve que la rémunération convenue a été effectivement payée (ATF 125 III 78 consid. 3b).

6.2 En l'espèce, aucun témoignage ni aucune pièce ne corrobore les déclarations de l'intimée qui apparaissent peu crédibles au vu du dossier. En effet l'intimée a nié tout au long de la procédure la présence répétée et continue de l'appelante sur le lieu de travail en assurant que celle-ci n'avait effectué que quelques massages; ce n'est qu'à la dernière audience et au vu des nombreux rendez-vous inscrits dans l'agenda que cette nouvelle version a surgi. Le fait que l'intimée ait payé 1'800 fr.

à titre de loyer pour une cabine de massage pour le mois de juillet 2010 sans demander la compensation des salaires ne peut ainsi mener à conclure que les massages ont été payés 20 fr. à l'intimée. Elle a donc échoué à prouver un paiement partiel de salaire qui serait venu en déduction du montant précité.

7. En conséquence, le chiffre 4 du dispositif du jugement attaqué sera annulé; il sera statué dans le sens de ce qui précède.
8. Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. c CPC; 71 RTFMC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prudhommes, groupe 3 :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ le 15 septembre 2014 contre le jugement JTPH/309/2014 rendu le 4 août 2014 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/14539/2011-3.

Au fond :

Annule le chiffre 4 du dispositif de jugement.

Cela fait :

Condamne B_____ Sàrl à verser à A_____ le montant brut de 9'294 fr.70 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 mai 2010.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Tito VILA, juge employeur, Madame Monique LENOIR, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Véronique BULUNDWE-LÉVY

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 inférieure à 30'000 fr.