



Madame T _____
Dom. élu : Me Jean-Pierre GARBADE
Rue de la Synagogue 41
Case postale 5654
1211 Genève 11

Madame E _____
Dom. élu : Me Philippe GIROD
Boulevard Georges-Favon 24
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

Du mardi 28 juin 2005

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Alain BILLAUD et M. Pierre CHEVALLIER, juges employeurs

MM. René BRUNNER et Roland GNAEDINGER, juges salariés

M. Philippe GORLA, greffier

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 17 juin 2004, T_____ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du lundi 8 décembre 2003 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 11 mai 2004, jugement par lequel le Tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des prétentions de T_____ pour l'année 2003 et a condamné E_____ à payer à T_____ 9'300 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 2 novembre 2002, sous déduction de la somme de 4'500 fr.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) T_____, née le 21 décembre 1983, est originaire de la ville de Cuzco, au Pérou. Le 27 octobre 2001, elle est venue s'installer chez E_____, pour suivre des cours de français au sein de l'école Z__. Dans ce cadre, T_____ a également travaillé au service de E_____ en s'occupant de son enfant et du ménage. Elle a obtenu le 25 novembre 2001 un permis B valable jusqu'au 30 juin 2003.

E_____ d'origine péruvienne et de nationalité suisse, est née le 3 septembre 1958. Elle a eu deux enfants hors mariage avec A_____, B_____ née en 1977 et C_____ né en 1981. Par la suite, elle s'est mariée en 1991 avec D_____. De cette union est née F_____ en 1997.

b) Par demande reçue le 9 décembre 2002 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T_____ a assigné E_____ en paiement de 47'600 fr., plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2002, et de 2'300 fr., par mois et d'avance, du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003.

T_____ a expliqué avoir travaillé au service de E_____ afin de garder F_____ et faire le ménage du 27 octobre 2001 au 1^{er} novembre 2002. E_____ l'avait convaincue de l'accompagner en Suisse, avant qu'elle ne finisse ses études au Pérou, pour travailler à son service. En

échange de cela, elle lui avait promis de lui payer des cours de français durant son séjour à Genève.

Pendant son séjour chez E_____, T_____ a dormi sur un matelas à même le sol dans la chambre F_____. Elle a reçu 50 fr. à titre de salaire, en novembre et décembre 2001, puis 20 fr. par mois de fin janvier à fin août de E_____.

T_____ a produit entre autres une déclaration de garantie signée le 9 avril 2001, dans laquelle E_____ s'était engagée à rembourser en tout temps aux pouvoirs publics tous les frais qui découlent du séjour en Suisse de T_____, déclaration de garantie dont la validité s'étend au départ de Suisse de la bénéficiaire, mais pour une durée maximum de deux ans. Elle a également déposé une attestation d'inscription à l'école Z__, à l'attention de l'Office cantonal de la population datée du 6 avril 2001, indiquant que l'enseignement était réparti sur deux ans, de 9h00 à 12h00, le but poursuivi étant l'obtention du diplôme de langue de l'Alliance Française. Par ailleurs, une demande de prolongation du permis de séjour de T_____ à l'attention de l'Office cantonal de la population, a été signée le 25 juillet 2002 par l'école Z__.

T_____ a encore produit un courrier du 13 février 2001, rédigé par E_____ à l'attention de l'Office cantonal de la population, dans lequel elle indiquait qu'elle souhaitait faire venir T_____ en Suisse, car elle a pu constater, lors de son dernier voyage au Pérou en décembre 2000, que les parents de T_____ n'arrivaient plus à assumer leurs nombreux enfants au vu de la situation économique du pays.

Elle a aussi versé différentes pièces relatives à une procédure pénale.

c) Devant les premiers juges, T_____ a initialement chiffré sa prétention totale à 75'200 fr. T_____ a déclaré qu'elle n'avait pas le droit de sortir le soir, qu'aucun vêtement ne lui avait été offert, qu'elle n'avait pas le droit de faire des téléphones depuis la maison. Lorsque

E_____ rentrait à la maison, il arrivait qu'elle l'a réveille, afin qu'elle lui prépare une bassine d'eau pour se laver les pieds.

Elle a aussi déclaré qu'elle commençait sa journée de travail à 6h00 du matin, à l'heure où F_____ se réveillait. Elle lui préparait son petit-déjeuner et l'amenait à l'école. Après s'être rendue à l'école de 9h00 à 12h00, elle rentrait à la maison où elle ne pouvait manger que des restes. Les après-midis, elle faisait le nettoyage, le repassage et préparait le dîner pour le soir. Il lui arrivait également de faire les commissions, mais elle a reconnu que les commissions importantes étaient faites par E_____. Lorsqu'elle finissait sa journée de travail, vers 22h00, elle pouvait enfin regarder la télévision. Les mercredis, lorsqu'elle ne se rendait pas à l'école, elle s'occupait de F_____, qui n'allait pas à la crèche. D'octobre à décembre 2001, elle n'avait pas eu beaucoup de choses à faire, mais c'est à l'arrivée de B_____ et A_____ que son travail s'est intensifié.

Par la suite, toujours devant les premiers juges, T_____ a expliqué que, lors d'un repas pris à la montagne, elle s'était retrouvée seule à l'extérieur en attendant que la famille mange au restaurant, pendant une heure environ. Elle recevait de l'argent pour faire des courses, et cela à chaque fois qu'il manquait un produit. Une fois, on lui avait demandé d'acheter du chocolat. Elle avait acheté la mauvaise marque. Elle a précisé qu'elle a dû se rendre à plusieurs reprises au magasin pour chercher le produit demandé. Durant le mois de janvier et février 2002, elle recevait de l'argent de E_____. Par la suite, c'est la fille de celle-ci qui lui payait ses biens. E_____ lui avait acheté une carte à prépaiement pour se rendre à la piscine le mercredi matin avec F_____, dans le but de la surveiller et pour lui rapporter ce qu'il se passait. Elle a souligné le fait que l'écolage ne lui était plus payé pendant les mois de juin et juillet 2002, et qu'au mois d'août les cours étaient suspendus.

d) E_____ a conclu préparatoirement à la suspension de la procédure prud'homale jusqu'à droit connu dans la procédure pénale P/16598/02-01 et, principalement, au déboutement de T_____.

Elle a indiqué que T_____ n'avait jamais été engagée à son service comme employée de maison, niant l'existence d'un contrat de travail. Toutefois, elle n'a pas contesté que T_____ avait participé, comme tout membre de la famille, aux activités familiales comportant certaines activités domestiques, telles la prise en charge de F_____ ou la participation aux tâches ménagères. Une des raisons qui l'a poussée à accueillir T_____ était la qualité de la relation développée entre elle et sa fille F_____, durant la fin de l'année 2000, lors du voyage familial au Pérou. Les conditions de séjour avaient été discutées entre les parents de T_____ et elle-même. A cet égard, il a été convenu qu'en échange de la prise en charge des frais de voyage, d'études, de caisse maladie, de pension et de nourriture, T_____ devait s'occuper de F_____, par moments, et effectuer certaines tâches ménagères. Selon E_____, les activités de T_____ n'ont pas dépassé le cadre de cet accord, accomplissant ainsi le travail de toute jeune fille soucieuse de participer aux tâches du ménage de la famille, en proportion avec les autres membres de la famille.

Elle a encore expliqué que, lors de l'arrivée de T_____, seule sa fille F_____ résidait dans l'appartement, de sorte que chacune disposait d'un lit. A l'arrivée de C_____ au mois d'avril 2002 et B_____ le 23 mars 2002, son fils dormait dans le canapé du salon et sa fille sur un matelas.

Elle a joint en annexe une lettre de T_____ du 20 juillet 2001 adressée à l'Ambassade Suisse au Pérou, dans laquelle elle fait part de sa gratitude envers E_____ de l'accueillir à Genève et de lui payer des études de français.

S'agissant des déclarations de T_____ concernant le repas en montagne, E_____ a expliqué le groupe était arrivé sur place à 11h00. F_____ devait prendre un cours de ski à 14h00. En attendant, ils ont tous pris un repas à l'extérieur. Lors du cours de ski, alors que les enfants se trouvaient dans un restaurant, elle a effectivement été les rejoindre, en laissant T_____ seule pendant 10 minutes.

Concernant l'épisode de l'achat de la barre de chocolat, elle a indiqué que B_____ avait prié T_____ d'acheter une plaque de chocolat précise en lui fournissant l'emballage comme exemple. Après s'être trompée à deux reprises, T_____ avait dit que B_____ pouvait l'acheter elle-même.

S'agissant de la piscine, elle a confirmé que T_____ y amenait F_____, mais pas de manière systématique. T_____ ne mangeait pas de restes des repas et était habillée de manière appropriée. Au vu des difficultés que T_____ manifestait lors des cours de français, elles avaient décidé conjointement que celle-ci cesserait de suivre les cours le mercredi matin. T_____ ne faisait que participer aux tâches ménagères. Elle ne les accomplissait pas toute seule.

e) Différents témoins ont été entendus par les premiers juges.

- G_____, directrice de l'école Z___, a confirmé qu'elle a connu T_____ au mois de janvier 2002, période à laquelle elle a commencé ses cours de français qui ont duré jusqu'au mois d'avril 2002 à raison de 3 heures par jour, 5 jours par semaine. Elle a précisé qu'une période d'interruption s'en est suivie jusqu'au mois d'août de la même année qui s'expliquait par le fait que les cours ne lui étaient plus payés. Elle a encore indiqué que T_____ avait repris les cours en septembre et octobre 2002. G_____ a attesté que T_____ ne lui avait pas parlé de sa situation personnelle. Elle a été informée de ce fait par son professeur H_____, au mois de novembre 2002. Avant son entretien avec l'enseignante, elle n'avait pas remarqué les problèmes de T_____. H_____ a dispensé des cours à l'école Z___ jusqu'à la fin du mois d'octobre 2002.

G_____ a précisé que T_____ était excessivement timide et qu'elle ne parlait pas, mais qu'elle s'était ouverte depuis le mois de novembre 2002.

- I_____, ami de E_____, a déclaré qu'il a toujours vu T_____, soit chez des amies en commun, soit chez E_____.

Lorsqu'il se rendait chez cette dernière, il ne l'a jamais vue faire la vaisselle ou servir les boissons. Il a précisé qu'il n'a jamais vu E_____ lui donner des instructions ou faire des jugements à son égard.

- B_____, entendue à titre de renseignement, a expliqué que chaque membre de la famille avait une tâche ménagère, de sorte que T_____ faisait occasionnellement la vaisselle, mais rarement la cuisine qui était faite par sa mère. Elle a affirmé que chacun faisait son repassage, mais le linge de T_____ était fait par sa mère. Par ailleurs, elle a précisé qu'elle a rarement nettoyé le sol, vu qu'elle ne savait pas utiliser les produits adéquats. Elle a ajouté que concernant les toilettes, c'est son frère qui s'en chargeait. Par ailleurs, B_____ a indiqué qu'elle faisait le ménage environ trente minutes par jour et que la demanderesse étudiait et regardait la télévision, comme les autres membres de la famille. Le week-end, elle allait à la messe, mais lors des week-ends en famille, elle venait avec eux. T_____ sortait dans le quartier le soir pour téléphoner à sa famille ou à ses amis.

Selon elle, sa mère ne donnait pas d'instructions à T_____, mais des conseils sur les habitudes en Suisse.

Concernant F_____, elle a expliqué que T_____ s'en occupait vu qu'elle avait une bonne relation avec elle, mais de manière identique au reste de la famille. Suite à divers incidents, la famille a décidé de restreindre les moments durant lesquels F_____ restait seule avec T_____.

Elle a également déclaré être revenue en Suisse le 23 mars 2002. Jusqu'au 30 septembre 2002, elle était au chômage. Durant cette période, elle s'occupait de sa soeur. Son frère était revenu vivre avec sa mère au début de l'année 2002.

Elle a précisé qu'elle a connu T_____ lors des fêtes de Noël passées au Pérou, durant l'an 2000. A cette occasion, T_____ a demandé à sa mère de la faire venir en Suisse.

Elle a indiqué que depuis le départ de T_____ rien n'avait changé du point de vue de l'organisation, et qu'actuellement c'étaient son frère, sa mère et sa tante qui s'occupaient de F_____.

- H_____, professeur de T_____ à l'école Z___, a déclaré qu'elle connaissait cette dernière de vue depuis le mois de septembre 2001, soit un peu avant le début des cours. T_____ lui avait expliqué qu'elle travaillait dans des conditions épouvantables, qu'elle se levait vers 5h00 le matin pour travailler avant d'aller à l'école, et que dès son retour elle faisait le ménage et s'occupait de la petite fille jusqu'à 23h00. Elle lui avait également parlé du fils de E_____, qui avait essayé de la serrer dans ses bras et de mettre sa main dans son t-shirt, acte qui avait déclenché son appel à l'aide. Son élève lui avait dit qu'elle mangeait mal ou parfois les restes du repas, qu'elle n'avait pas le droit de manger avec la famille, qu'elle ne disposait pas d'une chambre et dormait sur le sol de la chambre de F_____, et qu'elle gagnait entre 20 fr. et 50 fr. par mois.
- J_____, a déclaré qu'elle avait rencontré T_____ au sein de la paroisse catholique de _____ vers la fin du mois de septembre 2002, car un abbé lui avait indiqué qu'une compatriote avait besoin d'être entendue. Lors de leur rencontre, qui a duré une heure, la demanderesse était vêtue simplement et se trouvait dans un état de profonde tristesse. Elle semblait stressée, ayant peu de temps pour rentrer chez elle, alors que la messe était finie depuis longtemps. T_____ lui a expliqué qu'elle travaillait pour une famille où elle s'occupait d'une petite fille et que, dans le cadre de son travail, on lui parlait avec une voix élevée et que les gens étaient durs avec elle. Elle lui a également confié que, parfois, elle faisait à manger à la petite, mais qu'il arrivait que E_____ le fasse également. Lors de l'entrevue, T_____ lui a raconté une histoire de restaurant durant

laquelle elle est restée à l'extérieur pendant que la famille mangeait à l'intérieur. Elle a finalement précisé que T_____ tenait dans sa main une carte de téléphone et une clé.

- K_____, concierge de l'immeuble où loge E_____ depuis juin 2000, a déclaré qu'il connaissait T_____, car il l'avait vue à plusieurs reprises dans la cour avec une petite fille. Il a précisé que T_____ jouait, parfois sans F_____, avec les autres enfants de l'immeuble et qu'il était étonné de la voir aussi longtemps dans l'allée à jouer, parfois même jusqu'à 23h00.
- L_____, entendue à titre de renseignement, a déclaré se rendre deux à trois après-midi par semaine chez sa tante, E_____, et qu'il lui est arrivé de voir cette dernière regarder la télévision ou étudier. Elle a indiqué qu'il lui arrivait d'amener F_____ à la piscine le mercredi matin, lorsqu'elle n'avait pas de cours. Le week-end, elle prenait F_____ le samedi ou le dimanche, pendant que T_____ sortait pour téléphoner ou se rendre à la messe.

Elle s'est souvenue que lors d'un mariage, elle avait vu T_____ en train de faire la vaisselle. Elle a affirmé que T_____ faisait des tâches ménagères comme tous les membres de la famille, mais qu'elle pensait qu'elle était surtout présente pour F_____. Lorsqu'elle restait tard chez sa tante, soit vers les 23h00, T_____ dormait déjà. Cette dernière ne mangeait pas avec le reste de la famille, car elle préférait manger avec F_____ à une autre table. A ce sujet, elle a ajouté que T_____, vu sa timidité, n'aimait pas participer à la vie familiale.

L_____ a encore indiqué qu'à son sens T_____ était surtout là pour la fille de E_____.

- A_____, entendu à titre de renseignement, a déclaré être l'ex-mari de E_____. Lors d'une visite qu'il faisait à ses enfants, il avait rencontré T_____ qui lui avait été présentée comme venue en

Suisse pour apprendre le français et pour s'occuper de F_____. Alors qu'il se rendait à l'improviste chez E_____, il lui est arrivé de voir T_____ en train d'étudier dans la salle à manger. Il n'a pu observer une activité ménagère de T_____ au sein de la famille, dans la mesure où, chaque fois qu'il s'y rendait, elle faisait ses devoirs ou s'occupait de F_____. Il s'est souvenu que lors d'un dîner, T_____ s'était levée quand il est arrivé, pour aller manger à une autre table avec F_____. Il a précisé que, lors de ces dîners, tous les enfants s'occupaient de la vaisselle.

f) A la demande du tribunal, T_____ a fait parvenir au greffe de la juridiction des prud'hommes, le 16 avril 2003, le tableau de présence des élèves des mois de janvier à octobre 2002, à l'école Z__. Selon ces tableaux, T_____ ne s'est pas rendue en cours le mercredi matin et n'a pas été à l'école durant les mois de juin, juillet et août 2002.

T_____ a encore notamment déposé une attestation des horaires de travail de E_____, établie par Y_____ le 8 mai 2003, un certificat d'assurance du 1^{er} avril au 31 mars 2003 au nom de T_____, un procès-verbal du Tribunal de police du 15 mai 2003, un courrier adressé à T_____ par sa famille au Pérou du 31 janvier 2003, deux lettres du père de T_____ des 18 mars et 5 mai 2003.

De son côté, E_____ a remis au Tribunal:

- deux attestations de travail, des 8 et 13 mai 2003, établies par Y_____, desquelles il ressort qu'elle a travaillé comme employée de guichet, d'octobre 2001 à septembre 2002 ;
- les horaires de travail qu'elle a effectués étaient principalement, soit de 7h00 à 14h15 soit de 12h00 à 20h00 et parfois de 14h15 à 22h40 ;
- un contrat de travail du 10 septembre 2001 auprès de Y_____, un certificat de salaire pour 2002, un bordereau d'impôts pour l'année 2001, et un décompte de salaire pour le mois de mars 2003 ;
- l'horaire des cours de formation qu'elle a suivis en qualité d'assistante postale au Centre de formation professionnelle de Y_____ à Vevey,

les 15 novembre et 6 décembre 2001, ainsi que les 17 janvier, 13 février, 8 mars, 13 juin, 10 et 23 juillet 2002 de 8h30 à 12h00 et de 13h15 à 16h30.

Une copie du jugement du Tribunal de police du 4 septembre 2003, lequel a acquitté E_____ des charges retenues à son encontre a été reçue au greffe de la juridiction des prud'hommes le 15 septembre 2003.

E_____ a formé un appel contre le jugement du Tribunal de police du 22 septembre 2003.

- C. L'appelante principale conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 8 décembre 2003. Elle conclut également à ce que soit déclarée recevable les pièces 20 à 40 de son chargé de pièces complémentaires au Tribunal des prud'hommes ainsi que le jugement du Tribunal de police du 4 septembre 2003. Au fond, elle conclut à ce que l'intimée soit condamnée à lui payer 27'952 fr. 30 avec intérêts à 5% dès le 2 novembre 2002 sous déduction de 3'860 fr. ou la somme de 13'887 fr. 10 avec intérêts de 5% l'an dès le 2 novembre 2002 plus une somme nette de 6'640 fr.

Elle soutient d'abord que c'est à tort que les premiers juges ont considéré qu'elle était née le 21 décembre 1984. Selon elle, les pièces versées à la procédure établissent qu'elle est née le 21 décembre 1983. Il en découle qu'âgée de 18 ans au 1^{er} janvier 2002, c'est la CCT pour les travailleurs au pair de 18 à 30 ans qui s'applique en non celle pour jeunes gens au pair mineur.

L'appelante principale réclame ensuite une indemnité pour logement inadéquat qu'elle chiffre à l'000 fr.

Elle soutient encore que les premiers juges ont retenu à tort que l'écolage de mai 2002 aurait été payé par l'intimée. Selon l'appelante principale, les déclarations de G_____ établissent que l'écolage n'a pas été payé de mai à août 2002 puis de novembre 2002 à avril 2003.

L'appelante principale soutient enfin que l'intimée ne lui a versé 20 fr. par mois de janvier à août 2002, soit 160 fr. et non de janvier à octobre 2002 comme retenu par les premiers juges.

- D.** L'intimée et appelante incidente conclut à l'annulation du jugement et au déboutement de l'appelante principale. Elle soutient qu'elle n'était pas liée à l'appelante principale par un contrat de travail. Selon l'intimée, elle n'avait pas les disponibilités financières pour engager une fille au pair et n'aurait pu accepter le séjour de l'appelante chez elle sur la base d'un contrat de travail. Pour l'intimée, la présence de l'appelante principale était fondée sur d'autres bases que celles résultant de relations de travail. L'intimée et appelante incidente ne conteste que l'appelante ait pris part aux tâches ménagères comme le « ferait n'importe quel autre membre de la famille ». L'intimée et appelante incidente considère avoir accueilli l'appelante dans un cadre qui n'était pas contractuel mais qui impliquait cependant des « appuis réciproques ». Elle indique que devant travailler et cherchant à évoluer dans sa situation personnelle, elle était absente à certains moments et cherchait appui pour s'occuper de sa fille.
- E.** Lors de l'audience de comparution personnelle devant la Cour d'appel du 30 novembre 2004, l'appelante principale a expliqué que compte tenu des difficultés de preuve, elle avait limité en appel sa demande à l'application du contrat de travailleur au pair.

Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel principal est recevable. Il en va de même de l'appel incident (art. 62 al. 1 LJP et 61 al. 1 LJP), et de la réponse à ce dernier (art. 62 al. 2 LJP).

2. **2.1** L'intimée et appelante incidente conteste d'abord l'existence même d'un contrat de travail.

2.2 Pour établir l'existence d'un contrat de travail, le juge apprécie librement les preuves (art. 196 LPC par analogie). Pour acquérir son intime conviction, le juge devra examiner toutes les circonstances infirmatives ou corroboratives et faire son choix en fonction du résultat de son examen (SJ 1971, p. 496, SJ 1976, p. 520). 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.. Il doit notamment tenir compte du degré de crédibilité des déclarations des parties et des témoins, et des difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves (SJ 1984 p. 29 in fine), un fait ne pouvant être considéré comme réellement prouvé que si le Juge est convaincu de son existence, la simple probabilité n'étant pas suffisante (SJ 1983 p. 336). Les doutes qui subsistent agissent au détriment de celui auquel incombe le fardeau de la preuve (JdT 1974 I p. 87).

2.3 S'agissant d'un engagement contractuel, il y a lieu de rechercher la réelle et commune volonté des parties, celle-ci devant être déduite en premier lieu des déclarations des parties, lesquelles doivent être interprétées selon le principe de la confiance (art. 18 CO, ATF 99 II 313). Il y a lieu de s'en tenir, en premier lieu, à la volonté exprimée par les parties. Lorsqu'elles n'ont pas exprimé clairement leur volonté, celle-ci doit être dégagée non seulement

des termes utilisés, mais du contexte des déclarations ainsi que sur l'ensemble des circonstances dans lesquelles elles ont été faites (JdT 1976 p. 539 et réf. citées). Il peut notamment être tenu compte de l'attitude des parties postérieurement à la conclusion d'un contrat pour déterminer la nature de celle-ci.

2.4 A Le contrat de travail (art. 319 al. 1 CO) implique une prestation personnelle de travail, la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (SJ 1990 page 185). Au sujet de la notion de chacun de ses éléments constitutifs, il peut être fait référence aux développements figurant aux pages 14 et suivantes du jugement entrepris.

2.5 A teneur de l'art. 1 al. 1 du contrat-type de travail pour les travailleurs au pair, sont considérés comme les travailleuses et travailleurs au pair (ci-après : travailleurs) au sens du contrat-type, les personnes âgées de 15 à 18 ans ((J 1 50.15)) ou de 18 ans à 30 ans (J 1 50.12) et occupées partiellement à des activités familiales courantes dans un ménage privé contre nourriture, logement, blanchissage ainsi qu'argent de poche et qui se perfectionnent dans la langue française ou suivent des études dans le canton de Genève.

Le travailleur n'a pas à prouver la conclusion d'un tel contrat. Il peut se prévaloir de la *présomption irréfragable* de l'art. 320 al. 2 CO, qui s'applique même si la preuve de la conclusion d'un contrat de travail (i. e. par un échange de volontés) n'a pas été apportée (ATF 4C.419/1999 du 19. 4. 2000 cons. 1c re *SIG*; ATF SJ 1986 p. 290; 4C. 346/1999 du 4. 2. 2000 cons. 2; Rehbinder, Berner Kommentar, 1983, N. 17 ad art. 320 CO).(cf. ci-après).

Cela dit, la Cour examine d'office sur compétence *matérielle*; cela l'amène à examiner d'office la présence ou l'absence d'éléments permettant de retenir l'existence d'un contrat de travail. Elle n'est pas liée par la qualification faite ou proposée par les parties (ATF 4C.135/2000 du 1. 9. 2000, cons.3 b *in fine*).

3. En l'espèce, les indices matériels retenus par les premiers juges confirment que l'appelante principale était bien liée à l'intimée par un contrat de travail de travailleurs au pair.

La Cour d'appel tient aussi pour établi que l'appelante principale s'est objectivement occupée partiellement des activités familiales courantes dans le ménage de l'intimée, notamment la garde de l'enfant de cette dernière en dehors des horaires scolaires et durant les congés contre nourriture, logement ainsi qu'argent de poche.

L'intimée l'admet pour partie puisqu'elle explique elle-même qu'à l'époque de sa rencontre avec l'appelante elle devait travailler et cherchait à évoluer dans sa situation professionnelle de sorte qu'elle était à la recherche d'appuis. Elle reconnaît aussi que l'appelante a pris part aux tâches ménagères.

La Cour relèvera d'autre part que les horaires de travail et de formation de l'intimée ne lui permettaient pas de s'occuper seule de sa fille en dehors des heures d'école. Elle relèvera encore que sa seconde fille, B_____, n'a pas vécu au domicile de l'intimée jusqu'à fin mars 2002 et qu'elle était au chômage jusqu'au 30 septembre 2002 de sorte qu'elle n'a pas pu apporter à l'intimée l'appui nécessaire pour s'occuper de F_____ dans la période fin mars 2002 et dès octobre 2002.

En outre, plusieurs témoins, dont l'ancien époux et le fils de l'intimée, ont déclaré que l'appelante principale s'occupait de F_____. Ainsi, l'ancien époux de l'intimée a déclaré que l'appelante principale lui avait été présentée par l'intimée comme étant à Genève pour étudier le français et s'occuper de F_____. Le propre fils de l'intimée a expliqué de son côté à la police que l'appelante principale s'occupait du ménage et de sa petite sœur.

Il découle de ce qui précède que l'appelante principale était liée à l'intimée par un contrat de travail. L'appel incident doit ainsi être rejeté.

3. **3.1** L'appelante principale soutient ensuite que le contrat de travail la liant à l'intimée était un contrat de durée déterminée conclu pour une durée de deux ans, soit la durée de ses études de français. Elle fonde notamment cette conclusion la déclaration de garantie du 9 avril 2001 adressée par l'intimée à l'Office cantonal de la population de Genève et sur le courrier adressé à l'Ambassade de Suisse au Pérou.

3.2 Est de durée déterminée le contrat dont la durée résulte d'une convention entre les parties fixant soit le terme, soit la durée, soit un laps de temps objectivement déterminable. La durée objectivement déterminable résulte de circonstances telles le but du travail convenu (temps d'une récolte, d'un montage, d'un chantier), l'obtention d'un résultat (achèvement d'un ouvrage) ou l'étendue de la prestation de travail à fournir (Wylér, Droit du travail, Berne 2002, p. 321-322). Le contrat de durée déterminée prend fin par le seul écoulement du temps sans qu'une résiliation ne soit nécessaire. Toutes ces formes sont juridiquement équivalentes et constituent une limitation temporelle valable des rapports de travail. En tous les cas, une telle limitation temporelle doit clairement résulter d'une volonté concordante des parties qui ne soit pas équivoque (Wylér, loc. cit. p. 322 et les références citées).

3.3 En l'espèce, il ressort explicitement des documents signés par l'intimée tant auprès de l'Ambassade de Suisse au Pérou qu'auprès de l'Office cantonal de la population que celle-ci entendait s'engager pour toute la durée de ses études de français de l'appelante principale, soit deux années scolaires. Il ressort aussi des déclarations de l'appelante qu'elle entendait venir en Suisse apprendre le français pendant une durée de deux ans.

Il découle de ce qui précède que le contrat liant l'appelante à l'intimée est un contrat d'une durée déterminée dont la durée était fixée par le cursus de formation en français d'une durée de deux années scolaires qui se terminait le 30 juin 2003.

3.4 Est sans incidence à cet égard le fait que l'art. 5 al. 2 CTT limite à 18 mois la durée maximum du contrat de travail pour les travailleurs au pair.

Les prescriptions de droit public, notamment celles relatives au séjour et à l'établissement des étrangers en Suisse, n'ont, sauf exception justifiée par un intérêt public prépondérant, pas d'incidence sur les droits et obligations des parties découlant d'un contrat de travail (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, Lausanne, 2001, N. 3.4 ad art. 320 CO).

Ainsi, la limitation de la durée du contrat pour les travailleurs au pair n'entraîne pas à elle seule la nullité du contrat de travail de durée déterminée.

- 4. 4.1** Selon l'article 29 CTT qui renvoie à l'article 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs, soit pour des faits qui, en vertu des règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui donne le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 CO).

Les circonstances invoquées à l'appui d'une résiliation immédiate du contrat de travail doivent être objectivement de nature à ruiner le rapport de confiance qui est une base essentielle du contrat de travail, à un point tel qu'on ne saurait exiger de la partie qui résilie la continuation du rapport de travail jusqu'à l'échéance ordinaire d'un contrat de durée déterminée ou jusqu'au plus prochain terme de congé ordinaire pour un contrat de durée indéterminée (ATF 116 II 145 = JdT 1990 I 581 ; 112 II 50).

4.2 L'article 9 CTT, qui renvoie à l'art 328 CO, prévoit que le travailleur doit être traité correctement par l'employeur et les membres de sa famille et, plus particulièrement, de l'article 9 al. 4 CTT, qui renvoie à l'art 328 al. 1 et 2 CO, que l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'honneur du travailleur, les mesures nécessaires et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. L'employeur doit non seulement s'abstenir de porter directement atteinte au droit de la personnalité de ses employés, mais il doit prendre toutes les précautions nécessaires à leur protection et encore veiller à contrôler l'exécution de ses instructions. L'article 328 al. 1 CO n'a pas de portée plus étendue que les articles 27 et 28 CC, et ne fait que concrétiser la protection qu'il prévoit (SJ

1984 p. 554 ; J-L Duc/ O. Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, ad art. 328, p. 243). Le devoir de protection de la personnalité du travailleur a été complété, lors de l'introduction de la LEg, par la notion expresse de la protection contre le harcèlement sexuel.

Celui qui invoque du harcèlement sexuel doit établir la preuve que l'employeur a violé son devoir de protéger la personnalité du travailleur (Favre/Munoz/Tobler, Contrat de travail, Code annoté ad. art.328 n. 1.33. ; R. Wyler, op. cit. p. 540). Le fardeau de la preuve se déduit de la règle générale de l'article 8 CC (ATF 114 II 298 ; ATF 122 III 219.) En matière de preuve, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation. L'appréciation des déclarations d'une partie ou d'un témoin relève de l'appréciation des preuves. Or, selon l'article 196 LPC, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires et ne retiendra un fait comme établi que s'il est convaincu de son existence (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, ad art. 196). Pour apprécier le poids d'un témoignage, le juge pourra notamment prendre en considération la relation personnelle entre un témoin et une partie, ou l'existence de liens de parenté (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. ad art. 228). Le juge doit examiner toutes les circonstances affirmatives ou corroboratives et faire son choix en fonction du résultat de cet examen (SJ 1971 p. 496 ; SJ 1976 p. 520).

- 4.3** Dans le cas d'espèce, la Cour considère que tant les enquêtes devant les premiers juges que la procédure pénale ont montré que le comportement du fils de l'intimée relevait du harcèlement sexuel. Il appartenait à l'intimée de veiller à empêcher son fils d'adopter un tel comportement vis-à-vis de sa jeune fille au pair, ce qu'elle n'a pas fait, de sorte que la résiliation immédiate du contrat le 1^{er} novembre 2002 est justifiée au sens de l'art. 337 CO.
- 5. 5.1** Le travailleur résiliant le contrat avec effet immédiat pour de justes motifs a droit à ce qu'il aurait gagné s'il avait pu continuer à travailler jusqu'à l'échéance du contrat, respectivement du délai de préavis non respecté (art. 337 b al. 1 CO).

5.2 En l'espèce, l'appelante a droit à son salaire jusqu'au terme du contrat, soit jusqu'au 30 juin 2003, et à la rémunération y afférente (salaire en espèces, valeur AVS des prestations en nature (art. 337 b al. 1 CO).

Arriérés de salaire

L'appelante principale a droit à son salaire du 1^{er} novembre 2001 au 30 juin 2003, soit :

- novembre et décembre 2001 : 1'200 fr. (art. 18 CCT J 1 50 15)
- 1er janvier 2002 au 30 juin 2003 : 13'410 fr. (art. 16 CCT J 1 50 12)

soit un total de **14'610 fr.**

Prestations en nature pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003

A teneur de l'art. 16 al. 3 CCT, le travailleur, qui n'est pas logé ou nourri par l'employeur, reçoit en espèces 300 F pour le logement et 600 F pour la nourriture. Il en découle que l'appelante a droit à **7'200 fr.** au titre de compensation pour les prestations en nature pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003.

Prestations en nature pour la période du 1^{er} novembre 2001 au 31 octobre 2002

L'appelante principale réclame une indemnité équitable, qu'elle chiffre à 1'000 fr., en raison de l'omission par l'intimée d'avoir fourni une chambre particulière au sens de l'art. 17 CCT.

Il ressort de la procédure que l'appelante principale a disposé d'une chambre personnelle jusqu'à l'arrivée des enfants de l'intimée le 23 mars 2002. Par la suite, elle a dû partager la chambre de F_____ où elle dormait sur un matelas.

Il en découle que pendant sept mois, d'avril 2002 à octobre 2002, l'appelante principale n'a pas reçu pleinement une prestation en nature expressément prévue par la CCT, ce qu'il y a lieu d'indemniser par une indemnité mensuelle que la Cour fixera en équité à 100 fr., soit 700 fr. pour la période concernée.

Vacances

A teneur des articles 329 a al. 1 et 329 d al. 1 CO, le travailleur a droit à quatre semaines de vacances payées par an, voire cinq semaines pour les travailleurs de moins de 20 ans révolus (cf. également art. 22 CTT).

La preuve de l'octroi des vacances incombe à *l'employeur* (art. 8 CO; CAPH, Gr. 6, 9. 11. 1998, Fortugno; TC GR JAR 1990 p. 442; ATF, rr. 15. 9. 1999, Arippol; Aubert, 400 arrêts, Lausanne, 1984, p. 80, n. 133).

En l'espèce, l'intimée et appelante incidente ne conteste pas que l'appelante principale n'a pas pris de vacances durant la période contractuelle liant les parties.

L'indemnité vacances se calcule sur la rémunération globale du travailleur (cf. art. 22 al. 3 CTT), c'est-à-dire non seulement sur le salaire en espèces, mais également sur la partie prestation en nature (valeur AVS nourriture et logement).

Il en découle que l'appelante a droit à 10.63% de 3'000 fr. correspondant au mois de novembre et décembre 2001 (600 fr. de salaire + 900 fr. de prestations en nature par mois) ainsi que 10'63% de 29'610 fr. correspondant à la période du 1^{er} janvier 2002 au 30 juin 2003 (745 fr. de salaire + 900 fr. de salaire en nature, soit un montant total de **3'466 fr. 45** (10.63% de 32'610 fr).

5.3 En résumé, l'appelante principale a droit :

- 14'610 fr. d'arriérés de salaire ;
- 7'200 fr. de compensation pour les prestations en nature du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003 ;
- 700 fr. au titre d'indemnité de logement pour la période du 1^{er} avril 2002 au 31 octobre 2002 ;
- 3'466 fr. 45 pour les vacances
soit un total de **25'976 fr. 45.**

Déductions

Doivent être déduit du montant précité, l'argent de poche et l'écolage. Selon l'appelante principale, ce qui n'est pas contesté par l'intimée, 260 fr. d'argent de poche lui a été remis entre novembre 2001 et août 2002. En outre, l'intimée a payé l'écolage de janvier à avril 2002 puis de septembre et d'octobre 2002, soit 3'600 fr.

Il en découle que doivent être déduit des montants dus au titre de salaire et prestations en nature 3'860 fr. correspondant à l'argent de poche remis et à l'écolage directement payé par l'intimée.

- 6.** En conséquence, le jugement entrepris sera réformé et l'intimée et appelante incidente sera condamnée à payer à l'appelante principale la somme de 25'976 fr. 45 sous déduction de 3'860 fr.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par T_____, d'une part, et déclare recevable l'appel incident interjeté par E_____, d'autre part, contre le jugement rendu par le Tribunal des Prud'hommes le 8 décembre 2003, dans la cause C/28907/2002-5.

Au fond :

- Annule ledit jugement;

Puis statuant à nouveau :

- Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 25'976 fr. 45 (vingt-cinq mille neuf cent septante six francs et 45 centimes), plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 2 novembre 2002, sous déduction de la somme nette de 3'860 fr. (trois mille huit cent soixante francs) ;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président