



Madame
E____
Dom. élu:
Me Imed ABDELLI
Rue du Clos 5-7
Case postale 6447
1211 GENEVE 6

Partie appelante

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

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 18 mai 2009

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Bernard PICENNI et Jean-Marc GUINCHARD, juges employeurs

Mme Claire DE BATTISTA TRELLES et M. Robert STUTZ, juges salariés

Mme Béatrice ANTOINE, greffière d'audience

FAITS

A. Par acte posté le 28 juin 2008, E___ appelle d'un jugement rendu le 2 juin 2008 par le Tribunal des Prud'hommes, communiqué aux parties le 3 juin 2008, qui la condamne à payer à T___ la somme brute de 85'492 fr. 10 avec intérêts à 5% l'an à dater du 23 octobre 2006 ainsi qu'à lui délivrer un certificat de travail conforme aux exigences légales.

T___ avait déposé contre les époux E-A___ et E___ une demande tendant au paiement par cette dernière, avec intérêts moratoires au taux de 5 % l'an, de 11'100 fr. à titre de salaire pour les mois de mai à octobre 2006 ; de 360 fr. à titre d'indemnités pour le logement et la nourriture, du 23 septembre au 31 octobre 2006 ; 1'040 fr. à titre d'indemnités pour la nourriture du 1^{er} septembre au 22 octobre 2006 ; 690 fr. à titre d'indemnités pour le logement et la nourriture pendant les vacances ; 7'497 fr. à titre d'indemnités pour vacances non prises en nature ; 101'385 fr. à titre d'heures supplémentaires ; de 6'152 fr. 10 à titre de rémunération d'heures supplémentaires pendant 18 jours fériés travaillés.

La procédure a été suspendue par décision présidentielle datée du 5 juillet 2007 en ce qui concerne E-A ___ en raison de la faillite de ce dernier ; il sera revenu plus loin sur cette question.

B. En substance, à l'appui de la décision présentement entreprise, les premiers juges ont considéré que E___ et la demanderesse avaient été liées par un contrat de travail de personnel de maison. Elle réclamait un arriéré de salaire que les employeurs ne démontraient pas avoir versé ; ils devaient donc lui verser à ce titre la somme de 9'750 fr. pour les mois de juillet à octobre 2006 ainsi que partiellement pour les mois de mai et d'octobre 2006. L'employée avait aussi droit à 1'730 fr. à titre d'indemnité pour la nourriture et/ou le logement, durant les 23 jours de vacances qu'elle avait pris au cours de l'ensemble de la relation contractuelle, ainsi que durant 52 jours, du 1^{er} septembre au 22 octobre 2006. Les premiers juges lui ont aussi alloué la somme de 7'344 fr. au titre

d'indemnité pour vacances non prises, en considérant qu'elle aurait encore eu droit à 53 jours de vacances. Ils ont par ailleurs considéré que, selon les résultats de leur instruction, l'employée travaillait 69 heures par semaine, ce qui représentait 21 heures supplémentaires par semaine jusqu'au 31 janvier 2006 et 23 heures supplémentaires par semaine dès cette date, de sorte que E___ devait verser la somme brute de 64'971 fr. à ce titre, à quoi venait s'ajouter la somme de 1'697 fr. au titre d'indemnisation des heures supplémentaires accomplies durant 18 jours fériés. Enfin, un certificat de travail conforme aux exigences légales devait lui être remis.

C. E___ estime n'avoir pas la légitimation passive dans le cadre de cette procédure, T___ ayant été engagé par son mari E___, né A___. En tout état elle conteste devoir quoi que ce soit à la précitée, qui durant sa période d'activité avait été dûment rémunérée et indemnisée et qui avait finalement abandonné son poste de manière injustifiée. Elle conclut dès lors à l'annulation du jugement avec suite de dépens et sollicite la réouverture des enquêtes pour la réaudition de E-A ___ ainsi que des témoins B___ et C___, en indiquant qu'il « *s'agit surtout des heures supplémentaires prétendument faites durant les périodes d'absence de leur employeur (avril à septembre 2004, avril 2006, septembre à octobre 2006), ainsi que sur les prestations fournies par Monsieur A___, en sus de leur salaire, et qui étaient telles qu'elles leur permettaient d'avoir un train de vie largement au-dessus de ce que devait avoir un employé de maison, même qualifié* ».

T___ conclut pour sa part à la confirmation de ce jugement, avec suite de dépens.

Par courrier du 10 février 2009, E___ a également requis l'audition de la secrétaire de son mari, D___, afin qu'elle explique les circonstances qui ont entouré l'engagement de F___ et de T___.

Par courrier du 9 mars 2009 – soit postérieurement à la clôture de l'instruction par la Cour d'appel, E___ a requis un second échange d'écritures, « *vu les enjeux de l'affaire qui ne manque pas de complexité.* »

L'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la partie en droit, dans la mesure utile à la solution du litige.

D. Les faits suivants résultent de la procédure :

a. E___ né A___, alors propriétaire économique de la société G___ SA, sise à Fribourg, ayant pour but toutes affaires immobilières, a exposé au Tribunal qu'à fin 2003, par le biais d'agences de placement, il avait recherché du personnel de maison pour la villa qu'il était en train d'acquérir, à Céligny, par le biais de la société précitée ; il souhaitait faire ainsi une surprise à sa future épouse, parce que, bien qu'elle n'ait pas souhaité d'aide, il était d'avis qu'à elle seule elle n'aurait pas pu faire tout le travail domestique nécessaire. Le mariage des époux E___ a eu lieu le 12 mars 2004.

Le couple a vécu dans la maison de Céligny, avec le fils du mari, né en 1988 et la fille de l'épouse, alors âgée de 12 ans. E-A ___ a eu des démêlés avec la justice pénale et a fait l'objet d'incarcérations, à deux reprises, d'avril à septembre 2004 et à nouveau depuis le 30 août 2004. Il terminera la peine à laquelle il a finalement été condamné en avril 2009. Il se trouve en régime de semi-liberté.

b. Sa faillite personnelle a été prononcée le 6 mars 2007 par le Tribunal de première instance de Genève ; elle se liquide par voie de procédure sommaire. F___ et T___ ont produit dans cette faillite et leur conseil a versé au dossier des documents dont il ressort que leur créance a été admise à l'état de collocation en 3^{ème} classe, à hauteur de 48'040 fr. pour le premier précité et de 25'314 fr. pour la seconde. Aucun dividende n'est prévisible. La présente procédure n'a pas été reprise à l'encontre de E-A ___.

c. Les époux E___ sont actuellement divorcés. Ils ont tous deux quitté la villa de Céligny, qui a été réalisée.

d. Cela étant, le 4 janvier 2004 E-A ___ avait engagé, verbalement, F___ et sa compagne T___, avec entrée en service immédiate et une période d'essai de trois mois. E-A ___ a vérifié les passeports de ces deux personnes et si F___ possédait un permis de conduire. Ces employés n'ont pas été déclarés à l'administration.

E-A ___ a exposé au Tribunal qu'il avait convenu d'un salaire de 5'400 fr. par mois, qu'il remettait de la main à la main à F___, pour lui et sa compagne. E-A ___ n'a pas pris de renseignements concernant les précédents emplois de F___, qui lui avait dit avoir travaillé pour un très riche citoyen arabe. Aucun horaire n'avait été convenu, les employés étant libres d'organiser leur travail. F___ devait nettoyer le pourtour de la maison et s'occuper des voitures du patron (qui en avait entre deux et quatre). L'employé disposait d'une de ces voitures pour lui ; occasionnellement, il devait conduire la fille de E___ à l'école. T___ devait faire le ménage courant, laver et repasser le linge du mari car E___ voulait s'occuper elle-même de ses affaires. Toujours selon E-A ___, les employés travaillaient durant la journée mais pas le soir. Le couple était en général à la maison le soir et l'épouse préparait alors le repas pour la famille.

Devant la Cour d'appel E-A ___ a ajouté qu'à part le versement mensuel du salaire - en espèces - en mains de F___ pour lui et sa compagne et la mise à disposition d'une voiture Mercedes d'occasion, il assumait les frais de nourriture (500 fr. par semaine), d'essence, mettait à la disposition du couple, tous frais payés, deux appartements indépendants et payait deux fois l'an, pour chacun d'eux, un billet d'avion pour qu'ils se rendent aux Philippines. E-A ___ estime qu'ainsi sa contreprestation mensuelle pour les activités déployées par les deux employés pouvait être estimée à 13'900 fr. en totalité.

E___ a confirmé que, contrairement à son mari, elle n'aimait pas être entourée de domestiques. F___ et T___ préparaient le petit-déjeuner le matin et occasionnellement un repas froid pour midi ou le goûter de sa fille. Le soir ils partaient vers 18 h. 30 au plus tard.

e. F___ et T___ ont contesté avoir reçu 500 fr. par semaine pour la nourriture et avoir reçu deux billets d'avion par an pour se rendre aux Philippines. Ils ont aussi contesté les indications des époux E___ concernant leurs horaires. F___ a ainsi indiqué que le matin il faisait les achats au marché et organisait le repas de midi ; l'après-midi il nettoyait les quatre voitures du patron, et les vitres de la maison une fois par semaine, ainsi que les terrasses. Il s'occupait de la piscine et du nettoyage en général. Il préparait enfin le repas du soir, que la fille de E___ prenait à 19 h. 30 et le couple entre 20 h. et 21 h. Ensuite les employés devaient ranger et nettoyer avant de partir. T___ a indiqué qu'elle commençait à 07 heures pour le départ à l'école de la fille ; ensuite elle nettoyait la cuisine, avant et après chaque repas et nettoyait les chambres de E___, des enfants et des invités, ainsi que les cages des nombreux animaux domestiques. L'après-midi elle faisait le repassage, préparait de goûter de la fille puis aidait son compagnon pour les tâches de fin de journée et de soirée. Il y avait souvent des invités.

F___ a exposé au Tribunal qu'en octobre 2005 il s'était plaint auprès de E-A ___ d'avoir trop de travail, qu'il voulait un jour de congé de plus et aussi être déclaré. Avec sa compagne, il a établi de mémoire un relevé des heures consacrées à leur travail au service de la famille E___, dont il ressort que leur horaire s'élevait à environ 90 heures par semaine, avec un jour de congé, soit le samedi. La teneur de ce document, établi unilatéralement, est formellement contestée.

f. Du 11 janvier au 11 mars 2005, pendant les vacances de F___, E-A ___ a engagé un remplaçant en la personne de B___ ; entendu en qualité de témoin, ce dernier a dit avoir reçu ses instructions du précité, qui le payait 2'800 fr. par mois. Il a travaillé comme chauffeur. Il devait conduire les enfants à l'école le matin et occasionnellement le fils de E-A ___ ou son épouse, Il devait aussi préparer le petit-déjeuner et le dîner. Entre-temps il effectuait des tâches ménagères, dont le nettoyage des vitres, une à deux fois par semaine et il entretenait le jardin. Le témoin a précisé qu'il commençait à 07 heures le matin et finissait la plupart du temps aux environs de 23 heures. Il ne prenait pas de pause et ne s'arrêtait que pour manger. Il en allait de même d'T___, qui généralement partait encore après lui. Selon le témoin, E___ n'effectuait pas de tâches domestiques.

En janvier et février 2006, pendant les vacances de F___, E-A ___ a engagé un remplaçant en la personne de C___ ; entendu en qualité de témoin, ce dernier a déclaré avoir été payé par E-A ___ à raison de 2'500 fr. par mois. Il commençait à 07 h. 30 et finissait vers 18 heures. Il avait congé le samedi et le dimanche. Il recevait ses instructions de E-A ___, qui attendait de lui qu'il apporte le pain le matin, nettoie les deux voitures qui ne se trouvaient pas dans le garage et achète les provisions. Il devait aussi nettoyer les vitres deux fois par semaine, nettoyer les terrasses et ramasser les feuilles mortes et aller chercher la fille à l'école vers 15 heures ; il arrivait que E___ lui demande de conduire les enfants ou d'amener les chats au toilettage. Pendant ce temps, T___ était très occupée au ménage

g. A2___, fils de E-A ___, entendu à titre de renseignement par le Tribunal, a indiqué avoir vécu durant ses études dans la villa de Céligny, de l'été 2004 à l'été 2007. Les employés travaillaient de 08 h. à 12 h. et de 13 h. à 18 h. au maximum. Jamais le soir. F___ s'occupait des voitures et de faire visiter la maison à d'éventuels acheteurs. T___ s'occupait du linge de E-A ___ et de nettoyer la maison. Durant les incarcérations de ce dernier, elle n'avait rien à faire, car c'est A2___ lui-même qui s'occupait du ménage et il ne demandait rien aux employés. Sa belle-mère E___ s'occupait du petit-déjeuner de sa fille ; en outre, elle était généralement présente le soir et c'est elle qui préparait alors le repas, que la famille prenait entre 18 h. 30 et 20 h. A2___ a précisé que la villa comportait six chambres à coucher, sept salles d'eau, deux salons, une salle à manger et un petit bureau. Une salle de billard, inutilisée, se trouvait dans la cave. A l'extérieur se trouvait une piscine de quatre mètres sur six et une terrasse sur laquelle ouvraient des portes-fenêtres. E___ et sa fille s'occupaient des animaux, soit trois chiens et deux lapins. Lui-même s'occupait de son chat, des oiseaux et des poissons rouges. Il tondait aussi l'herbe en été.

H___, amie de E___, entendue comme témoin, a déclaré être venue manger le soir dans la villa de Céligny deux ou trois fois l'an ; elle n'y a jamais vu d'employés de maison, c'était la précitée qui préparait le repas.

h. F___ a exposé au Tribunal qu'en date du 30 août 2006 au matin, il avait accompagné E___ au Tribunal ; ce dernier lui avait dit que s'il n'était pas de retour d'ici 16 heures c'est qu'il avait été arrêté et qu'alors lui et T___ devaient quitter la maison. Le lendemain, E___ lui avait dit que, compte tenu de la situation, il devait immédiatement cesser de travailler. F___ avait toutefois encore aidé E___ à transporter des meubles dans son appartement de la région de Montreux.

F___ et T___ ont tous deux indiqué avoir continué de travailler jusqu'au 12 octobre 2006, avec les mêmes horaires qu'auparavant, à la demande de E___. Cette dernière leur avait également dit qu'elle continuerait de leur verser le même salaire que précédemment, ce qu'elle n'avait pas fait. Il ressort d'une note adressée par E-A ___ à son épouse (pièce 5 appelante), que les employés seraient restés à son service jusqu'en septembre 2006, étant toutefois précisé qu'il avait lui-même été réincarcéré le 30 août 2006 et restait leur devoir alors la somme de 16'500 fr. , selon ce qu'il admet lui-même.

i. Les employés ont retrouvé un nouvel emploi à dater du 16 octobre 2006, toutefois ils ont encore logé dans les appartements de service mis à leur disposition par les époux E___ jusqu'au 23 octobre 2006.

j. A cette même époque, A2___ a remis à T___ un certificat de travail, daté du 29 août 2006 et indiquant que F___ avait travaillé comme cuisinier, chauffeur et jardinier du 1^{er} janvier 2004 au 31 août 2006 ; il s'agissait d'une personne très responsable et méticuleuse dans son travail. D'humeur agréable et fidèle à ses employeurs, il ne pouvait qu'être recommandé auprès de ses futurs patrons. Le document porte une signature, censée être celle de A___, toutefois son authenticité a été contestée, ce qui a engendré l'ouverture d'une procédure pénale, qui serait actuellement classée. Le certificat en question ne fait aucune mention des activités de T___.

DROIT

1. Déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art. 59 LJP, l'appel est recevable.

2. L'appelante conteste sa légitimation passive ; elle relève n'avoir pas participé à la conclusion du contrat entre son futur mari et les employés. Elle ne connaissait pas ces derniers, et, dépourvue elle-même de toute ressource financière, elle n'a jamais eu la volonté d'engager du personnel. Le contrat a été conclu alors qu'elle n'était pas encore mariée et elle avait fait part à son futur mari de son désaccord avec la conclusion de ce contrat. C'était ce dernier qui avait toujours donné les ordres et qui payait les salaires. Le fait qu'elle ait partiellement profité des prestations des employés et qu'elle ait occasionnellement donné de ordres était sans pertinence. L'appelante relève encore qu'elle n'est pas liée en vertu de l'art. 166 CC par l'engagement pris par son futur mari envers les employés, puisque précisément le mariage n'avait pas encore eu lieu, ni en vertu de l'art. 143 CO, dès lors qu'aucune convention n'a été passée entre les futurs époux tendant à créer une solidarité passive.

La Cour d'appel ne suivra pas ce raisonnement. Comme le soutient l'intimé, on doit raisonnablement admettre qu'avant le mariage les futurs époux ont formé une société simple ayant notamment pour objet leur installation dans la villa de Céligny et l'organisation de la tenue du ménage. Dans cette optique ils ont tous deux solidairement tenu des engagements pris par le futur mari envers les employés de maison (art. 543 al. 2 et 3 CO ; art. 32 al. 1 CO). En effet, même si cet engagement a été initialement une idée du futur mari, il n'en demeure par moins qu'il a été pris aussi dans l'intérêt de la future épouse, qui à l'évidence ne pourrait pas assumer à elle seule la totalité des tâches domestiques qu'impliquait un logement aussi vaste que celui que la famille allait occuper. En outre, depuis la conclusion du mariage, intervenu deux mois et demi après l'engagement des employés, il peut être admis que cet engagement est entré dans les obligations que les conjoints assument mutuellement en vue de la prospérité commune (art. 159 al. 2 CC). L'appelante est par ailleurs engagée envers les employés en vertu de

l'art. 166 al. 3 CC. En effet, l'engagement de personnel de maison entrainé en l'espèce, de manière reconnaissable pour les tiers, dans les pouvoirs de représentation du conjoint, compte tenu de l'importance du domaine et du train de vie élevé de la famille ; il était conclu pour assurer les besoins courants de ladite famille, au sens de l'art. 166 al. 1 CC. De surcroît et en tout état, en profitant quotidiennement des services des employés durant environ deux ans et en leur donnant, même occasionnellement, des instructions, l'appelante a entériné a posteriori l'engagement pris par son mari et elle est liée au même titre que lui envers les employés.

3. L'intimée a été au service de l'appelante et de son mari du 1^{er} janvier 2004 au 12 octobre 2006. Il n'est aucunement démontré qu'elle aurait quitté abruptement son travail à fin août 2006, lors de la réincarcération de son patron. Au contraire il est admis – selon le décompte établi par ce dernier – que les salaires de février 2005, février 2006 ainsi que juillet à octobre 2006 restaient dus. Il doit ainsi être retenu, conformément à ce qu'allèguent les employés, que le contrat de travail a bien pris fin le 12 octobre 2006.

4. Les questions à résoudre concernent l'arriéré de salaire, le versement du salaire et des indemnités durant les vacances, celui des indemnités pour la nourriture et le logement, les heures supplémentaires et la remise d'un certificat de travail. Ces questions, litigieuses dès le début de l'instance, ont été instruites, les parties ont eu l'occasion de se prononcer à leur sujet et il n'y a aucun motif d'ordonner un second échange d'écritures en raison de la prétendue complexité de l'affaire, comme le requiert l'appelante. Il ne se justifie pas plus de réentendre des témoins qui se sont déjà exprimés contradictoirement devant les premiers juges, ni d'auditionner de nouveaux témoins, comme le requiert l'appelante, ainsi qu'il sera relevé ci-après.

5. Le contrat de travail qui a lié les parties était régi pour les dispositions du code des obligations d'une part, ainsi que par le Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique de la législation genevoise (RS J I 50.03). Ce contrat (CTT-2000) prévoyait un horaire hebdomadaire de 48 heures, avec une pause d'une demi-heure par les repas de midi et du soir, ainsi qu'une pause d'une heure dans la journée

(art. 12) ; la compensation des heures supplémentaires ou leur paiement à 125% ou à 150 % si elles étaient exécutées le dimanche et les jours fériés, ainsi qu'entre 22 h. et 06 h. (art. 13) ; un jour de congé par semaine et le paiement, durant les jours de congé, d'une indemnité pour les repas, s'ils n'étaient pas pris chez l'employeur (art. 14) ; un salaire mensuel de 2'355 fr. pour le personnel sans qualification, outre une indemnité de 810 fr. pour le logement et la nourriture s'ils n'étaient pas fournis par l'employeur (art. 17) ; quatre semaines de vacances durant lesquelles le salaire était dû, ainsi que l'indemnité pour le logement et la nourriture (art. 23) ; la remise par l'employeur d'un certificat indiquant la nature et la durée du travail, ainsi que la qualité dudit travail et la conduite de l'employé (art. 25) ; la possibilité pour les parties de résilier le contrat après le temps d'essai, avec un délai d'un mois pour la fin d'un mois (art. 27).

A date du 1^{er} juillet 2004, le CTT-2000 a été modifié. La durée hebdomadaire de travail a passé de 48 à 46 heures (art. 12 du CTT-2004) ; le paiement à 150% des heures effectués entre 23 h et 06 heures (art. 13 du CTT-2004) ; un salaire de 2'560 fr. par mois pour le personnel non qualifié, outre une indemnité de 990 fr. pour le logement et la nourriture s'ils n'étaient pas fournis par l'employeur (art. 18 CTT-2004).

6. Il est admis que l'employeur a versé mensuellement à l'intimé, pour lui et sa compagne, la somme de 5'400 fr., ce qui représente 2'700 fr. par mois et par personne. Il ne peut s'agir que d'une somme brute, puisque les employés n'ont jamais été déclarés à l'administration. Ils ne l'ignoraient pas et ne peuvent donc soutenir avoir reçu ces montants au titre de salaire net. Il est également admis que les employés disposaient de deux confortables logements meublés, aux frais exclusifs de l'employeur et qu'ils disposaient d'une voiture, non seulement pour les besoins du service mais aussi pour leur usage personnel. S'il est contesté qu'ils aient reçu, en outre, 500 fr. par mois pour leur nourriture, ils ne démontrent pas avoir été contraints de se nourrir à leurs frais, et ils ont par ailleurs certainement eu la possibilité de prendre leurs repas sur leur lieu de travail ou d'acquérir des provisions afin de le préparer et de le consommer dans le logement mis à leur disposition aux frais de l'employeur, durant la semaine et les jours de congé. Le compagnon de l'intimée était en effet chargé de procéder aux achats alimentaires pour

la famille et d'organiser la préparation des repas et il est vraisemblable qu'il ait, ce faisant, également acquis des provisions pour son propre ménage. La preuve de l'existence d'achats séparés, effectués grâce au salaire des employés, n'est pas rapportée. Il doit par conséquent être admis que leur rémunération comprenait un montant en espèces ainsi que des prestations en nature, soit la nourriture et le logement, et qu'elle était donc supérieure aux exigences minimales de la législation genevoise.

7. Les premiers juges ont alloué à l'intimée une somme de 9'750 fr. à titre de salaire pour une période sise entre mai et octobre 2006. Dans une note établie à l'attention de son épouse, versée au dossier, l'employeur avait admis qu'au 30 août 2006 la somme de 16'500 fr. restait due aux deux employés, à titre de salaire et il n'est pas ailleurs pas contesté que l'épouse n'a pour sa part rien versé entre le 1^{er} septembre et le 12 octobre 2006. Dans ces conditions, la Cour d'appel confirmera la décision des premiers juges s'agissant de l'arriéré de salaire en espèce, mais non pas en ce qui concerne l'indemnité pour compenser la nourriture et/ou le logement, compte tenu des considérants qui précèdent.

8. L'intimée a affirmé dans son mémoire introductif d'instance (point 6 page 6), sans être contestée, avoir pris en tout 23 jours de vacances pour toute la durée de son emploi. A teneur du CTT – 2000 et du CTT – 2004 elle avait droit à quatre semaines de vacances par an. Elle a été en service du 1^{er} janvier 2004 au 12 octobre 2006, soit durant 33 mois et demi, de sorte qu'elle avait droit à onze semaines (soit 77 jours) et qu'elle peut prétendre à une indemnité correspondant à $(77 - 23 =) 54$ jours de vacances. Le montant de 7'344 fr. 10 que lui ont alloué les premiers juges, sur la base d'un salaire mensuel en nature de 2'700 fr. et d'une indemnité mensuelle moyenne pour le logement et la nourriture de 900 fr. doit être confirmé.

9. Les employés ont soutenu en première instance avoir travaillé six jours par semaine à raison de près de 90 heures hebdomadaires; les premiers juges ont retenu que l'horaire était de 69 heures hebdomadaires ; cette conclusion demeure contestée par l'appelante. La Cour d'appel constate que les dires des parties respectives sont inconciliables, en

particulier en ce qui concerne l'horaire de fin de journée. Pour l'employeur, cet horaire se terminait vers 18 h. – 18 h. 30 ; pour les employés il s'agissait généralement de 23 heures. Les premiers juges ont à juste titre considéré que le relevé d'heures établi par les employés pour les besoins de la procédure ne constituait pas une preuve suffisante, vu son caractère unilatéral. Quant aux témoignages des deux personnes qui ont remplacé l'un des employés durant ses vacances, ils n'ont guère plus de poids, puisqu'ils sont inconciliables sur cette question. Etant rappelé que le fardeau de la preuve incombe aux employés, ces derniers n'ont ni rapporté cette preuve ni rendu leur allégation suffisamment vraisemblable. Ils n'ont pas pris la précaution de faire signer des relevés d'heures périodiques à l'employeur et ils n'ont pas non plus formulé de réclamations en cours d'emploi pour obtenir le paiement d'heures supplémentaires. Par conséquent la Cour d'appel retiendra – conformément à ce que soutient l'employeur, que les horaires étaient de 07 h. à 18 h. 30 avec une pause totale d'une heure et demie par jour, à raison de six jours par semaine.

Les employés ont ainsi travaillé dix heures par jour à raison de six jours par semaine, donc soixante heures par semaine, soit – du 1^{er} janvier eu 30 juin 2004 – 12 heures supplémentaires par semaine, par référence à la norme de 48 heures découlant du CTT-2000. Du 1^{er} juillet 2004 au 12 octobre 2006 ils ont travaillée 14 heures supplémentaires, par référence à la norme de 46 heures découlant du CTT-2004.

Entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2004 ils ont effectué $6 \times 4.33 \times 12 = 311.76$ heures supplémentaires. Durant cette période, le salaire en espèces était de 2'700 fr. et le salaire en nature de 810 fr. soit au total 3'510 fr. par mois. L'horaire alors prévu par le CTT – 2000 étant de 48 heures par semaine, le salaire horaire était, pour cette première période, de 16 fr. 88 ($3'510 : (48 \times 4.33 =) 207.84 = 16 \text{ fr. } 88$). Majoré de 25 % ce tarif horaire représente 21 fr. 11 ; les employeurs doivent ainsi verser $311.76 \times 21.11 = 6'581$ fr. 25 au titre de salaire pour les heures supplémentaires.

Entre le 1^{er} juillet 2004 et le 12 octobre 2006 ils ont effectué $27.5 \times 4.33 \times 14 = 1'667.05$ heures supplémentaires. Durant cette période, le salaire en espèces était de

2'700 fr. et le salaire en nature de 990 fr., soit au total 3'690 fr. par mois. L'horaire alors prévu par le CTT – 2004 étant de 46 heures par semaine, le salaire horaire était, pour cette seconde période, de 18 fr. 52 ($3'690 : (46 \times 4.33 =) 199.18 = 18 \text{ fr. } 52$). Majoré de 25 % ce tarif horaire représente 23 fr. 15 ; les employeurs doivent ainsi verser $1'667.05 \times 23.15 = 38'592 \text{ fr. } 20$ au titre de salaire pour les heures supplémentaires.

Au total la somme brute de 45'173 fr. 45 est due au titre de salaire pour les heures supplémentaires.

Le calcul ci-dessus a été effectué exclusivement avec une majoration de 25 %. Or, les heures supplémentaires effectuées durant les jours fériés sont rémunérées à 150 %. Il convient donc d'ajouter encore le 25 % du salaire horaire pour les jours fériés. Selon le CTT -2000 et le CTT – 2004 ceux-ci sont au nombre de neuf par an. Entre le 1^{er} janvier 2004 et le 12 octobre 2006 l'employée a donc travaillé durant 25 jours fériés, à raison de dix heures par jour. En considérant une majoration horaire moyenne de 4 fr. 50. elle a droit à ($10 \times 4.5 \times 25 =$) 1'125 fr., ce qui porte le total du montant dû au titre d'heures supplémentaires à 46'298 fr. 45.

10. L'employeur n'a établi aucun certificat de travail à l'attention de l'employée. Il lui reviendra d'en rédiger un, conforme aux exigences de l'art. 330 CO et de l'art. 26 du CTT – 2004, c'est-à-dire portant sur la nature et la durée des rapports de travail, sur la qualité du travail et la conduite du travailleur. Il convient à ce propos de relever que l'instruction de la présente cause n'a mis en évidence aucun grief que l'employeur aurait pu faire valoir à l'encontre des employés durant les rapports de service.

11. En conclusion le jugement entrepris sera modifié pour tenir compte des considérants qui précèdent. Pour la bonne compréhension du dispositif, il sera annulé. L'émolument d'appel de 880 fr. restera à charge de l'appelante, puisque les prétentions de l'intimé – entièrement contestées – sont pour l'essentiel admises.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 5

A la forme

Reçoit l'appel formé par E___ contre le jugement rendu le 2 juin 2008 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause n° C/4752/2007 - 5.

Au fond

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau

Condamne E___ à verser à T___ les sommes brutes suivantes, avec intérêt à 5% l'an à la date moyenne du 1^{er} juin 2005 :

- 9'750 fr. au titre d'arriéré de salaire ;
- 7'344 fr. 10 au titre de salaire et d'indemnités pour vacances non prises en nature ;
- 46'298 fr. 45 au titre de salaire pour les heures supplémentaires ;

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions légales, sociales et usuelles sur les montants précités;

Condamne E___ à remettre à T___ un certificat de travail conforme aux exigences légales ;

Laisse l'émolument d'appel de 880 fr. à charge d'E___ ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente