



**4A\_526/2020**

**Arrêt du 26 juillet 2021**

**Ire Cour de droit civil**

Composition

Mmes les Juges fédérales

Hohl, Présidente, Niquille et May Canellas.

Greffière : Mme Godat Zimmermann.

Participants à la procédure

A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Olivier Adler,  
recourante,

*contre*

B. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Manuel Bolivar,  
intimée.

Objet

contrat de travail; domestique privée au service d'une personne bénéficiaire au sens de la loi sur l'État hôte,

recours contre l'arrêt rendu le 28 août 2020 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève (C/9639/2016-5 CAPH/159/2020).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** Fonctionnaire internationale établie à Genève, A. \_\_\_\_\_ a engagé B. \_\_\_\_\_, ressortissante du Mali, en qualité d'employée de maison à compter du 1er juillet 2014. Accompagné des déclarations de garantie de l'employeuse et de la domestique privée, le contrat de travail signé par les parties a été établi selon le modèle de l'ordonnance sur les domestiques privés du 6 juin 2011 (ODPr; RS 192.126); il prévoyait que l'employée, nourrie et logée, aurait à accomplir des tâches ménagères, de la cuisine, du blanchissage et de la garde d'enfants, moyennant un salaire mensuel net de 1'300 fr. et un horaire de 40,5 heures par semaine (en principe 7,5 heures par jour du lundi au vendredi et de 9 heures à 12 heures le samedi).

B. \_\_\_\_\_ a été mise au bénéfice d'une carte de légitimation F. Elle a débuté son emploi le 14 juillet 2014.

A. \_\_\_\_\_ est mère de deux enfants, un fils et une fille âgés de 13 et 17 ans en 2014. Atteinte d'un handicap non précisé, la fille de l'employeuse était scolarisée dans une institution spécialisée; un chauffeur l'y conduisait le matin et la recherchait à midi le mercredi et en fin d'après-midi les autres jours.

**A.b.** En octobre 2015, B. \_\_\_\_\_ a saisi le Bureau de l'Amiable Compositeur (ci-après: BAC). Elle se plaignait de n'avoir reçu qu'une faible part de son salaire en espèces. Une convention a été préparée sous l'égide du BAC; elle prévoyait le versement par l'employeuse de 13'283 fr. pour solde de tout compte. L'employée n'a pas signé ce document. Sur les conseils du BAC, elle a, par lettre du 28 octobre 2015,

donné sa démission pour fin décembre 2015 "sous déduction des vacances contractuelles dues". Elle a quitté définitivement la maison de A. \_\_\_\_\_ le 15 novembre 2015.  
Le 15 janvier 2016, l'employeuse a versé à l'employée le montant de 13'283 fr. prévu par le projet du BAC.

## B.

Après l'échec de la conciliation, B. \_\_\_\_\_ a, en date du 21 octobre 2016, ouvert action contre A. \_\_\_\_\_ en paiement de 157'352 fr. avec intérêts, soit 47'247 fr. bruts à titre de salaire, 70'000 fr. pour les heures supplémentaires, 12'985 fr. pour le travail le dimanche, 19'120 fr. pour les vacances non prises et 8'000 fr. pour les frais d'avocat avant procès; elle concluait également à la remise de certificats de travail et de salaire.

Le 22 avril 2016, B. \_\_\_\_\_ avait déposé plainte pénale contre A. \_\_\_\_\_ du chef d'usure. Les parties ainsi que le chauffeur et le père des enfants de l'employeuse ont été entendus par le Ministère public; les procès-verbaux de ces auditions ont été produits dans la procédure civile.

A. \_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de B. \_\_\_\_\_ et formé une demande reconventionnelle en paiement d'un montant total de 57'540 fr.

Par jugement du 16 septembre 2019, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné A. \_\_\_\_\_ à verser à B. \_\_\_\_\_ la somme brute de 38'825 fr.80 et la somme nette de 2'283 fr.55, le tout plus intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2015, a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles et a condamné A. \_\_\_\_\_ à remettre à B. \_\_\_\_\_ ses "fiches et certificats de salaire" pour la période du 15 juillet 2014 au 31 décembre 2015, les parties étant déboutées de toute autre conclusion.

Par arrêt du 28 août 2020 rendu sur appel de l'employeuse et appel joint de l'employée, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a annulé partiellement la décision de première instance. Statuant à nouveau, elle a condamné A. \_\_\_\_\_ à verser à B. \_\_\_\_\_ 51'428 fr.65 bruts et 10'726 fr.65 nets, avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2015, et a confirmé le jugement entrepris pour le surplus.

Comme les premières juges, la Chambre des prud'hommes a retenu que l'employée avait consacré la moitié de son temps de travail aux soins prodigués à la fille de l'employeuse et l'autre moitié aux autres tâches prévues dans le contrat. A la première activité, elle a appliqué le salaire minimum brut de 3'700 fr. prévu par le contrat-type de travail de l'économie domestique genevois (CTT-Edom; RS GE J 1 50.03), plus élevé que le salaire contractuel. A la seconde activité, elle a appliqué le salaire contractuel, supérieur au salaire mensuel net minimum de 1'200 fr. fixé dans l'ODPr.

Les calculs de la cour cantonale aboutissent aux résultats suivants:

- salaire brut pour activité soins pendant 17,5 mois 28'043 fr.  
(3'700 fr. - 495 fr. en nature) / 2x 17,5

- heures supplémentaires activité soins 13'247 fr.60

3'700 fr. / 4,33 semaines / 40,5 heures = 21 fr.10

7,25 heures x 4,33 semaines x 16 mois x 21 fr.10 x 1,25

- travail du dimanche activité soins 5'481 fr.80

2,5 heures x 4,33 semaines x 16 mois x 21 fr.10 x 1,5

- salaire brut afférent aux vacances 4'655 fr.50

Total salaire brut dû pour activité de soins 51'428 fr.65

- salaire net pour autres tâches pendant 17,5 mois 11'375 fr.

(1'300 fr. / 2) x 17,5

- heures supplémentaires autres tâches 8'193 fr.45

(1'300 fr. + 990 fr. en nature) / 4,33 semaines / 40,5 heures

= 13 fr.05

7,25 heures x 4,33 semaines x 16 mois x 13 fr.05 x 1,25

- travail dimanche autres tâches 3'390 fr.40

2,5 heures x 4,33 semaines x 16 mois x 13 fr.05 x 1,5

- salaire net afférent aux vacances 3'965 fr.80

- salaire logement et repas du 15.11 au 31.12.2015 1'485 fr.

33 fr. x 45 jours

Total salaire net autres tâches 28'409 fr.65

dont à déduire les montants déjà versés 17'683 fr.

Solde salaire net dû 10'726 fr.65

## C.

A. \_\_\_\_\_ interjette un recours en matière civile. A titre principal, elle conclut au déboutement de

B. \_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

Par ordonnance du 20 octobre 2020, la Présidente de la cour de céans a admis la demande d'assistance judiciaire déposée par B. \_\_\_\_\_ et a désigné Me Manuel Bolivar comme avocat d'office de l'intimée.

La requête d'effet suspensif présentée par la recourante a été admise selon ordonnance du 13 novembre 2020.

L'intimée a conclu principalement au rejet du recours. Sa réponse a été suivie d'ultimes observations de la recourante.

Pour sa part, la cour cantonale se réfère à sa décision.

## Considérant en droit :

### 1.

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par le tribunal supérieur institué comme autorité cantonale de dernière instance, lequel a statué sur recours (art. 75 LTF). La cause atteint la valeur litigieuse de 15'000 fr. ouvrant le recours en matière civile dans les affaires pécuniaires relevant du droit du travail (art. 74 al. 1 let. a LTF). La recourante, qui a succombé dans ses conclusions libératoires, a la qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF). Déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, le recours est en principe recevable, sous réserve de l'examen des griefs particuliers.

### 2.

**2.1.** Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (**ATF 136 I 241** consid. 2.1; **136 II 304** consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (**ATF 142 III 364** consid. 2.4; **140 III 86** consid. 2, 115 consid. 2; **137 III 580** consid. 1.3). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, il n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; **ATF 144 II 313** consid. 5.1; **142 II 369** consid. 2.1; **142 III 364** consid. 2.4; **139 I 229** consid. 2.2).

**2.2.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). "Manifestement inexactes" signifie ici "arbitraires" (**ATF 143 I 310** consid. 2.2; **141 IV 249** consid. 1.3.1; **140 III 115** consid. 2; **135 III 397** consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 140 III 264** consid. 2.3 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi les conditions précitées seraient réalisées (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1 et les références). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (**ATF 145 IV 154** consid. 1.1; **142 III 364** consid. 2.4; **140 III 264** consid. 2.3). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, la partie doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes en conformité avec les règles de procédure les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats (**ATF 140 III 86** consid. 2). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

En matière de constatations de fait et d'appréciation des preuves, il y a arbitraire lorsque le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, lorsqu'il a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou encore lorsqu'il a tiré des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (**ATF 140 III 264** consid. 2.3; **137 III 226** consid. 4.2; **136 III 552** consid. 4.2; **134 V 53** consid. 4.3; **129 I 8** consid. 2.1).

### 3.

**3.1.** Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante reproche tout d'abord à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire en ne constatant pas qu'elle avait versé la somme totale de 19'000 fr. sur le compte bancaire ouvert au nom de l'intimée. Or, ce fait serait pertinent, car il suffirait à démontrer que l'employeuse s'est acquittée de son obligation de verser le salaire conformément à l'art. 42 al. 1 ODP, à l'art. 43 al. 2 ODP et à l'art. 323b CO.

Plus loin, la recourante se plaint de la violation des normes précitées relatives au paiement du salaire, ainsi que de l'art. 8 CC. A son avis, l'application correcte de ces dispositions aurait dû conduire la cour cantonale à retenir le versement à titre de salaire du montant de 19'000 fr., en plus de la somme de 17'683 fr. figurant dans l'arrêt attaqué. Elle précise que les retraits qu'elle reconnaît avoir effectués sur le compte précité n'avaient pas à être pris en compte puisqu'ils n'auraient pas comme cause juridique le contrat de travail.

**3.2.** En ce qui concerne les salaires versés par la recourante à l'intimée, la cour cantonale a retenu le montant total de 17'683 fr. établi par les premières juges, soit 4'400 fr. en plusieurs versements de juillet à novembre 2015 admis par l'intimée et 12'283 fr. virés en janvier 2016. Ce fait n'a pas été remis en cause en

appel, de sorte que la Cour de justice n'avait pas à revenir sur l'appréciation des preuves effectuée par le Tribunal des prud'hommes.

Cela étant, ce dernier a bien constaté que la recourante avait ouvert un compte bancaire au nom de l'intimée et y avait versé en tout 19'000 fr. Mais il a également constaté que l'intimée ne disposait pas de la carte bancaire liée à ce compte, restée en mains de la recourante laquelle avait procédé à des retraits au bancomat pour un montant global de 12'500 fr.; l'employeuse n'avait au surplus étayé par aucun moyen de preuve son allégation selon laquelle elle avait remis les sommes retirées à l'employée. Il n'était en tout cas pas arbitraire de conclure que, dans ces circonstances, des versements pour un total de 19'000 fr. sur le compte bancaire en cause ne démontraient pas que l'intimée avait perçu cette somme à titre de salaire. Ayant la charge de cette preuve comme elle le reconnaît elle-même (cf. **ATF 128 III 78** consid. 3b), l'employeuse ne peut se borner à invoquer le respect formel de son obligation d'ouvrir un compte au nom de l'employée et le fait d'y avoir versé de l'argent.

Pour autant que recevables, les griefs fondés sur l'art. 9 Cst. et les règles en matière de paiement du salaire ne peuvent être qu'écartés.

#### 4.

Invoquant le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 27 al. 2 de la loi sur l'État hôte (LEH; RS 192.12), ainsi que les art. 1 et 2 ODPPr en appliquant du droit cantonal - le CTT-Edom - à une partie des tâches accomplies par l'employée. Selon la recourante, l'intimée était une domestique privée au sens de l'art. 2 ODPPr et toute l'activité qu'elle exerçait à la maison, y compris la garde d'un enfant atteint d'un handicap, entre dans le champ d'application du droit fédéral.

**4.1.** Aux termes de l'art. 27 al. 2 LEH, le Conseil fédéral règle notamment, dans la mesure où le droit international le permet, les conditions de travail et de salaire des domestiques privés visés à l'art. 2 al. 2 LEH, c'est-à-dire ceux qui sont autorisés à accompagner une personne bénéficiaire au sens de l'art. 2 al. 2 let. a et b LEH. L'ODPr est entrée en vigueur le 1er juillet 2011. Conformément à l'art. 2 al. 2 ODPPr, le domestique privé est engagé par l'employeur sur la base d'un contrat de travail de droit privé. L'art. 28 ODPPr précise que les relations de travail sont régies par le droit suisse, en particulier par l'ODPr et le CO (al. 1) et que le contrat de travail ne peut déroger aux dispositions de l'ODPr au détriment du domestique privé (al. 2; cf. également art. 10 al. 2 3ème phrase ODPPr). Il doit s'agir d'un contrat écrit, établi selon le modèle rédigé par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), dont la signature conditionne la délivrance de l'autorisation d'entrée et de la carte de légitimation du domestique privé. Les conditions de travail et de salaire font l'objet des art. 28 à 53 ODPPr. L'art. 43 al. 1 ODPPr prescrit un salaire mensuel net en espèces de 1'200 fr. au minimum, le salaire en nature et les autres éléments à charge de l'employeur étant décrits à l'art. 44 ODPPr. L'art. 45 ODPPr prévoit l'exonération fiscale du domestique privé.

**4.2.** En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante est une personne bénéficiaire au sens de l'art. 2 al. 2 let. a et b LEH autorisée à engager un domestique privé. Elle a engagé l'intimée pour des tâches ménagères, de la cuisine, du blanchissage et de la garde d'enfants, soit des activités figurant dans la liste exemplative de l'art. 2 al. 3 ODPPr qui définit de manière générale le service domestique comme toute tâche accomplie par le domestique privé au domicile de l'employeur. Les parties ont signé un contrat de travail établi selon le modèle du DFAE, ce qui a permis la délivrance à l'employée de la carte de légitimation de type F. Il s'ensuit que les parties répondent aux définitions respectives de l'employeur et du domestique privé telles qu'elles figurent à l'art. 2 al. 1 ODPPr.

A la suite des juges de première instance, la cour cantonale a calculé les prétentions de l'intimée sur la base du contrat et de l'ODPr pour toutes les activités exercées au domicile de l'employeuse, sauf pour les soins apportés à la fille de la recourante atteinte d'un handicap non précisé. Elle a considéré en effet que cette dernière activité excédait la garde d'enfant usuelle et qu'elle relevait donc du CTT-EDom applicable notamment, selon son art. 1 al. 2, aux employés de maison affectés à la prise en charge de personnes handicapées.

Ce faisant, la Chambre des prud'hommes a manifestement violé l'art. 1 al. 2 ODPPr, stipulant que les contrats-types cantonaux relatifs aux travailleurs de l'économie domestique ne sont pas applicables aux personnes couvertes par l'ordonnance.

Cette mention expresse s'explique par le régime antérieur à l'entrée en vigueur de l'ODPr. Selon le chiffre 8.4 de la directive du DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, entrée en vigueur le 1er mai 2006, l'employeur devait se référer au CTT en vigueur dans son canton de domicile pour fixer les conditions de travail de son domestique privé (cf. art. 359 al. 2 CO); si les parties pouvaient déroger à certaines dispositions du CTT en défaveur du domestique privé (cf. art. 360 CO), tel n'était pas le cas, dans le canton de Genève, du salaire minimal prévu dans le CTT, qui revêtait un caractère impératif (cf. art. 360a et 360d al. 2 CO). Ce sont précisément les difficultés occasionnées par la pluralité de réglementations cantonales qui ont conduit le Conseil fédéral à proposer une solution permettant un régime uniforme en Suisse, que le canton de Genève en particulier appelait de ses vœux: donner au Conseil fédéral la compétence exclusive d'édicter des contrats-types de travail ou de régler d'une autre manière les conditions de travail des domestiques privés relevant du droit spécial des étrangers (Message du 13 septembre 2006 sur la loi sur l'État hôte, FF 2006 ch. 2.7.2 p. 7659). L'ODPr, édictée sur la base de l'art. 27 al. 2 LEH, est ainsi une norme spéciale qui

prévaut sur les CTT que les cantons sont tenus d'édicter pour le personnel de maison en vertu de la règle générale de l'art. 359 al. 2 CO (cf. FF 2006 ch. 2.7.2 p. 7659/7660), ce que l'art. 1 al. 2 ODPr précise expressément.

En l'espèce, il n'y a dès lors pas place pour l'application du CTT-Edom à la relation contractuelle des parties, entièrement soumise aux règles de l'ODPr (cf. arrêt 4A\_544/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.2.1 in fine). Contrairement à ce que la cour cantonale a jugé, la charge plus ou moins grande que peut représenter la garde d'un enfant à domicile selon son état de santé n'est pas un critère pertinent pour déterminer le droit applicable.

Le grief tiré d'une violation de la LEH et de l'ODPr est fondé. Les calculs de la cour cantonale seront rectifiés ci-dessous sur la base du salaire convenu ainsi que des dispositions de l'ODPr et du CO (cf. art. 28, 42 à 44, 48 et 50 al. 5 ODPr).

## 5.

Invoquant une violation de l'art. 319 al. 1 et des art. 321 et 322 CO, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir accordé à l'intimée son salaire en espèces du 15 novembre au 31 décembre 2015 alors que l'employée avait cessé de fournir sa prestation pendant cette période de 46 jours libres et ne pouvait se prévaloir de son droit aux vacances que pour 36,45 jours. Par conséquent, l'autorité précédente aurait dû déduire 9,55 jours du droit au salaire de l'employée sur les 17,5 mois de la relation contractuelle. Ce grief doit être mis en parallèle avec celui tiré de la violation de l'art. 50 al. 1 ODPr et de l'art. 329d CO. La recourante fait valoir à cet égard que l'employée ne pouvait prétendre à une indemnité pour vacances non prises. Contrairement à l'avis des juges genevois, il pouvait, à son sens, être exigé de l'intimée qu'elle prenne la totalité de ses 36,45 jours de vacances pendant la période du délai de congé s'écoulant entre le 15 novembre et le 31 décembre 2015, comme l'employée l'avait du reste annoncé dans sa lettre de démission.

**5.1.** La cour cantonale a alloué à l'employée son salaire en espèces pour toute la durée de la relation contractuelle, y compris pour la période d'un mois et demi pendant le délai de congé où elle avait cessé de travailler. L'autorité précédente a jugé par ailleurs qu'il ne pouvait être requis de l'employée qu'elle prenne ses jours de vacances durant la période susmentionnée compte tenu des circonstances particulières du cas. Elle relève notamment qu'au moment où elle a quitté son emploi, l'intimée n'avait reçu qu'une faible partie de sa rémunération, ce qui la légitimait à ne pas offrir sa prestation de travail vu la demeure de l'employeuse. En plus, l'employée n'avait alors ni toit ni subsistance et, vu son statut juridique en Suisse, n'était pas éligible aux prestations de chômage ni apte au placement. La cour cantonale ajoute que la déduction des jours de vacances mentionnée dans la lettre de démission est inopérante au regard des art. 361 et 362 CO.

**5.2.** Au moment où elle a cessé le travail, le 15 novembre 2015, l'intimée était au service de la recourante depuis 16 mois et avait reçu 4'400 fr. en espèces. L'employeuse était alors manifestement en retard dans le paiement de salaires échus. Dans une telle situation, l'employée était en droit de refuser sa prestation (art. 82 CO par analogie) et l'employeuse restait tenue de lui verser son salaire (art. 324 al. 1 CO par analogie) (**ATF 120 II 209** consid. 6a et 9a; plus récemment, arrêt 4A\_257/2019 du 6 novembre 2019 consid. 3.2). La recourante n'ayant effectué le paiement suivant qu'en février 2016, le droit de l'intimée de percevoir son salaire en n'exécutant pas sa prestation a perduré jusqu'à la fin des rapports de travail, le 31 décembre 2015.

Par ailleurs, l'intimée disposait d'un droit aux vacances de 36,45 jours pour toute la durée du contrat, étant précisé qu'elle n'avait bénéficié d'aucun jour de vacances jusqu'au 15 novembre 2015.

La question est de savoir si le temps libre à disposition de l'employée à partir de cette date devait être affecté à la prise de vacances en nature, le cas échéant, en tout ou en partie.

**5.2.1.** Le but des vacances étant de permettre au travailleur de se reposer, l'art. 329d al. 2 CO consacre l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent tant que durent les rapports de travail. En principe, cette interdiction demeure valable une fois le contrat dénoncé par l'une ou l'autre des parties, mais des exceptions sont possibles en fonction des circonstances concrètes. La compensation par une indemnité est admise lorsque les vacances ne peuvent pas être prises avant la fin des rapports de travail ou qu'on ne peut pas attendre qu'elles le soient (**ATF 128 III 271** consid. 4a/aa). Lorsqu'il libère le travailleur de son obligation de travailler pendant le délai de résiliation, l'employeur - autorisé en principe à fixer la date des vacances (art. 329c al. 2 CO) - peut exiger que les vacances auxquelles le travailleur a encore droit soient prises pendant le délai de congé; même sans instructions expresses de l'employeur, le travailleur libéré doit, en vertu de son obligation de fidélité, prendre en nature, selon ses possibilités, les jours de vacances qui lui restent. Conformément à l'art. 329 al. 3 CO, il convient toutefois de tenir compte du temps dont le travailleur a besoin pour la recherche d'un autre emploi. Il est donc nécessaire que le rapport entre la durée du délai de congé et la durée des vacances résiduelles, celle-ci inférieure à celle-là, soit suffisamment important; à défaut, les vacances doivent être remplacées par une prestation en argent (**ATF 128 III 271** consid. 4a/cc). Les vacances résiduelles doivent être prises en nature lorsque leur durée n'excède pas, approximativement, le quart ou le tiers du délai de congé; s'il y a lieu, elles doivent être prises partiellement en nature et pour le surplus remplacées par une prestation en argent (arrêt 4A\_319/2019 du 17 mars 2020 consid. 8 et les références).

**5.2.2.** En l'espèce, l'intimée était dispensée de son obligation de travailler pendant le délai de congé de deux mois parce que la recourante était en retard dans le paiement du salaire en espèces et elle a effectivement cessé de travailler à partir du 15 novembre 2015. Les jours de vacances dont elle disposait à ce moment-là - 36,45 - correspondaient quasiment aux jours ouvrables jusqu'à l'échéance du contrat. Or l'employée devait, durant cette période d'un mois et demi, rechercher un nouvel emploi, démarche qui risquait d'être longue et difficile étant donné le marché très restreint dans lequel son permis F l'autorisait à être occupée. Comme la cour cantonale l'observe avec pertinence, l'intimée faisait alors face à des circonstances particulièrement adverses. Cette situation l'empêchait assurément de profiter, même partiellement, des jours de vacances que l'employeuse ne lui avait jamais accordés jusque-là. Dans les circonstances de l'espèce, il ne pouvait être requis de l'intimée qu'elle prenne ses vacances en nature pendant le délai de congé.

Contrairement à la thèse de la recourante, la déclaration de l'employée selon laquelle elle démissionnait "sous déduction des vacances contractuelles dues" est dénuée de portée juridique. L'intimée avait droit à son salaire pendant ses vacances (art. 329d al. 1 CO). Mais, comme on l'a vu plus haut, elle était en droit, à l'époque, de refuser sa prestation et de recevoir son salaire sur la base de l'art. 324 CO appliqué par analogie (salaire en cas de demeure de l'employeur). Or cette disposition est relativement impérative selon l'art. 362 al. 1 CO. En annonçant qu'elle prendrait ses vacances pendant le délai de congé, l'intimée renonçait ainsi par avance à une créance résultant d'une disposition impérative de la loi pendant la durée du contrat, ce qui est prohibé par l'art. 341 al. 1 CO.

Il s'ensuit que la Chambre d'appel n'a pas violé le droit fédéral en jugeant que les prétentions de l'employée comprenaient à la fois son salaire pendant 17,5 mois et une indemnité pour vacances non prises.

## 6.

Il convient de reprendre le calcul des différentes prétentions de l'employée sur la base des considérations qui précèdent.

**6.1.** S'agissant du salaire net en espèces, le montant mensuel convenu de 1'300 fr. est supérieur au minimum de 1'200 fr. prescrit à l'art. 43 al. 1 ODPr. La prétention de l'employée à ce titre s'élève à 22'750 fr. (1'300 fr. x 17,5 mois).

**6.2.** La recourante conteste - sur le principe mais non sur le montant - la compensation par 1'485 fr. du salaire en nature, accordée par la cour cantonale pour la période du 15 novembre au 31 décembre 2015. Dès lors que l'employée était en droit de refuser sa prestation, il ne pouvait être exigé d'elle qu'elle reste au domicile de l'employeuse et continue d'y prendre ses repas. Sa prétention comprend donc la part en nature du salaire (art. 44 al. 2 let. a et b ODPr), comme la Chambre des prud'hommes l'a admis à juste titre.

**6.3.** En ce qui concerne les heures supplémentaires et les heures effectuées le dimanche, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir méconnu l'art. 48 al. 3 et 4 ODPr en englobant le salaire en nature dans son calcul du salaire horaire déterminant.

Le grief est fondé. Selon l'art. 48 ODPr, les heures supplémentaires non compensées par un congé doivent être payées avec une majoration d'au moins 25% du salaire net (al. 3), alors que la majoration est d'au moins 50% du salaire net pour les heures effectuées le dimanche (al. 4).

Le salaire horaire net de l'employée était de 7 fr.41 (1'300 fr. salaire net mensuel / 4,33 semaines / 40,5 heures prévues par le contrat).

La prétention de l'intimée en indemnisation des heures supplémentaires s'élève ainsi à 9'304 fr.75 (14,5 heures supplémentaires par semaine x 4,33 semaines x 16 mois x 7,41 fr. x 1,25), alors que celle relative au travail le dimanche se monte à 3'850 fr.25 (5 heures x 4,33 x 16 mois x 7,41 fr. x 1,5).

**6.4.** Il reste à déterminer l'indemnité pour les 36,45 jours de vacances non prises.

Le salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO) doit être calculé sur la base du salaire complet; en particulier, les indemnités versées à titre d'heures supplémentaires ou pour du travail effectué de nuit ou le dimanche seront prises en compte pour autant qu'elles revêtent un caractère régulier et durable (**ATF 138 III 107** consid. 3; **132 III 172** consid. 3.1). A la fin des rapports de travail, une éventuelle indemnité pour vacances non prises doit également être calculée sur la base du salaire complet (arrêt 4A\_161/2016 du 13 décembre 2016 consid. 2.1 et les références).

En l'espèce, le salaire mensuel complet s'élève à 3'112 fr.20 (1'300 fr. [salaire net] + 990 fr. [salaire en nature] + 581 fr.55 [heures supplémentaires: 14,5 heures x 4,33 semaines x 7,41 fr. x 1,25] + 240 fr.65 [travail le dimanche: 5 heures x 4,33 x 7,41 fr. x 1,5]).

Sur cette base, le salaire par jour est de 130 fr.70 (3'112 fr.20 / 23,815 [5,5 jours par semaine x 4,33 semaines]). L'indemnité pour vacances non prises s'élève dès lors à 4'764 fr. (130 fr.70 x 36,45 jours)

## 7.

En résumé, les prétentions salariales de l'employée se décomposent de la manière suivante:

- salaire net en espèces 22'750 fr.
- salaire en nature 15.11 - 31.12.2015 1'485 fr.

- heures supplémentaires 9'304 fr.75
- heures effectuées le dimanche 3'850 fr.25
- indemnité pour vacances non prises 4'764 fr.

Total 42'154 fr.

dont à déduire les montants déjà versés 17'683 fr.

Solde dû par l'employeuse 24'471 fr.

Sur le vu de ce qui précède, le recours sera admis partiellement et l'arrêt attaqué sera réformé en ce sens que l'employeuse est condamnée à verser à l'employée la somme nette de 24'471 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2015.

#### **8.**

La recourante a conclu au déboutement complet de l'intimée. Elle obtient finalement une réduction de sa condamnation à un montant représentant environ 2/5 du montant qu'elle devait verser à l'intimée selon l'arrêt attaqué. Dans ces conditions, il se justifie de mettre 3/5 des frais judiciaires à la charge de l'intimée et 2/5 à la charge de la recourante (art. 66 al. 1 LTF). Celle-ci a droit par ailleurs à des dépens réduits (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Comme l'intimée est au bénéfice de l'assistance judiciaire, la part de frais mise à sa charge sera supportée provisoirement par le Tribunal fédéral (art. 64 al. 1 et 4 LTF). Son avocat se verra allouer une indemnité à titre d'honoraires de défenseur d'office (art. 64 al. 4 LTF).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

#### **1.**

Le recours est admis partiellement et l'arrêt attaqué est réformé comme suit:

A. \_\_\_\_\_ est condamnée à verser à B. \_\_\_\_\_ la somme nette de 24'471 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2015.

#### **2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à raison de 1'200 fr. à la charge de la recourante et 1'800 fr. à la charge de l'intimée. La part de frais mise à la charge de l'intimée est supportée provisoirement par la Caisse du Tribunal fédéral.

#### **3.**

L'intimée versera à la recourante une indemnité de 800 fr. à titre de dépens réduits.

#### **4.**

Une indemnité de 4'000 fr. est allouée à l'avocat d'office de l'intimée à titre d'honoraires à payer par la Caisse du Tribunal fédéral.

#### **5.**

La cause est renvoyée à la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève pour nouvelle décision sur les frais de la procédure cantonale.

#### **6.**

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 26 juillet 2021

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Hohl

La Greffière : Godat Zimmermann