

SCHNEIDER TROILLET

Jacques-André Schneider
Avocat
Docteur en droit
Professeur UNIL

Anne Troillet
Avocate
LL.M. Toronto
Spécialiste FSA droit du travail

Pascal Giorgis
Avocat

Alexio Roetzo
Avocate

Anne Meier
Avocate
Docteure en droit

Roxane Sheybani
Avocate

VILLE DE GENÈVE
Madame Sandra CAPEDE
Cheffe de service
Service de la petite enfance
Case postale 394
1211 Genève 12

Genève, le 16 juin 2015
JAS/AM/st

Avis de droit

Critères juridiques permettant de fixer le
montant de la rémunération des accueillantes
familiales de jour employées par une structure
publique de coordination

SOMMAIRE

Résumé synthétique	3
I. Questions posées.....	4
II. Rappel des règles et principes applicables.....	5
III. La fonction d'accueillante familiale de jour	5
A. Descriptif de la fonction.....	5
B. Structure et montant de la rémunération	8
IV. Distinction avec la fonction d'accueillante en crèche familiale.....	9
V. Les autres types d'activités à domicile connus du droit suisse	10
A. Introduction	10
B. Contrat de travail à domicile au sens des articles 351ss du Code des obligations.....	11
C. Contrat-type de travail de l'économie domestique à Genève.....	11
D. Les activités ménagères dans l'assurance-invalidité	12
E. Le dommage ménager dans le droit de la responsabilité civile	15
VI. La notion de salaire en droit suisse	20
A. En général	20
B. La notion de « salaire convenable ».....	21
VII. Les critères juridiques de fixation du salaire des accueillantes familiales de jour de la Ville de Genève	24
A. Le lien de subordination	24
B. Le temps consacré à des activités personnelles pendant le temps de garde des enfants.....	25
1. Les éléments statistiques	25
2. Extrapolations statistiques adaptées à l'activité de l'AFJ.....	28
C. La rémunération linéaire en fonction du nombre d'enfants gardés	29
1. Les éléments statistiques	29
2. La pertinence de la rémunération en fonction du nombre d'enfants gardés.....	30
D. Les qualifications requises	30
E. Le principe d'égalité de traitement	31
F. La comparaison en chiffres absolus	31
VIII. Durée hebdomadaire maximale de travail.....	32

RESUME SYNTHETIQUE

1. Par une analyse comparative, le présent avis établit des critères objectifs qui pourront aider la Ville de Genève dans la fixation de la rémunération des accueillantes familiales de jour, employées par une structure publique de coordination (en particulier la structure de coordination de l'accueil familial de jour en Ville de Genève, AFJ-VDG).
2. La première partie de l'avis rappelle les règles et les principes applicables au domaine de l'accueil de la petite enfance.
3. Dans une deuxième partie, le contenu de la fonction d'accueillante familiale de jour est décrit. Il est ensuite comparé avec la fonction d'accueillante en crèche familiale.
4. Dans la troisième partie, l'avis présente les autres formes de travail à domicile connues du droit suisse. Les règles sur le contrat de travail à domicile et celles fixées par le contrat-type genevois de travail de l'économie domestique sont rappelées. L'évaluation de l'invalidité de l'assuré qui n'exerce pas d'activité lucrative dans le cadre de l'assurance-invalidité fédérale permet par ailleurs de montrer que les tâches ménagères ont une valeur économique reconnue en matière d'invalidité. Cette valeur patrimoniale du travail ménager apparaît de manière encore bien plus marquée et précise en droit de la responsabilité civile : la notion de dommage ménager est présentée, de même que les statistiques fédérales qui permettent de l'évaluer.
5. La quatrième partie s'intéresse aux règles du droit suisse du travail en matière de salaire. Il y est rappelé que le droit suisse ne connaît pas de salaire minimum. La notion de salaire convenable fixée à l'art. 349a al. 2 CO s'applique aux voyageurs de commerce qui sont rémunérés exclusivement ou principalement à la commission ; la jurisprudence et la doctrine semblent vouloir étendre cette notion aux travailleurs ordinaires lorsque ces derniers sont rémunérés exclusivement ou principalement à la commission. Or, cette disposition s'applique uniquement lorsque la rémunération consiste exclusivement ou principalement en des commissions : le législateur a voulu ainsi protéger les voyageurs de commerce contre le transfert du risque d'entreprise de l'employeur vers le travailleur. Les AFJ ne supportent pas le risque de l'entreprise et ne sauraient donc se voir appliquer (par analogie) cette disposition.
6. Le présent avis a pour but principal de dégager des critères objectifs et reconnus en droit suisse permettant d'aider la Ville de Genève à fixer la rémunération des AFJ. Il ressort de notre analyse que la nature même de l'activité de l'AFJ permet à cette dernière de consacrer une partie du temps rémunéré à des tâches personnelles. L'absence de temps de déplacement au travail, la possibilité de choisir librement le nombre d'enfants gardés, la possibilité de garder ses propres enfants pendant son temps de travail (économisant ainsi les frais de garde) sont des éléments à prendre en compte.

7. Conformément à l'avis de droit du Prof. BELLANGER, nous sommes également d'avis que la différence de salaire entre la fonction d'AFJ et celle d'assistante de crèche familiale paraît respecter le principe d'égalité, ces deux fonctions étant différentes.
8. Enfin, la comparaison en chiffres absolus, bien que d'une pertinence limitée, ne laisse pas apparaître de différences de rémunération inéquitables ou qui ne seraient pas justifiées par l'application de critères objectifs.
9. En conclusion, il apparaît que la rémunération des AFJ peut être fixée en application des quatre critères objectifs suivants :
 - temps consacré à la prise en charge des enfants,
 - temps consacré à des activités personnelles pendant le temps de garde des enfants,
 - rémunération selon le nombre d'enfants gardés,
 - qualifications requises pour exercer la fonction.

I. QUESTIONS POSEES

10. La Ville de Genève cherche à déterminer à partir de quels éléments fixer la rémunération des accueillantes familiales de jour employées par une structure publique de coordination (en particulier la structure de coordination de l'accueil familial de jour en Ville de Genève, AFJ-VDG). Ci-après, les accueillantes familiales de jour sont désignées par l'acronyme « AFJ ».
11. Le présent avis se concentre exclusivement sur la question de la rémunération et traitera des questions juridiques suivantes :
 - a. Analogies et distinctions entre la fonction d'AFJ et d'autres types d'activités déployées à domiciles (travail à domicile au sens des art. 351 ss CO, contrat type de travail de l'économie domestique, notion d'activité ménagère dans le droit des assurances, etc).
 - b. Analyse de la notion de salaire telle qu'elle découle des art. 319, 322 et 349a du Code des obligations.
 - c. Détermination de critères objectifs de comparaison, en particulier l'existence ou l'absence d'un lien de subordination (directives et surveillance de l'employeur), autonomie de l'employée dans la définition des tâches à accomplir et dans l'organisation de ces tâches, niveau de qualification, égalité de traitement, nombre d'enfants gardés.

- d. Nous déterminerons également quelle est la durée hebdomadaire maximale qui peut être consacrée à cette activité d'accueillante familiale de jour.
12. L'analyse comparative et l'établissement de critères juridiques devront permettre à la Ville de Genève de documenter et de préciser les critères utilisés pour fixer le montant de la rémunération des AFJ.

II. RAPPEL DES REGLES ET PRINCIPES APPLICABLES

13. Sur la base d'un avis de droit rendu par le Prof. BELLANGER le 23 juin 2014, dont vous nous avez remis copie, on peut rappeler brièvement ce qui suit.
14. Le domaine de l'accueil de la petite enfance est régi par la Loi sur l'accueil et le placement d'enfants hors du foyer familial du 27 janvier 1989¹ ainsi que par la Loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour du 14 novembre 2003². Le Règlement sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour du 21 décembre 2005 vient compléter ce texte.³ En Ville de Genève, la LSAPE est complétée par le Règlement relatif aux structures d'accueil de la petite enfance subventionnées par la Ville de Genève du 21 septembre 2011⁴.
15. L'accueil à domicile des enfants d'âge préscolaire en Ville de Genève peut prendre la forme de l'accueil en crèche familiale ou de l'accueil familial de jour.

III. LA FONCTION D'ACCUEILLANTE FAMILIALE DE JOUR

A. DESCRIPTIF DE LA FONCTION

16. L'accueil familial de jour consiste en l'accueil d'enfants au domicile des personnes pratiquant l'accueil familial de jour. Il est régi par les art. 9 à 11 LSAPE.
17. Selon l'article 10, la personne pratiquant l'accueil familial de jour à titre dépendant est engagée par une structure de coordination, au moyen d'un contrat de travail au sens des art. 319 et suivants du Code des obligations.
18. Le tarif de l'accueil familial de jour est fixé par la structure de coordination ; il est soumis à l'approbation du Département pour les structures de coordination communales et intercommunales (art. 10 al. 6 LSAPE).
19. En Ville de Genève, la structure de coordination de l'accueil familial de jour est dénommée AFJ-VDG. Le contrat de travail des AFJ est calqué sur le modèle promulgué en annexe au règlement J 6 29.01.

¹ J 6 25 (LAPEF).

² J 6 29 (LSAPE).

³ J 6 29.01 (RSAPE).

⁴ RS/Ville LC 551 (Règlement LC 21 551).

20. L'accueillante familiale a pour mission de pratiquer, à son domicile et contre rémunération, l'accueil familial de jour d'enfants de 0 à 12 ans, qui lui sont confiés par l'employeur, selon un horaire et des conditions convenues d'entente avec lui ou elle (art. 2 al. 1 du contrat).

Le lieu de travail est au domicile de l'accueillante familiale (art. 7 du contrat). L'accueillante familiale ne peut se rendre avec l'enfant dans d'autres lieux qu'en restant dans son périmètre géographique usuel. Elle ne peut pas sortir de celui-ci sans une autorisation du représentant légal de l'enfant.

L'accueillante familiale exécute son travail avec soin et dans le respect des besoins des enfants accueillis, notamment en leur fournissant un lieu d'accueil agréable, des activités répondant aux besoins des enfants en fonction de leurs âges, ainsi qu'une nourriture suffisante et équilibrée.

L'accueillante familiale ne doit pas confier l'enfant à une personne non autorisée par le représentant légal (art. 8 du contrat). L'accueillante familiale doit d'ailleurs s'acquitter personnellement de sa mission (art. 6 du contrat).

21. L'activité d'accueil se déroule, en principe, entre 7.00 et 19.00 heures du lundi au vendredi. La durée maximale de travail est de 50 heures par semaine et ne peut excéder 10 heures par jour (art. 10 du contrat).
22. Le cahier des charges des accueillantes familiales de jour précise la description du poste. En particulier, il détaille les responsabilités et activités principales en lien avec le ou les enfants accueillis. Il règle également les relations avec la famille placeuse et les relations avec l'employeur.

Selon le cahier des charges, les responsabilités et activités principales de l'AFJ en lien avec le ou les enfants accueillis sont les suivantes :

- Proposer un environnement sécurisé permettant de contribuer au bien-être de l'enfant ;
- Assurer une présence, des soins et une sécurité physique et affective auprès de l'enfant ;
- Respecter le rythme propre de chaque enfant, être à l'écoute de ses besoins particuliers et lui apporter une réponse adéquate en tenant compte des informations transmises par les parents ;
- Préparer des goûters et des repas sains, équilibrés et variés ;
- Proposer des activités variées d'éveil, de jeux, de loisir (intérieures ou extérieures) adaptées aux besoins de l'enfant qui contribueront à son épanouissement et veiller à ce qu'il puisse bénéficier de sorties régulières en plein air ;
- Aménager des temps de sieste et de repos adaptés aux besoins spécifiques de chaque enfant accueilli ;

- Prendre toute mesure utile en cas d'accident ou de maladie de l'enfant.
23. Toujours selon le cahier des charges, les responsabilités et activités principales de l'AFJ en lien avec la ou les familles placeuses sont les suivantes :
- Etablir une relation de collaboration et de confiance avec la famille. La structure peut servir de relais ou de ressource à ce niveau (rencontre tripartite) ;
 - Communiquer régulièrement avec la famille placeuse sur l'évolution et les activités de l'enfant dans son milieu d'accueil ;
 - Porter une attention particulière aux moments d'accueil et de départ de l'enfant. A cet effet, l'accueillante doit veiller à recueillir toute information permettant d'assurer le bon déroulement de la journée d'accueil et transmettre tout fait important ayant marqué la journée d'accueil. Ces moments doivent se dérouler sans précipitation ;
 - Remettre l'enfant accueilli aux personnes nommément désignées par la famille dans le contrat d'accueil ;
 - Demander une autorisation écrite à la famille en cas : d'administration de médicaments ; de déplacement ou de sortie hors du périmètre habituel convenu – incluant le passage de la frontière – et déplacement en voiture ;
 - Respecter l'obligation de discrétion vis-à-vis des faits relatifs à la sphère privée portés à sa connaissance concernant la famille ou d'autres familles et leur-s enfant-s.
24. Les relations de l'AFJ avec l'employeur (structure de coordination) sont les suivantes, selon le cahier des charges :
- Entretien des relations régulières avec la structure de coordination et faciliter la supervision de l'employeur à son domicile ;
 - Aviser la structure de coordination de tout changement important pouvant avoir une incidence sur le contrat d'accueil (horaire d'accueil, déménagement de la famille placeuse, etc.) ;
 - Alerter sans délai la structure de coordination en cas d'accident ou tout autre événement grave en lien avec l'accueil des enfants confiés ;
 - Avertir rapidement la structure de toute difficulté rencontrée avec une famille placeuse qu'elle ne pourrait pas régler directement avec elle ou en cas de conflit ou de litige avec une famille placeuse ;
 - Participer aux activités de formation continue (supervision, échanges de pratique, soirées à thèmes, cours), ainsi qu'aux séances (séances

de travail ponctuelles, etc.) organisées par la structure de coordination ;

- Participer aux échanges de ses connaissances, de ses pratiques et réflexion avec la structure de coordination et d'autres accueillantes familiales.

25. Le cahier des charges précise encore les aptitudes personnelles, relationnelles et aptitudes d'encadrement liées à l'activité :

- Se montrer ouverte et disponible à accueillir et à intégrer l'enfant qui lui est confié ;
- Respecter le rythme propre et les besoins particuliers de chaque enfant accueilli ;
- Flexibilité et plaisir à s'organiser ;
- Autonomie, responsabilité et fiabilité ;
- Adaptation et souplesse ;
- Ecoute, empathie, ouverture d'esprit et capacité à communiquer ;
- Créativité et initiative ;
- Discernement.

26. Enfin, une aisance au niveau de la communication orale en français et le bénéfice d'une autorisation de l'autorité de surveillance cantonale sont exigées.

B. STRUCTURE ET MONTANT DE LA REMUNERATION

27. Le modèle de contrat ne fixe pas le salaire de l'AFJ. Il revient à chaque structure de coordination de le fixer. Le contrat modèle prévoit toutefois le versement d'une indemnité afférente aux vacances correspondant à 10,64% de la rémunération horaire, l'assurance d'indemnité journalière en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie, qui doit couvrir la perte de gain à 80% pendant 730 jours dans une période de 900 jours (les primes étant supportées paritairement) et le droit à cinq semaines de vacances. Par ailleurs, il n'y a pas de progression salariale automatique.

28. Selon l'article 17 du contrat de travail entre l'AFJ-VDG et les accueillantes familiales de jour, le salaire brut par heure d'accueil et par enfant (salaire horaire brut) est de CHF 4.17 (soit CHF 4.07 net). Il est de CHF 5.20 dès que l'accueillante familiale atteint l'âge de 57 ans (soit CHF 5.10 net). L'indemnité de 10,64% pour les vacances (art. 17 al. 2 du contrat) est à ajouter à ce salaire, de même qu'une prime annuelle de 8,33% du total des salaires mensuels bruts versés durant l'année civile écoulée (art. 17 al. 3 du contrat).

Ainsi, le salaire brut d'une AFJ varie de manière linéaire en fonction du nombre d'enfants qu'elle accueille⁵.

Le salaire horaire brut est indexé selon le taux appliqué par la Ville de Genève, en fonction de l'évolution du coût de la vie.

Les heures supplémentaires sont rémunérées à raison de 125%, de même que le travail du samedi ; le travail du dimanche ou du jour férié est rémunéré moyennant une majoration de 50%.

En cas de maladie, d'accident ou d'absence de l'enfant en dehors des périodes de vacances, l'AFJ reçoit le salaire horaire brut et l'allocation forfaitaire pendant 30 jours (art. 17 al. 6 du contrat).

Le régime en cas de maladie de l'AFJ est plus favorable que celui prévu par le modèle de contrat annexé au règlement. En effet, le salaire est versé à 100% dès le premier jour d'absence et les primes sont supportées par l'employeur à raison de 2/3 et par l'employée à raison d'un tiers.

Enfin, en plus du salaire horaire brut, l'employeur verse une allocation forfaitaire destinée à rembourser les frais engagés par l'accueillante familiale en relation avec l'activité d'accueil. Cette indemnité, fixée d'entente avec l'Administration fiscale, se monte à CHF 1.30 par heure d'accueil et par enfant pour les enfants en âge préscolaire et à CHF 1.05 par heure d'accueil et par enfant pour les enfants en âge scolaire.

L'employeur rembourse en outre les frais de repas et de collation pour les enfants sur la base d'un tarif forfaitaire établi chaque année.

29. A titre de comparaison, le salaire horaire net par enfant se monte à CHF 3.75 pour les AFJ-GSO (Accueil familial de jour Genève Sud-Ouest), à CHF 3.66 pour les AFJ MVM (Accueil familial de jour Meyrin Vernier Mandement) et à 3.86 pour les AFJ Rhône-Sud (CHF 5.18 dès 55 ans).

IV. DISTINCTION AVEC LA FONCTION D'ACCUEILLANTE EN CRECHE FAMILIALE

30. L'accueil en crèche familiale signifie que l'enfant est accueilli au domicile de l'assistante de crèche familiale mais que des activités pédagogiques sont également organisées dans le cadre de la crèche. L'assistante de crèche familiale exerce son activité dans le cadre de ladite crèche.
31. Les crèches (structures d'accueil) doivent appliquer la convention collective de travail du personnel des institutions de la petite enfance et le barème des prix de pension fixés par la Ville (art. 11, let. a, i et k du règlement LC 21 551).

⁵ Dans la majorité des cas, le nombre maximum d'enfants autorisés par l'autorité de surveillance est de 3. Il arrive que l'accueil de 4 enfants soit autorisé et, dans de rares exceptions, que ce nombre s'élève à 5 ; il faut alors que le logement soit très spacieux et que la personne ait une expérience déjà bien avérée

32. Les conditions de travail des assistantes de crèche familiale ne sont toutefois pas réglées par la CCT mais par des règles particulières : contrat de travail, cahier des charges et grille salariale⁶. Le contrat de travail ainsi que le cahier des charges liés à cette fonction sont résumés aux chiffres 10 et 11 de l'avis de droit du Prof. BELLANGER. Il y est renvoyé.
33. Sur la base de son analyse des fonctions d'accueillante en crèche familiale ou d'AFJ, le Prof. BELLANGER a estimé que l'application du principe d'égalité ne paraissait pas d'emblée évidente, l'existence de situations semblables devant encore être démontrées, ce qui a priori n'est pas donné. En effet, il ne lui paraissait pas que les situations des assistantes de crèche familiale et des accueillantes familiales de jour soient à ce point similaires qu'elles nécessitent un traitement similaire.

Il a au surplus estimé que, si le principe d'égalité trouvait application, il faudrait alors tenir compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui veille à ne pas interférer dans l'autonomie des collectivités publiques.

Il lui apparaissait ainsi que la différence de traitement entre assistante de crèche familiale et AJF repose sur des motifs objectifs, à savoir des charges plus importantes découlant de leur cahier des charges et sur un degré de formation plus élevé, à l'accès à la fonction et dans le cadre de la formation continue. De plus, la différence de traitement demeure dans les limites admises par la jurisprudence.

La différence de salaire entre ces deux fonctions lui paraissait donc respecter le principe d'égalité.

V. LES AUTRES TYPES D'ACTIVITES A DOMICILE CONNUS DU DROIT SUISSE

A. INTRODUCTION

34. Le but principal du présent avis de droit est de déterminer des critères objectifs permettant de fixer le montant de la rémunération des AFJ. Outre la comparaison objective de la fonction d'AFJ avec celle d'accueillante en crèche familiale, effectuée ci-dessus, il convient de considérer les autres types d'activités à domicile connus du droit suisse.
35. Nous verrons ci-dessous que le contrat de travail à domicile est réglé par le code des obligations et par la loi sur le travail à domicile. A Genève, il existe par ailleurs un contrat-type de travail de l'économie domestique qui fixe notamment des salaires minimums impératifs. Par ailleurs, les activités ménagères sont reconnues et prises en compte dans le domaine des assurances sociales, en particulier par l'assurance-invalidité fédérale. Les activités ménagères sont également prises en compte dans le cadre des litiges en matière de responsabilité civile, lorsqu'il convient de déterminer l'existence d'un dommage ménager.

⁶ Avis de droit du Prof. BELLANGER, ch. 9.

36. La comparaison de ces différents types d'activités à domicile et la manière dont le droit suisse les appréhende, permettra de poser des repères objectifs qui guideront la fixation de la rémunération des AFJ.

B. CONTRAT DE TRAVAIL A DOMICILE AU SENS DES ARTICLES 351SS DU CODE DES OBLIGATIONS

37. Par le contrat de travail à domicile, le travailleur s'engage à exécuter, seul ou avec les membres de sa famille et contre salaire, du travail pour l'employeur dans son propre logement ou dans un autre local de son choix (art. 351 CO).
38. Contrairement au travailleur ordinaire, le travailleur à domicile accomplit son activité en dehors de l'entreprise. De plus, il décide de façon autonome quand et comment il exécute le travail confié. A priori, vu l'absence de subordination juridique et d'exécution du travail dans l'entreprise, il ne satisfait pas à la définition énoncée par l'article 319 al. 1 CO. Néanmoins, la dépendance économique du travailleur à domicile envers l'entreprise se révèle telle que le législateur l'a mis au bénéfice des dispositions relatives au contrat de travail. C'est une sorte de travailleur indépendant?
39. Les art. 351ss CO sont complétés par la loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD), qui ne s'applique qu'au travailleur à domicile occupé à des travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine. Cette loi ne régit donc pas le travail à domicile dans le domaine des services⁸.
40. La LTrD impose à l'employeur l'obligation de verser au travailleur un salaire égal à celui que recevrait le travailleur exerçant une activité équivalente dans l'entreprise.

A défaut d'un salaire comparable dans l'entreprise, s'applique le taux de salaire usuel pour des travaux analogues dans la branche économique et dans la région, compte tenu de la différence des conditions de travail dans l'entreprise ou au domicile du travailleur, ainsi que des frais supplémentaires ou des économies résultant du travail à domicile pour l'employeur et le travailleur (art. 4 al. 1 LTrD)⁹.

C. CONTRAT-TYPE DE TRAVAIL DE L'ECONOMIE DOMESTIQUE A GENEVE

41. Le contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom)¹⁰ est en vigueur à Genève depuis le 1^{er} janvier 2012. Il contient des salaires minimaux impératifs.
42. Selon l'article 1 du CTT-EDom, sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique, au sens du présent contrat-type, les travailleuses et travailleurs occupés dans un ménage privé, une pension ou autre institution

⁷ AUBERT Gabriel, Commentaire romand CO I (THEVENOZ/WERRO éds), 2^e éd., Bâle 2012, ad art. 351 n° 2.

⁸ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 351 n° 3.

⁹ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 351a n° 2.

¹⁰ J 1 50.03.

non soumise à la loi fédérale sur le travail et qui n'est pas régie par une convention collective de travail.

Le contrat-type s'applique au personnel affecté aux activités domestiques traditionnelles, notamment aux maîtres d'hôtel, gouvernantes, cuisiniers, cuisinières, valets de chambre, femmes de chambre, chauffeurs, jardiniers, jardinières, ainsi qu'aux autres employés de maison affectés notamment au nettoyage, à l'entretien du linge, aux commissions, à la prise en charge d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de malade, à l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées et aux malades dans la vie quotidienne.

Ce contrat ne s'applique pas aux personnes qui prennent en charge des enfants en dehors de la famille (mamans de jour, accueil à midi) (art. 1 al. 4 let. i CTT-EDom).

D. LES ACTIVITES MENAGERES DANS L'ASSURANCE-INVALIDITE

43. Selon l'article 28a al. 2 LAI, l'invalidité de l'assuré qui n'exerce pas d'activité lucrative et dont on ne peut raisonnablement exiger qu'il en entreprenne une est évaluée, en dérogation à l'article 16 LPGA, en fonction de son incapacité à accomplir ses travaux habituels.

L'alinéa 3 précise que lorsque l'assuré exerce une activité lucrative à temps partiel ou travaille sans être rémunéré dans l'entreprise de son conjoint, l'invalidité pour cette activité est évaluée selon l'article 16 LPGA. S'il accomplit ses travaux habituels, l'invalidité est fixée selon l'alinéa 2 pour cette activité-là. Dans ce cas, les parts respectives de l'activité lucrative ou du travail dans l'entreprise du conjoint et de l'accomplissement des travaux habituels sont déterminées ; le taux d'invalidité est calculé dans les deux domaines d'activité.

44. Pour les assurés qui n'exercent pas d'activité lucrative, la méthode d'évaluation de l'invalidité de l'article 28a al. 2 LAI est nommée « spécifique » car elle consiste à spécifier les différents éléments de l'activité qu'ils exerçaient avant la survenance de l'invalidité puis à les comparer à l'ensemble des tâches auxquelles on peut raisonnablement exiger qu'ils s'astreignent après l'exécution d'éventuelles mesures de réadaptation¹¹.

Seules peuvent être prises en compte les activités qui peuvent être qualifiées de travaux habituels au sens de l'article 27 RAI. Selon cette disposition, il faut entendre par travaux habituels notamment l'activité usuelle dans le ménage, l'éducation des enfants ainsi que toute activité artistique ou d'utilité publique.

45. Chez l'assuré qui s'occupe du ménage, le degré d'invalidité résulte de la comparaison des activités qu'il déployait avant d'être atteint dans sa santé

¹¹ VALTERIO Michel, Droit de l'assurance vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Genève, Zurich et Bâle 2011, n° 2151.

avec celle qu'il est encore capable d'exercer après les efforts qu'on peut raisonnablement exiger de lui¹².

46. La détermination du degré d'invalidité de l'assuré qui assume des tâches ménagères résulte d'une enquête menée sur place (art. 69 al. 2 RAI). Celle-ci repose dans une large mesure sur son comportement et ses déclarations qui sont contrôlées jusqu'à un certain point grâce à l'expérience de la personne chargée de l'enquête¹³.
47. Dans sa Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI), l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a déterminé les principes suivants¹⁴.

En règle générale, on admettra que les travaux d'une personne non-invalide qui s'occupe du ménage constituent les pourcentages suivants de son activité¹⁵ :

Activités	Minimum%	Maximum%
1. Tenue du ménage (planification, organisation, répartition du travail, contrôle)	2	5
2. Alimentation (préparation, cuisson, service du repas, nettoyage de la cuisine, provisions)	10	50
3. Entretien du logement (épousseter, passer l'aspirateur, entretenir les sols, nettoyer les vitres, faire les lits)	5	20
4. Achats et courses diverses (poste, assurances, services officiels)	5	10
5. Lessive, entretien des vêtements (laver, étendre et plier le linge, repasser, raccommoder, nettoyer les	5	20

¹² VALTERIO, *op. cit.*, n° 2153.

¹³ VALTERIO, *op. cit.*, n° 2159.

¹⁴ Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI), valable à partir du 1^{er} janvier 2015, disponible sur :

<http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3950/lang:fre/category:34/viewlang:fre>.

¹⁵ CIIAI, n° 3086.

chaussures)		
6. Soins aux enfants ou aux autres membres de la famille	0	30
7. Divers (p. ex. soins infirmiers, entretien des plantes et du jardin, garde des animaux domestiques, confection et transformation de vêtements; activité d'utilité publique, formation complémentaire, création artistique).	0	50

48. Le total des activités doit toujours se monter à 100 %¹⁶.
49. La présentation de la répartition des travaux donnée au n°3086 et leur appréciation individuelle sont applicables dans les cas normaux. La fixation d'un minimum et d'un maximum est destinée à garantir une égalité de traitement dans toute la Suisse. La marge existant entre ces deux extrêmes permet de mieux tenir compte de la réalité et des circonstances du cas particulier. Une pondération différente ne peut être faite qu'en cas de divergences importantes par rapport au schéma¹⁷.
50. La CIIAI fournit l'exemple suivant : en raison de l'atteinte à sa santé, une personne ayant une activité au foyer et deux enfants d'âge préscolaire ne peut plus s'occuper que partiellement du ménage. Elle ne peut assurer le poste alimentation qu'à 50 %, et ne peut que partiellement éduquer et prendre soin de ses enfants parce qu'elle ne peut plus les surveiller ni les accompagner en dehors de la maison. Elle n'est plus en mesure d'accomplir les autres travaux du ménage (sauf la conduite du ménage). Le taux d'invalidité est évalué comme suit :

Activités	Pondération en %	Limitation en %	Handicap en %*
1. Tenue du ménage	5	0	0
2. Alimentation	40	50	20
3. Entretien du logement	10	100	10
4. Achats	10	100	10

¹⁶ CIIAI, n° 3087.

¹⁷ CIIAI, n° 3088.

5. Lessive et entretien des vêtements	10	100	10
6. Soins	20	40	8
7. Divers	5	100	5
Total		100	63

* handicap dans l'activité particulière par rapport à l'ensemble des travaux

51. La personne assurée est invalide à 63 %. Par conséquent, elle a droit à trois quarts de rente¹⁸.

E. LE DOMMAGE MENAGER DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

52. En droit de la responsabilité civile, le dommage ménager, ou dommage domestique (en allemand : *Haushaltsschaden*), consiste dans la perte de la capacité, pour la victime, d'accomplir des activités non rémunérées, singulièrement la tenue du ménage, et les soins et l'assistance fournis aux enfants¹⁹.
53. Cette notion de dommage découle de l'article 46 du Code des obligations, selon lequel la partie qui est victime de lésions corporelles peut être atteinte non seulement dans sa capacité de gain, mais également dans sa capacité de travail, particulièrement celle se rapportant à des activités non rémunérées²⁰.
54. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce type de préjudice donne droit à des dommages et intérêts en application de l'article 46 al. 1 CO, peu importe qu'il ait été compensé par une aide extérieure, qu'il occasionne des dépenses accrues de la personne partiellement invalide, qu'il entraîne une mise à contribution supplémentaire des proches ou que l'on admette une perte de qualité des services prodigués jusque-là²¹.
55. Puisque le dommage ménager n'implique pas nécessairement de diminution du patrimoine, le Tribunal fédéral procédait, à l'origine, à un calcul abstrait du dommage²², du moins en relation avec l'évaluation du temps consacré au ménage ; ce calcul abstrait se fonde en principe sur des statistiques²³.
56. Ce calcul abstrait a par la suite été effectué de manière de plus en plus concrète ; il faut notamment que le lésé ait effectué, avant l'accident, des tâches ménagères ou qu'il démontre qu'il se serait effectivement livré à des

¹⁸ Exemple tiré de CIIAI n. 3089.

¹⁹ ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1.

²⁰ ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1.

²¹ ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1 et les références.

²² MULLER Christoph, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013, n° 86 et WERRO Franz, *Le dommage: l'état d'une notion plurielle*, in *Le dommage dans tous ses états* (WERRO/PICHONNAZ, eds.), Berne 2013, p. 10 (ci-après : WERRO, *Dommege*).

²³ WERRO, *Dommege*, p. 10.

travaux ménagers à l'avenir sans accident pour obtenir réparation²⁴. Ainsi, « dans toute la mesure où elle est possible, l'évaluation doit être, comme pour tout dommage, concrète et prendre en compte les particularités du cas d'espèce (âge de la victime, situation familiale, nombre d'enfants, lieu de domicile, etc.) »²⁵.

57. Ainsi, en droit de la responsabilité civile, le travail ménager a une valeur patrimoniale ; la perte ménagère présente donc un caractère économique²⁶, même s'il ne se traduit pas par des dépenses accrues²⁷.
58. Afin de calculer le dommage ménager, il faut d'abord évaluer le temps consacré par le lésé aux tâches ménagères ; le lésé peut choisir une évaluation concrète, qui prend en considération les tâches effectivement réalisées dans son ménage avant l'accident, ou abstraite, à savoir fondée sur des données statistiques²⁸. Le Tribunal fédéral considère que l'enquête suisse sur la population active (ESPA) offre une base adéquate pour déterminer le temps consacré par un individu aux activités ménagères²⁹.

Ces tables ESPA fournissent des données statistiques très détaillées concernant le nombre d'heures consacrées au travail domestique et familial en Suisse³⁰. Elles se déclinent en de nombreuses variantes : femmes ou hommes vivant seuls ; femmes ou hommes vivant en couple, selon le groupe d'âge et la situation professionnelle ; mères ou pères en couple élevant 1, 2, 3 enfants ou plus, selon la situation professionnelle et l'âge de l'enfant ; mères ou pères élevant seuls leurs enfants selon la situation professionnelle, l'âge du plus jeune des enfants et le nombre d'enfants. Les tableaux se divisent également par types de tâches ménagères effectuées.

²⁴ WERRO, *Dommage*, pp. 10-11 et les références à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

²⁵ WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011, n. 68 (ci-après : WERRO, *Responsabilité*).

²⁶ WERRO, *Dommage*, p. 11.

²⁷ WERRO, *Responsabilité*, n. 67.

²⁸ WERRO, *Responsabilité*, n. 1069.

²⁹ WERRO, *Responsabilité*, n. 1069 note 1337 et les références.

³⁰ Ces tables accessibles par le lien suivant : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/06/blank/data.html>.

59. Le tableau récapitulatif de ces données pour 2013 se présente comme suit :

Travail domestique et familial: Nombre d'heures par semaine en moyenne, en 2013 T 3.6.2.1
 Nombre d'heures par semaine en moyenne, en 2013 1)

	Femmes	Hommes
Total	27.5	17.3
Selon le groupe d'âges		
15-24 ans	15.4	11.2
25-39 ans	35.5	20.0
40-54 ans	32.3	19.4
55-63/64 ans	24.7	15.9
64/65-74 ans	24.8	17.1
75 ans et plus	19.9	14.5
Degré de formation		
Degré secondaire I	23.2	13.9
Degré secondaire II	28.3	17.1
Degré tertiaire	30.3	19.1
Selon l'activité principale		
Activité professionnelle	25.4	18.3
En formation	16.6	10.9
Travail domestique et familial	45.7	33.7
Retraités/retraitées (65 ans et plus)	22.4	16.0
Selon la situation familiale		
Personnes seules	19.2	15.5
Partenaires dans un ménage de deux personnes	22.6	15.4
Partenaires avec enfant(s) (le plus jeune: 0-14 ans)	51.3	27.6
Partenaires avec enfant(s) (le plus jeune: 0-6 ans)	55.5	30.5
Partenaires avec enfant(s) (le plus jeune: 7-14 ans)	44.6	23.7
Partenaires avec enfant(s) plus âgé(s) ou autres personnes	29.7	15.0
Personnes élevant seules un (des) enfant(s) (le plus jeune: 0-14 ans)	45.1	34.8
Personnes élevant seules un (des) enfant(s) (le plus jeune: 0-6 ans)	53.8	(33.8)
Personnes élevant seules un (des) enfant(s) (le plus jeune: 7-14 ans)	41.5	35.0
Fils/filles (15-24 ans) vivant chez leurs parents	13.9	10.5
Selon la tâche		
Tous les ménages		
Préparer les repas	6.8	3.4
Laver et ranger la vaisselle, mettre la table	2.5	1.7
Faire les achats	2.5	1.8
Nettoyer, ranger	4.4	1.8
Faire la lessive, repasser	2.3	0.6

Travaux manuels	0.8	1.7
Animaux, plantes, jardinage	2.2	1.8
Travaux administratifs	1.1	1.5
Nourrir les petits enfants, les laver	1.3	0.6
Jouer avec les enfants, faire les devoirs	3.2	2.3
Accompagner les enfants, les emmener quelque part	0.4	0.3
Soins et assistance aux adultes	0.2	0.1
Seulement les ménages avec des enfants ou avec des personnes nécessitant des soins		
Nourrir les petits enfants, les laver	9.5	4.6
Jouer avec les enfants, faire les devoirs	10.7	7.2
Accompagner les enfants, les emmener quelque part	1.3	1.0
Soins et assistance aux adultes	11.4	4.5

60. Quant au tableau relatif aux mères élevant seules leurs enfants selon la situation professionnelle, l'âge du plus jeune des enfants et le nombre d'enfants en 2013, il se lit comme suit :

Travail domestique et familial: mères élevant seules leurs enfants selon la situation professionnelle, l'âge du plus jeune des enfants et le nombre d'enfants en 2013 T 3.6.2.13
Nombre d'heures par semaine (moyenne arithmétique)

	Total	Situation professionnelle			
		0%	1-49%	50-89%	90-100%
Mères élevant seules leurs enfants (total)	37.4	55.1	44.0	33.7	31.8
Préparer les repas	7.5	10.0	8.4	6.7	6.9
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	2.8	3.9	2.9	2.7	2.4
Faire les achats	3.6	4.4	3.8	3.2	3.5
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	6.0	8.9	5.9	5.8	5.0
Faire la lessive, repasser	3.3	3.7	3.6	3.0	3.4
Réparer, rénover, coudre, tricoter	0.7	1.5	1.3	0.4	0.5
Animaux, plantes, jardinage	2.5	2.5	2.1	3.2	1.7
Travaux administratifs	2.4	3.9	3.1	1.9	2.2
Nourrir les enfants, les laver, les coucher 1)	6.8	(8.0)	(7.8)	(5.3)	(7.0)
Jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux 1)	10.4	15.1	14.6	7.9	9.1
Accompagner les enfants, les amener quelque part 1)	1.5	1.4	0.7	1.4	1.9
Enfant le plus jeune: 0-6 ans	53.8	(68.9)	(58.9)	(43.1)	(49.0)
Préparer les repas	7.9	(9.0)	(7.5)	(7.2)	(7.7)
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	3.2	(4.1)	(3.0)	(3.3)	(2.3)
Faire les achats	4.0	(4.7)	(3.9)	(3.2)	(4.1)
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	7.5	(9.1)	(7.0)	(6.8)	(6.9)
Faire la lessive, repasser	3.1	(4.0)	(3.4)	(2.4)	(2.8)
Réparer, rénover, coudre, tricoter	1.7	(3.1)	(0.6)	(1.2)	(1.5)
Animaux, plantes, jardinage	2.2	(3.4)	(1.2)	(1.2)	(2.7)
Travaux administratifs	1.7	(1.3)	(3.1)	(1.6)	(1.5)
Nourrir les enfants, les laver, les coucher 1)	7.0	(8.2)	(7.8)	(5.5)	(7.1)
Jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux 1)	15.4	(22.9)	(20.2)	(10.4)	(11.0)
Accompagner les enfants, les amener quelque part 1)	2.1	(2.1)	(1.3)	(2.3)	(2.4)

Enfant le plus jeune: 7-14 ans	41.6	(58.6)	(45.8)	37.2	37.5
Préparer les repas	8.5	(11.7)	(8.0)	7.4	8.5
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	3.0	(3.6)	(2.9)	2.7	3.1
Faire les achats	3.4	(4.9)	(2.9)	3.1	3.4
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	6.5	(9.7)	(7.5)	6.2	4.9
Faire la lessive, repasser	2.8	(3.0)	(2.8)	2.4	3.1
Réparer, rénover, coudre, tricoter	0.4	(0.9)	(0.6)	0.1	0.2
Animaux, plantes, jardinage	2.8	(3.1)	(2.7)	3.5	1.7
Travaux administratifs	2.4	(3.9)	(3.4)	1.8	2.0
Jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux 1)	11.0	(14.7)	(13.7)	9.0	10.7
Accompagner les enfants, les amener quelque part 1)	1.6	(1.5)	(0.7)	1.6	2.1
Enfant le plus jeune: 15-24 ans	28.1	(38.1)	(34.6)	27.6	24.5
Préparer les repas	6.4	(8.7)	(9.3)	5.8	5.7
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	2.5	(4.1)	(2.9)	2.6	2.0
Faire les achats	3.5	(3.3)	(4.7)	3.3	3.5
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	5.1	(7.8)	(3.7)	5.1	4.6
Faire la lessive, repasser	3.8	(4.3)	(4.6)	3.6	3.7
Réparer, rénover, coudre, tricoter	0.6	(0.8)	(2.3)	0.3	0.4
Animaux, plantes, jardinage	2.3	(0.8)	(1.9)	3.6	1.5
Travaux administratifs	2.8	(6.6)	(2.7)	2.0	2.5
1 enfant	35.8	50.8	(42.1)	31.7	32.8
Préparer les repas	7.0	8.6	(7.1)	6.4	6.9
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	2.7	3.9	(2.4)	2.8	2.4
Faire les achats	3.6	4.1	(4.1)	2.8	4.0
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	5.5	6.8	(5.1)	5.7	5.0
Faire la lessive, repasser	3.3	3.4	(4.7)	2.4	3.7
Réparer, rénover, coudre, tricoter	1.0	2.5	(1.6)	0.6	0.6
Animaux, plantes, jardinage	2.4	1.7	(2.5)	3.3	1.9
Travaux administratifs	2.7	5.6	(2.6)	1.9	2.4
Nourrir les enfants, les laver, les coucher 1)	8.3	(10.5)	(10.6)	(6.9)	(7.8)
Jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux 1)	11.7	(17.7)	(19.3)	8.3	10.3
Accompagner les enfants, les amener quelque part 1)	1.5	(1.3)	(0.8)	1.3	2.1
2 enfants ou plus	39.3	59.0	(46.1)	35.6	30.1
Préparer les repas	8.0	11.3	(9.8)	7.0	7.0
Laver la vaisselle, la ranger, mettre la table	2.9	3.9	(3.5)	2.7	2.3
Faire les achats	3.5	4.6	(3.4)	3.6	2.6
Nettoyer, ranger, faire les lits, etc.	6.6	10.9	(6.9)	5.9	4.9
Faire la lessive, repasser	3.3	4.0	(2.5)	3.5	2.9
Réparer, rénover, coudre, tricoter	0.3	0.6	(0.9)	0.2	0.2
Animaux, plantes, jardinage	2.5	3.2	(1.7)	3.1	1.4
Travaux administratifs	2.2	2.5	(3.5)	1.9	1.9
Nourrir les enfants, les laver, les coucher 1)	5.4	(6.8)	(6.4)	(3.7)	(4.9)
Jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux 1)	9.3	(13.3)	(11.7)	7.6	(7.5)
Accompagner les enfants, les amener quelque part 1)	1.4	1.5	(0.7)	1.5	(1.6)

1) Nourrir etc. des petits ne concerne que les cas où le plus jeune enfant a moins de 7 ans; jouer, accompagner etc. des enfants concerne tous les enfants de moins de 15 ans.

(chiffre) : extrapolation basée sur moins de 50 observations. Les résultats sont à interpréter avec beaucoup de précaution.

61. A la lecture de ces tableaux, il apparaît que le travail ménager peut être quantifié de manière très précise. Il est toutefois rappelé que les tableaux ESPA reposent sur des échantillons statistiques et qu'ils doivent toujours être interprétés avec recul.
62. Le temps consacré globalement aux travaux ménagers varie selon que l'on est un homme ou une femme, célibataire ou en couple et suivant le nombre d'enfants et leur âge. Le temps varie également en fonction de la situation professionnelle, de l'âge de la personne concernée et de celui des enfants à garder.
63. De plus, les statistiques détaillent précisément le temps consacré à chaque tâche ménagère, en fonction également du nombre d'enfants et de leur âge.

VI. LA NOTION DE SALAIRE EN DROIT SUISSE

A. EN GENERAL

64. Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) (art. 319 al. 1 CO).
65. D'après cette définition légale du contrat de travail, le salaire est l'un des quatre éléments caractéristiques de ce contrat. Le salaire est calculé d'après le temps (à l'heure, à la journée, à la semaine, au mois, à l'année, etc.) ou selon le résultat (salaire aux pièces, à la tâche, à la commission, etc.). Le salaire au temps paraît le plus courant. Il illustre le fait que la rémunération est versée en contrepartie du temps mis par le travailleur à la disposition de l'employeur³¹. Le contrat de travail ne porte pas sur le simple accomplissement d'une activité. Son objet se révèle plus large, en ce sens qu'il consiste dans le fait que le travailleur met son temps à la disposition de l'employeur, en vue de l'accomplissement de l'activité prévue³².
66. Selon l'article 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. En l'absence de salaire fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective, c'est le salaire convenu entre les parties au contrat de travail que l'employeur doit payer en vertu de l'article 322 al. 1 CO. Ce n'est qu'en l'absence de salaire convenu, de salaire fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective que le salaire est déterminé par l'usage. Dans ce cas, la convention collective de la branche est considérée comme reflétant l'usage³³.

³¹ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 319 n° 15.

³² AUBERT, *op. cit.*, ad art. 319 n° 3.

³³ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 322 n° 3.

67. En l'absence d'usage, le juge fixe le salaire d'après les règles de l'équité³⁴.

B. LA NOTION DE « SALAIRE CONVENABLE »

68. Les dispositions sur le contrat de voyageur de commerce contiennent l'article 349a al. 2 CO, qui se lit comme suit : « *Un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce* ». Par le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, le voyageur de commerce s'oblige, contre paiement d'un salaire, à négocier ou à conclure, pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale, des affaires de n'importe quelle nature hors de l'établissement (art. 347 al. 1 CO).

69. L'article 349a al. 2 CO garantit un salaire minimum aux voyageurs de commerce rémunérés exclusivement ou principalement à la commission. C'est au juge qu'il appartient de déterminer, en équité, le montant minimum convenable. Il s'agit d'éviter que l'employeur n'exploite le voyageur en lui promettant principalement ou uniquement des commissions insuffisantes.

La provision doit donc permettre au voyageur de commerce de vivre décemment, compte tenu de sa formation, de son engagement au travail, de ses années de service, de son âge, de ses obligations sociales, de ses résultats, des conditions d'exercice de son activité et des usages de la branche. Si le bas niveau de la rémunération résulte non pas de la fixation d'un taux trop bas, mais d'une activité fautivement insuffisante, le juge ne peut pas ordonner une augmentation³⁵.

70. L'article 349a al. 2 CO est une disposition unique en droit suisse du travail. En effet, le droit suisse ne connaît pas de salaire minimum. En dehors des salaires minimaux fixés par les conventions collectives de travail de certaines branches, le droit suisse reconnaît donc le principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) en matière de salaire. Ce principe connaît plusieurs limites. Pour la Ville de Genève, l'une de ces limites est posée par l'obligation de promouvoir une politique d'égalité de traitement entre les diverses catégories de personnel employé dans les institutions qu'elle subventionne fortement et contrôle.

71. La question de savoir si l'article 349 al. 2 CO peut – ou devrait – être appliqué à tous les travailleurs – et non seulement aux voyageurs de commerce – est discutée en doctrine.

72. Il convient de préciser d'emblée que l'art. 349 al. 2 CO ne s'applique qu'aux voyageurs de commerce rémunérés exclusivement ou principalement à la provision.

³⁴ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 322 n° 4.

³⁵ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 349b n° 2. Voir aussi ATF 129 III 664.

La provision est ici synonyme de « commission »³⁶. Selon l'art. 349b al. 1 CO, lorsqu'un rayon ou un cercle de clients déterminé est attribué exclusivement à un voyageur de commerce, celui-ci a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires conclues par lui ou son employeur dans son rayon ou avec sa clientèle.

Ainsi, l'art. 349a al. 2 CO ne s'applique pas lorsque le voyageur de commerce est rémunéré au moyen d'un « traitement fixe, avec ou sans provision », au sens de l'art. 349a al. 1 CO. La loi ne prévoit pas la quotité de la part fixe du salaire³⁷. Ce n'est qu'exceptionnellement et moyennant un accord écrit, que le voyageur de commerce peut être rémunéré « exclusivement ou principalement » à la provision³⁸.

73. David AUBERT rapporte plusieurs décisions d'autorités judiciaires cantonales ayant admis que les principes posés par l'art. 349 al. 2 CO « doivent être applicables par analogie aux travailleurs ordinaires dont la rémunération est constituée principalement ou exclusivement de commissions ». Cet auteur indique partager cette opinion, « qui a pour effet de protéger effectivement les travailleurs et d'équilibrer la prestation de l'employé et la contreprestation de l'employeur »³⁹. La doctrine contemporaine, majoritaire, partage cette opinion⁴⁰.
74. Dans son commentaire de l'art. 349a CO, David AUBERT écrit qu'il n'est, selon lui, « guère imaginable que, en 2012, une rémunération, pour un travail à plein temps, soit inférieure à 6'000 fr. bruts, du moins lorsque le voyageur de commerce est compétent et qu'il dispose d'une certaine expérience ».

L'auteur, qui indique se baser sur la jurisprudence, n'offre cependant aucun élément juridiquement pertinent pour étayer cette opinion, qui ne nous paraît pas devoir être suivie au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Certes, dans l'arrêt TF, 4A_197/2007 du 31 août 2007, le Tribunal fédéral a confirmé la décision du Tribunal cantonal selon laquelle une rémunération mensuelle brute de 6'000 fr. pour une collaboratrice dans le domaine des assurances était convenable. D'autres cas sont cependant cités par la doctrine : 4'000 fr. net par mois (y compris l'indemnité vacances, le 13^e salaire, les allocations familiales et les frais) a été considéré comme convenable par un tribunal zurichois. Le même tribunal a fixé en 2008 à 2'500 fr. la rémunération convenable d'une téléphoniste dans un call-center.

³⁶ Voir AUBERT David, in Commentaire du contrat de travail (DUNAND/MAHON éd.), Berne 2013, ad art. 349a n. 13 ss.

³⁷ AUBERT D., op. cit., ad art. 349a n. 10. Cet auteur estime que le terme « principalement » de l'art. 349a al. 2 CO comprend toute part du salaire variable supérieur à 20% de la globalité de la rémunération (cf. ad art. 349a n. 22). DUC/SUBILIA partagent cette opinion (cf. ad art. 349a n. 4). STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian estiment en revanche que c'est à partir de 50% de la rémunération globale que l'on peut considérer que le voyageur est rémunéré « principalement » à la commission (Arbeitsvertrag, 7^e éd., Zurich 2012, ad art. 349a n. 3).

³⁸ Cf. AUBERT D., op. cit., ad art. 349a n. 6.

³⁹ AUBERT D., op. cit., ad art. 349a n. 28.

⁴⁰ Cf. WYLER Rémy/HEINZER Boris, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, pp. 152 s. et les références en note 632.

pendant son temps d'essai. La Chambre d'appel des prud'hommes à Genève a fixé à 5'500 fr. le salaire convenable d'une responsable d'un centre de formation informatique, en 2006⁴¹.

75. Il convient de rappeler que l'art. 349 al. 2 CO a pour but de prévenir l'exploitation du voyageur de commerce, mais non de lui garantir un salaire minimum indépendamment de ses prestations⁴².
76. Par ailleurs, l'application de la notion de salaire convenable ne saurait concerner que les travailleurs ordinaires dont la rémunération est constituée principalement ou exclusivement de commissions ou une participation aux résultats de l'entreprise au sens de l'art. 322a CO.
77. Pour les AFJ, une analogie avec la rémunération à la provision du voyageur de commerce n'est pas possible et il ne se justifierait en aucun cas d'appliquer en l'espèce l'art. 349a al. 2 CO.

En effet, la *ratio legis* de l'art. 349a al. 2 CO est la suivante : « Contrairement au salaire fixe dont le montant est clairement déterminé pour le travailleur, la rémunération variable obéit à de multiples facteurs dont le voyageur n'a pas forcément la maîtrise ou la perception au moment de la signature du contrat. Il s'agit ainsi d'éviter que l'employeur n'exploite le voyageur en lui promettant exclusivement ou principalement des commissions qui se révèlent par la suite insuffisantes »⁴³.

Ainsi, le but de l'art. 349a al. 2 CO est d'éviter que le risque de l'entreprise ne soit entièrement (ou de manière disproportionnée) transféré sur l'employé. En effet, en droit du travail, les risques de l'entreprise sont à la charge de l'entreprise⁴⁴ : « Comme les risques de l'entreprise incombent à cette dernière, les parties ne peuvent pas prévoir qu'en cas de manque de travail le salarié renonce à sa rémunération »⁴⁵. En n'autorisant la rémunération du voyageur de commerce exclusivement ou principalement à la commission qu'à la condition que la rémunération soit équitable, le législateur a donc tenu compte du fait que de nombreux éléments échappant à sa maîtrise ne viennent réduire sa rémunération de manière trop importante.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL, *op. cit.*, ad art. 349a n. 4, p. 1378. A noter que dans ce dernier arrêt, la rémunération consistait en une participation au résultat de l'exploitation. La Chambre s'est toutefois demandé si le mode de rémunération adopté initialement par les parties, à savoir le paiement d'un salaire uniquement à la commission, n'avait pas été modifié tacitement au fil du temps en un salaire fixe puisque l'employeur remettait, à la fin de chaque mois, un bulletin de paie indiquant expressément le versement d'un salaire fixe de CHF 5'500.- et non pas d'une avance sur commission de ce montant. La Chambre a toutefois laissé la question ouverte, car, en application de l'art. 349 al. 2 CO, elle a décidé que la rémunération convenable de la travailleuse pouvait être fixée à CHF 5'500.-.

⁴² STREIFF/VON KAENEL, *op. cit.*, ad art. 349a n. 4 (p. 1378).

⁴³ SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Lausanne 2010, ad art. 349a n. 3.

⁴⁴ Cf. art. 324 al. 1 CO : si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou de trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Voir à ce propos AUBERT, *op. cit.*, ad art. 324 n. 1.

⁴⁵ AUBERT, *op. cit.*, ad art. 324 n. 4.

78. Il est clair que la rémunération des AFJ, actuellement proportionnelle au nombre d'enfants gardés ne dépend pas d'éléments qui échappent à l'AFJ : cette dernière peut choisir le nombre d'enfants gardés et définit elle-même sa disponibilité horaire. Lorsque l'enfant à garder est malade, elle continue à recevoir le salaire horaire brut et l'allocation forfaitaire pendant 30 jours. Ces éléments montrent que le risque de l'entreprise n'est pas transféré aux AFJ, auxquelles on ne saurait donc appliquer par analogie l'art. 349a al. 2 CO.

VII. LES CRITERES JURIDIQUES DE FIXATION DU SALAIRE DES ACCUEILLANTES FAMILIALES DE JOUR DE LA VILLE DE GENEVE

A. LE LIEN DE SUBORDINATION

79. Le critère essentiel qui permet de qualifier le contrat de travail est l'existence d'un rapport de subordination. Dans la doctrine classique, le lien de subordination signifie que le travailleur se met au service de l'employeur. La subordination du travailleur se manifeste sous ces trois aspects :
- D'un point de vue temporel, le travailleur doit en principe respecter l'horaire de travail fixé par l'employeur. C'est en effet ce dernier qui organise le temps mis à disposition dans le cadre du contrat.
 - Du point de vue spatial, le travailleur doit en principe exercer son activité dans les locaux de l'employeur ou désignés par celui-ci. C'est en effet l'employeur qui décide où la prestation du travailleur doit s'accomplir.
 - Du point de vue hiérarchique, le travailleur doit obéir aux instructions données par l'employeur. C'est en effet ce dernier qui décide comment sera utilisé le temps mis à disposition par le travailleur⁴⁶.
80. Dans le cas du travail de l'AFJ, plusieurs éléments apparaissent qui pourraient plaider pour l'absence d'un lien de subordination : seule une supervision occasionnelle du travail par l'employeur est possible ; l'AFJ décide elle-même du nombre d'enfants qu'elle accueille dans le cadre de son autorisation ; elle définit également elle-même sa disponibilité horaire quotidienne ou hebdomadaire ; enfin, l'AFJ, contrairement à l'assistante de crèche familiale, n'exerce pas son activité dans le cadre d'une crèche.
81. Or, contrairement au travailleur à domicile au sens des articles 351 ss CO, l'AFJ n'est pas entièrement libre d'organiser son temps de travail : une fois qu'elle accepte de garder des enfants, elle doit respecter les horaires convenus et se montrer ponctuelle. Contrairement aussi aux travailleurs à domicile, elle n'est pas tenue à une obligation de résultat, mais à une obligation de diligence comme celle du travailleur, lequel doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO). L'AFJ, enfin, est intégrée dans

⁴⁶ Cité de AUBERT, *op. cit.*, ad art. 319 n. 6 ss.

l'organisation de son employeur, même si elle exerce son activité à son domicile : son activité se déploie dans le cadre fixé par la structure de coordination, activité encadrée par des règles cantonales et communales.

82. L'existence d'un lien de subordination est donc établie, même si ce lien est plus lâche que pour un travailleur qui exerce son activité dans l'entreprise de l'employeur.
83. On verra toutefois, ci-dessous, que l'activité même de l'AFJ présente des caractéristiques qui peuvent aider à fixer sa rémunération. En particulier, la nature même de l'activité de l'AFJ lui permet de consacrer une partie de son temps rémunéré à des tâches personnelles.

B. LE TEMPS CONSACRE A DES ACTIVITES PERSONNELLES PENDANT LE TEMPS DE GARDE DES ENFANTS

1. Les éléments statistiques

84. La nature même de l'activité de l'AFJ résulte en la possibilité pour l'AFJ d'effectuer, pendant ses heures de travail, des tâches personnelles. Il arrive fréquemment que l'AFJ garde, en plus des enfants dont elle a la charge, les siens propres. Il lui est également loisible d'effectuer plusieurs tâches ménagères tout en effectuant avec diligence son travail d'accueil d'enfants : repassage, préparation des repas, lessives, courses, etc.
85. En se basant sur les tableaux ESPA présentés ci-dessus, il est possible de procéder à une première estimation du temps passé, en moyenne, par une AFJ, aux tâches liées directement à la garde des enfants pour laquelle elle est rémunérée. Les éléments qui suivent relèvent d'estimations qui ne sont pas le fruit d'une analyse fouillée effectuée par un statisticien sur la base d'une étude de terrain de l'activité des AJF. Ces estimations sont néanmoins pertinentes pour appréhender l'activité des AJF par analogie avec les appréciations statistiques et juridiques existantes du travail ménager.
86. Il est ainsi possible de fournir une première estimation, sur une base de 50 heures hebdomadaires (pour un plein temps) pendant lesquelles les enfants lui sont confiés, du temps dont peut disposer une AFJ pour s'occuper de ses propres travaux ménagers. Or, pendant la durée du travail, les salariés doivent en principe mettre tout leur temps à la disposition de l'employeur. Le travail étant en général effectué dans l'entreprise, il n'est pas loisible au travailleur d'effectuer d'autres tâches pendant ses heures de travail.
87. Le fait que l'AFJ dispose de temps pour effectuer une partie de ses propres tâches domestiques pendant son temps de travail rémunéré est important ; il fait partie intégrante de la fonction d'AFJ. Il est dès lors nécessaire de le prendre en compte lors de la fixation d'une rémunération pour cette fonction.

88. Les statistiques révèlent que, comme c'est le cas pour les mères vivant en couple, l'âge de l'enfant le plus jeune est déterminant. Le nombre d'enfants, en revanche, exerce une influence moindre sur l'investissement en temps⁴⁷.
89. Il ressort de la table 3.6.2.13 (reproduite ci-dessus) qu'une mère élevant seule ses enfants, sans activité professionnelle consacre au total en moyenne statistique 55,1 heures au travail ménager par semaine de sept jours.

Lorsque l'enfant le plus jeune est âgé entre 0 et 6 ans, ce sont 68,9 heures hebdomadaires qui sont consacrées au travail ménager, soit en moyenne 9,85 heures par jour sur sept jours.

Les statistiques ESPA sont établies sur une base hebdomadaire (sept jours). On peut facilement calculer, sur cette base, le nombre d'heures de travail effectuées quotidiennement. Les AFJ étant rémunérées sur la base d'un tarif horaire, c'est bien le nombre d'heures par jour consacrées au travail ménager qui doit être déterminé, quel que soit le nombre de jours travaillés dans la semaine.

Il faut toutefois tenir compte d'un nécessaire abattement statistique par rapport aux données découlant des tables ESPA. En effet, ces tables sont établies sur la base d'une présence permanente de l'enfant au domicile. Si l'on estime le temps de sommeil à 8 heures par jour, on peut considérer que le travail domestique est effectué sur une période de 16 heures.

La journée de travail de l'AFJ, par contraste, s'étend au maximum entre 7h et 19h et ne peut dépasser dix heures.

Il convient donc de tenir compte du fait que la journée d'une AFJ se déroule sur environ 37,5% de temps en moins que celle d'une mère à la maison sans activité professionnelle.

90. Parmi les tâches ménagères recensées, on compte, sur le total de 55,1 heures, 24,5 heures consacrées exclusivement aux enfants, à savoir nourrir les enfants, les laver, les coucher (8,2 heures) ; jouer avec les enfants, faire les devoirs avec eux (22,9 heures) ; accompagner les enfants, les amener quelque part (2,1 heures). Proportionnellement au temps total consacré aux travaux ménagers, le temps consacré exclusivement aux enfants accueillis en permanence représente 35,55%, pour une moyenne de 3,5 heures par jour.
91. Lorsqu'elle s'occupe d'un enfant, la mère seule sans activité professionnelle consacre 50,8 heures par semaine au travail ménager, dont 29,5 heures sont consacrées aux activités concernant exclusivement l'enfant présent en permanence. Ce travail représente 58,07% du temps consacré aux travaux ménagers.

⁴⁷ Cité de la publication de l'Office fédéral de la statistique « *Le ménage pour lieu de travail: le temps consacré au travail domestique et familial et son estimation monétaire* », Neuchâtel 2006, disponible sur <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=2257>, p. 36.

92. Lorsqu'elle s'occupe de *deux enfants ou plus*, la mère seule sans activité professionnelle consacre 59 heures par semaine au travail ménager, dont 21,6 heures sont consacrées aux activités concernant exclusivement l'enfant présent en permanence. Ce travail représente 36,61% du temps consacré aux travaux ménagers.
93. Les statistiques pour *trois enfants ou plus* ne sont pas disponibles.
94. Les mères élevant seules leurs enfants constituent un groupe de population relativement restreint ; l'échantillon de l'ESPA présente donc peu de caractéristiques à leur sujet. Il n'est de ce fait pas possible de les différencier à la fois en fonction de l'âge de l'enfant le plus jeune et du nombre d'enfants, comme c'est le cas pour les mères vivant en couple⁴⁸.
95. A titre de comparaison, les mères en couple, sans activité professionnelle, élevant *un enfant* âgé entre 3 et 6 ans consacraient en 2013 69,9 heures sur sept jours au travail ménager, dont 30,3 heures exclusivement aux tâches liées à l'enfant⁴⁹. Ce travail représente 43,34% du temps consacré aux travaux ménagers avec la présence permanente des enfants.

Les mères en couple, sans activité professionnelle, élevant *deux enfants* dont le plus jeune est âgé entre 3 et 6 ans consacraient en 2013 68 heures au travail ménager, dont 22,7 heures exclusivement aux tâches liées aux enfants présents en permanence⁵⁰. Ce travail représente 33,38% du temps consacré aux travaux ménagers avec la présence permanente des enfants.

Les mères en couple, sans activité professionnelle, élevant *trois enfants ou plus* dont le plus jeune est âgé entre 3 et 6 ans consacraient en 2013 62,4 heures au travail ménager, dont 25,5 heures exclusivement aux tâches liées aux enfants⁵¹. Ce travail représente 40,86% du temps consacré aux travaux ménagers avec la présence permanente des enfants.

96. Le travail de l'AFJ s'apparente ainsi à du travail à temps partiel au sens de l'art. 319 al. 2 CO⁵².

Il est nécessaire, dans ce contexte, d'adapter la rémunération au temps effectivement consacré au travail rémunéré.

⁴⁸ *Ibid.*, note de bas de page 22.

⁴⁹ Tableau ESPA T.3.6.2.7.

⁵⁰ Tableau ESPA T 3.6.2.8.

⁵¹ Tableau ESPA T 3.6.2.9.

⁵² « Est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel). »

2. Extrapolations statistiques adaptées à l'activité de l'AFJ

97. Les calculs effectués ci-après ne sont que des premières estimations du temps qu'une AFJ consacre effectivement au travail de garde des enfants. Le point de comparaison est fourni par les statistiques ESPA pour les mères élevant seules leurs enfants, élaborées sur la base d'un échantillonnage et non d'une étude à très large échelle

En particulier, les statistiques sur le temps consacré au travail domestique – dont celui consacré exclusivement aux enfants – ne tiennent pas compte du fait que l'activité ménagère est nécessairement multi-tâches. Les statistiques peuvent donner l'impression que les tâches sont réparties en blocs (nourrir les enfants ; les laver ; etc.), alors que la réalité du travail ménager et du soin des enfants se présente de manière éclatée et variée, les tâches pouvant être fortement imbriquées les unes dans les autres.

98. A titre indicatif, on peut ainsi procéder aux estimations suivantes :

- Mère élevant seule ses enfants, sans activité professionnelle, dont l'enfant le plus jeune est âgé entre 0 et 6 ans : 68,9 heures de travail ménager hebdomadaire ; travail consacré exclusivement aux enfants : 24,5 heures, soit 3,5 heures par jour ; rapport sur 10 heures de travail par jour (abattement statistique) : 2,19 heures de travail quotidien consacré exclusivement aux enfants.
- Mère d'un enfant, sans activité professionnelle : 50,8 heures par semaine au travail ménager ; travail consacré exclusivement à l'enfant : 29,5 heures, soit 4.21 heures par jour ; rapport sur 10 heures de travail par jour (abattement statistique) : 2.63 heures de travail quotidien consacré exclusivement à l'enfant.
- et ainsi de suite⁵³.

99. À ces heures s'ajoutent d'une part une fraction des autres tâches ménagères qui concernent aussi les enfants gardés (préparer les repas ; laver et ranger la vaisselle, mettre la table ; faire les achats ; nettoyer, ranger) ; d'autre part une fraction de temps consacrée à l'interaction avec les parents du ou des enfants gardés.

100. On peut déduire des estimations statistiques effectuées ci-dessus que, sur une journée de travail de dix heures, le temps consacré exclusivement aux enfants qui lui sont confiés s'élève entre 30% et 40% du temps pendant lequel l'AFJ exerce son activité professionnelle. Pendant le reste du temps, l'AFJ doit certes surveiller ces enfants, mais elle est également libre d'effectuer d'autres tâches relevant de son propre ménage, ou de garder ses propres enfants.

⁵³ Cf. ch. 84 ss ci-dessus.

101. On est donc en présence d'une activité qui s'apparente à du travail à temps partiel, même si l'activité de l'AFJ est par essence multi-tâches. Mais il est tout aussi vrai qu'une pure quantification du temps ne reflète pas totalement l'aspect qualitatif du travail effectué, ni la responsabilité engagée par une personne qui garde les enfants de tiers.

C. LA REMUNERATION LINEAIRE EN FONCTION DU NOMBRE D'ENFANTS GARDES

1. Les éléments statistiques

102. Le système actuel de rémunération des AFJ lie de manière directement proportionnelle le salaire au nombre d'enfants gardés. Outre le fait que cette rémunération échelonnée est basée sur la participation payée par les parents de chaque enfant, ce système part du principe que plus l'AFJ accueille d'enfants, moins elle dispose de la liberté de vaquer à ses propres tâches domestiques.
103. Le salaire brut de l'AFJ est déterminé de façon linéaire en fonction du nombre d'enfants et du nombre d'heures d'accueil (art. 16 al. 1 du contrat modèle). Ce salaire est complété par l'allocation forfaitaire destinée à rembourser les frais de l'AFJ et par une prime annuelle. Les indemnités de repas sont également proportionnelles au nombre d'enfants gardés.
104. L'AFJ décide elle-même du nombre d'enfants qu'elle accueille dans le cadre de son autorisation.
105. En règle générale, les AFJ s'occupent également de leurs propres enfants. Le fait que l'activité d'AFJ s'exerce à leur propre domicile leur permet ainsi de garder en même temps les enfants accueillis.
106. Il ressort des statistiques étudiées ci-dessus que le temps consacré aux enfants n'augmente pas de manière proportionnelle en fonction du nombre d'enfants présents dans le ménage.

En effet, selon les tables ESPA, les mères seules consacrent en général 35,5% de leur temps aux enfants, soit 24,5 heures par semaine. Lorsqu'elles ont un enfant, c'est 58,07% de leur temps qui est consacré exclusivement à l'enfant, soit 29,5 heures par semaine. Lorsqu'elles ont deux enfants, c'est 36,61% de leur temps qui est consacré exclusivement aux enfants, soit 21,6 heures par semaine.

Les mères en couple, quant à elles, consacrent 43,34% de leur temps exclusivement à l'enfant unique, soit 30,3 heures par semaine. Lorsqu'elles ont deux enfants, c'est 33,38% de leur temps qui est consacré exclusivement aux enfants, soit 22,7 heures par semaine. Enfin, quand elles ont 3 enfants ou plus, elles consacrent 40,86% de leur temps exclusivement aux enfants, soit 25,5 heures par semaine.

107. Lorsque, par hypothèse, l'AFJ a un enfant à elle, elle lui consacre en exclusivité, en moyenne statistique et suivant sa situation familiale, entre 35,5 et 43,3% de son temps.

Lorsque l'AFJ accueille en plus un enfant de tiers, c'est entre 33,38% et 36,63% de son temps qui est consacré exclusivement aux enfants. Statistiquement, il n'y a donc pas d'augmentation du temps consacré aux enfants suivant qu'il y a un ou deux enfants dans le foyer.

Lorsque l'AFJ accueille deux enfants en plus du sien, c'est 40,86% du temps qui est consacré exclusivement aux enfants. On enregistre donc une légère augmentation du temps consacré exclusivement aux enfants lorsque l'AFJ accueille, en plus de son propre enfant, deux autres enfants.

2. La pertinence de la rémunération en fonction du nombre d'enfants gardés

108. L'augmentation non linéaire du temps consacré aux enfants ne doit, à notre sens, pas nécessairement représenter un obstacle à la rémunération des AFJ en fonction du nombre d'enfants gardés, même si cette augmentation n'est pas nécessairement linéaire.
109. En effet, chaque enfant gardé représente une responsabilité supplémentaire de l'AFJ. Qui plus est, les parents de chaque enfant gardé contribuent financièrement à la charge de garde, ce qui a nécessairement une influence sur la rémunération de l'AFJ.
110. Par ailleurs, il faut rappeler que l'AFJ peut choisir le nombre d'enfants qu'elle garde. Il est logique qu'elle ne choisisse d'accueillir, par exemple, qu'un seul enfant si elle a déjà ses deux propres enfants à garder.

Selon les statistiques et les éléments de comparaison avec d'autres activités de travail domestique, il est logique également que, dans ce cas, sa rémunération pour cette activité à temps très partiel soit fixée en conséquence : la garde d'un enfant supplémentaire n'augmente pas, statistiquement, la charge de travail de manière significative.

Lorsqu'en revanche l'AFJ ne garde qu'un seul de ses propres enfants, elle peut accueillir plus d'enfants de tiers, deux ou trois par exemple. La part du travail effectué pour des tiers, dans ce cas, augmente. Il est donc logique que la rémunération augmente également.

D. LES QUALIFICATIONS REQUISES

111. Les qualifications requises pour exercer la fonction d'AFJ se limitent à une aisance au niveau de la communication orale en français et au fait d'être au bénéfice d'une autorisation de l'autorité de surveillance cantonale.
112. Il ressort de l'avis de droit du Prof. BELLANGER que les différences de cahier des charges entre la fonction d'AFJ et celle d'accueillante en crèche familiale justifient une différence de rémunération. Il est renvoyé à cet avis pour de plus amples éléments de comparaison.
113. Il convient de prendre en compte ces différences dans le cadre de la fixation de la rémunération des AFJ.

E. LE PRINCIPE D'EGALITE DE TRAITEMENT

114. On a vu ci-dessus que le droit pose de nombreuses limites au principe de la liberté contractuelle en matière de fixation du salaire. Pour la Ville de Genève, l'une de ces limites est posée par l'obligation de promouvoir une politique d'égalité de traitement entre les diverses catégories de personnel employé dans les institutions qu'elle subventionne fortement et contrôle.

115. Sur la base de son analyse des fonctions d'accueillante en crèche familiale ou d'AFJ, le Prof. BELLANGER a estimé que l'application du principe d'égalité ne paraissait pas d'emblée évidente, l'existence de situations semblables devant encore être démontrées, ce qui a priori n'est pas donné.

Il lui apparaissait ainsi que la différence de traitement entre assistante de crèche familiale et AJF repose sur des motifs objectifs, à savoir des charges plus importantes découlant de leur cahier des charges et sur un degré de formation plus élevé, à l'accès à la fonction et dans le cadre de la formation continue. De plus, la différence de traitement demeure dans les limites admises par la jurisprudence. La différence de salaire entre ces deux fonctions lui paraissait donc respecter le principe d'égalité.

116. Le principe d'égalité de traitement ne saurait donc, en l'espèce, imposer une harmonisation des rémunérations pour ces deux fonctions.

F. LA COMPARAISON EN CHIFFRES ABSOLUS

117. En chiffres absolus, la rémunération mensuelle brute d'une AFJ en Ville de Genève, lorsqu'elle garde un enfant pendant 50 heures par semaine, se monte à **CHF 1'184.89**, allocation forfaitaire incluse ; dès l'âge de 57 ans, la rémunération passe à **CHF 1'407.99**.

118. La rémunération mensuelle brute d'une AFJ en Ville de Genève, lorsqu'elle garde deux enfants pendant 50 heures par semaine, se monte à **CHF 2'369.78**, allocation forfaitaire incluse ; dès l'âge de 57 ans, la rémunération passe à **CHF 2'815.97**.

119. La rémunération mensuelle brute d'une AFJ en Ville de Genève, lorsqu'elle garde trois enfants pendant 50 heures par semaine, se monte à **CHF 3'554.67**, allocation forfaitaire incluse ; dès l'âge de 57 ans, la rémunération passe à **CHF 4'223.96**.

120. La rémunération mensuelle brute d'une AFJ en Ville de Genève, lorsqu'elle garde quatre enfants pendant 50 heures par semaine, se monte à **CHF 4'739.55**, allocation forfaitaire incluse ; dès l'âge de 57 ans, la rémunération passe à **CHF 5'631.95**.

121. Les assistantes de crèches familiales sont rémunérées selon l'échelle de traitement approuvée par la Ville de Genève, leur salaire mensuel brut,

allocation forfaitaire incluse, atteignant **CHF 1'379.81** (échelon 1) pour l'accueil d'un enfant pendant 50 heures par semaine⁵⁴.

122. Le salaire minimum brut pour un employé de maison non qualifié à plein temps (45 heures par semaine) est de **CHF 3'700.-** (cf. art. 10 CTT-EDom).

Il convient de noter que, contrairement à l'employé de maison, l'AFJ ne doit pas effectuer de trajets, puisqu'elle exerce son activité à domicile. De plus, l'AFJ reçoit une indemnité pour frais causés par son activité. Enfin, l'AFJ ne doit pas supporter de frais de garde pour ses propres enfants. Ces éléments, combinés la liberté d'effectuer ses propres tâches ménagères pendant ses heures de travail doivent être pris en compte dans le cadre de la fixation du salaire d'une AFJ.

123. Dans son ATF 129 III 664, le Tribunal fédéral a considéré que le revenu net moyen de **CHF 3'830.-** par mois d'une voyageuse de commerce rémunérée à la provision sur les affaires conclues apparaissait comme convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO⁵⁵.

Toutefois, on l'a dit ci-dessus, cette disposition ne peut constituer un critère de référence pour déterminer un « *salaire convenable* » en chiffres absolus pour les personnes qui ne sont pas rémunérées exclusivement ou principalement à la commission, car le voyageur de commerce supporte une part du risque économique qui incombe en principe à l'employeur⁵⁶. Tel n'est pas le cas pour l'AFJ.

VIII. DUREE HEBDOMADAIRE MAXIMALE DE TRAVAIL

124. Selon l'art. 9 al. 1 LTr, la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (let. a) ; 50 heures pour tous les autres travailleurs (let. b).
125. Les AFJ ne faisant pas partie de la catégorie de travailleurs visés par l'art. 9 al. 1 let. a LTr, la durée maximale de leur semaine de travail est de 50 heures. L'art. 10 al. 2 du contrat de travail des AFJ est donc conforme au droit.

⁵⁴ Sur les différences entre ces deux fonctions, cf. ch. 30 ss ci-dessus.

⁵⁵ ATF 129 III 664, c. 6.2.

⁵⁶ Voir ci-dessus, ch. 68-77.

En vous remerciant de la confiance témoignée et en restant à votre entière disposition, nous vous prions d'agréer, Madame la Cheffe de service, nos salutations distinguées.



Jacques-André SCHNEIDER



Anne MEIER