

BGer 4A 158/2021 vom 11. November 2021

Bundesgericht, 2021-11-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_158_2021

FR: TF 4A 158/2021 du 11 novembre 2021

IT: TF 4A 158/2021 del 11 novembre 2021

Regeste

contrat de travail; salaire afférent aux vacances, | Droit des contrats

Erwägungen

E. 1

L'acte satisfait aux conditions de recevabilité du recours en matière civile, notamment quant à la valeur litigieuse minimale de 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF) et au délai de recours (art. 100 al. 1 LTF). La recourante formule uniquement des conclusions en annulation, en principe irrecevables (art. 107 al. 2 LTF). Cependant, on comprend, à la lumière de la motivation contenue dans son mémoire, que la recourante entend faire supprimer la condamnation prononcée à son encontre, de sorte qu'il serait excessivement formaliste de déclarer le recours irrecevable pour ce défaut dans les conclusions. Il y a lieu d'entrer en matière. Demeure réservée la recevabilité des griefs soulevés.

E. 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). L' art. 42 al. 2 LTF exige par ailleurs que le recourant discute les motifs de la décision entreprise et indique précisément en quoi il considère que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4; 140 III 86 consid. 2).

E. 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). 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 p. 18). 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).

E. 3

A ce stade, le litige ne porte plus que sur le salaire afférent aux vacances. La cour cantonale a constaté que, selon le contrat de travail, l'indemnité pour vacances était incluse dans le salaire mensuel. Ce système dérogeait ainsi à l' art. 329d al. 1 CO . Cela étant, le contrat de travail, de durée indéterminée, prévoyait expressément que la durée contractuelle du travail était de 42 heures par semaine. L'employée devait également effectuer un minimum de 10 consultations hebdomadaires avec les patients et assumait, durant les horaires d'ouverture de la permanence, de 8h00 à 20h00, un temps de mise à disposition ainsi que des tâches administratives entre les consultations. En outre, le contrat de travail prévoyait une activité à 100 %. Partant, celle-ci ne pouvait être qualifiée d'irrégulière au sens de la jurisprudence fédérale, de sorte qu'une dérogation au système légal ne pouvait se concevoir. Selon l'arrêt attaqué, l'employeuse est donc tenue d'indemniser l'employée pour ses vacances.

E. 4

Se plaignant d'une violation de l'art. 329d al. 1 et de l' art. 362 CO , la recourante soutient que l'accord dérogatoire incluant une indemnité de 8,33 % pour les vacances dans le salaire périodique est valable. Premièrement, la solution adoptée serait avantageuse pour l'employée, ce que l'employeuse prétend démontrer au moyen de calculs comparatifs. Deuxièmement, l'activité professionnelle en jeu revêtirait un caractère irrégulier, étant donné que l'employée n'aurait été finalement " occupée que très irrégulièrement en ce qui concerne les éléments déterminant son revenu".

E. 4.1

L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). Ces dispositions sont relativement impératives, en ce sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Par ailleurs, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). Cette règle est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). Il s'agit ainsi d'assurer à la fois que le travailleur prenne effectivement du repos et qu'il puisse le faire sans subir une perte de salaire (cf. ATF 129 III 493 consid. 3.1; 118 II 136 consid. 3b; arrêt 4A_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.1). La jurisprudence en a déduit que le salaire relatif aux vacances doit en principe être versé au moment où celles-ci sont prises et qu'il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Dans des situations particulières, lorsque le calcul par avance du droit aux vacances se révèle difficile, le Tribunal fédéral a toutefois admis que l'indemnité de vacances puisse exceptionnellement être incluse dans le salaire total; ainsi en est-il pour des employés occupés très irrégulièrement à temps partiel avec un horaire de travail soumis à de fortes variations (ATF 118 II 136 consid. 3b; 116 II 515 consid. 4a; 107 II 430 consid. 3a). Par la suite, il s'est toutefois interrogé sur la justification d'une telle dérogation (ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3, 664 consid. 7.2). Laisant la question en suspens, il a relevé que, dans tous les cas, outre la nécessité objective due à une activité

irrégulière (première condition), la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances devait être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il était conclu par écrit (deuxième condition), ainsi que sur les décomptes de salaire périodiques (troisième condition) (ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3 et les arrêts cités). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit donc pas; la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres (ATF 118 II 136 consid. 3b; 116 II 515 consid. 4b; arrêt 4A_463/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.1) et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail passé par écrit que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3.3; arrêt 4A_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1). Si ces trois conditions (matérielle et formelles) ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances; que l'employé ait pris ses vacances en nature n'y change rien puisqu'il n'était pas rémunéré durant celles-ci (ATF 129 III 493 consid. 5.2, 664 consid. 7.2; 118 II 136 consid. 3b; 116 II 515 consid. 4b; arrêts 4A_205/2016 précité consid. 2.6.1; 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2). L'employé qui exige à la fin des rapports de travail le salaire correspondant à ses vacances n'abuse donc pas de son droit (ATF 129 III 493 consid. 5.2; arrêts 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1; 4A_435/2015 précité consid. 3.4.2). Il peut en aller différemment dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque l'employé a perçu une forme de rémunération pendant ses vacances (arrêts 4A_561/2017 précité consid. 4.1; 4A_285/2015 précité consid. 3.3; 4A_66/2009 du 8 avril 2009 consid. 4).

E. 4.2

La recourante soutient que l'intimée a, en définitive, gagné plus par l'inclusion d'une indemnité de vacances de 8,33 % dans son salaire courant que si elle avait perçu son salaire pendant les vacances qu'elle a prises. Elle en déduit que l'accord dérogatoire était en faveur de l'employée et, partant, valable. Il convient d'observer tout d'abord que le tableau comparatif présenté à l'appui de cette argumentation est tout sauf clair, d'autant qu'il n'est guère assorti d'explications circonstanciées. En tout état de cause, le résultat auquel il parvient ne saurait être retenu par la cour de céans. Au demeurant, la question de la validité de l'accord dérogatoire, favorable ou non à l'employé, ne se pose pas a posteriori, à la fin des rapports de travail, mais bien lors de la conclusion du contrat de travail. La jurisprudence a fixé à cet égard les conditions auxquelles, exceptionnellement, les vacances sont valablement rémunérées par une indemnité versée en sus du salaire courant pour les périodes effectivement travaillées (cf. supra consid. 4.1). Un examen de la situation à l'issue des rapports de travail ne peut, éventuellement, être envisagé que sous l'angle de l'abus de droit, au cas où l'employée aurait effectivement pris les vacances auxquelles elle avait droit (cf. supra consid. 4.1 in fine), hypothèse qui, soit dit en passant, n'est pas vérifiée ici dans les constatations de fait cantonales. En l'espèce, s'il n'est apparemment pas contesté que les conditions formelles d'une dérogation étaient remplies (indemnité de vacances de 8,33 % indiquée dans le contrat et les décomptes), la condition matérielle n'est pas réalisée, quoi qu'en dise la recourante qui prétend que l'activité de l'intimée revêtait un caractère "manifestement irrégulier". En effet, on discerne mal comment il pourrait en être ainsi puisque - c'est là un fait qui n'est pas remis en cause - l'intimée était occupée à 100 %; à tout le moins, pourrait-on ajouter, puisqu'elle devait également assurer un service de garde et effectuer des heures supplémentaires. Quant au caractère variable de la rémunération de l'employée (calculée à hauteur de 17,5 % des honoraires facturés aux clients la première année, de 20,5 % la deuxième année et de 23,5 % la troisième année), il ne permet pas à lui seul de justifier un accord dérogatoire au principe de l' art. 329d al. 1 et 2 CO , cette

circonstance se rencontrant couramment en cas de travail payé à l'heure, aux pièces ou à la tâche (arrêt 4A_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 4). Enfin, le Tribunal fédéral ne sait comment comprendre l'argument de la recourante selon lequel le caractère irrégulier de l'activité professionnelle de l'intimée découlerait de la nature du contrat "à savoir de travail et de formation". Cette formation ne paraît pas avoir permis à l'intimée de se présenter à la session d'examens CDS II de septembre 2016. Elle ne semble donc pas avoir été reconnue par la Commission d'examen, ce qui pose question. Quoi qu'il en soit, la recourante n'en fait manifestement pas son fer de lance, puisqu'elle n'en dit pas davantage. Il n'y a donc pas lieu non plus de s'attarder sur cet argument. Partant, le grief de violation de l' art. 329d al. 1 CO se révèle mal fondé.

E. 5

La recourante conteste également le calcul de l'indemnité de vacances litigieuse. A son avis, les juges genevois ont versé dans l'arbitraire s'agissant de la constatation des faits, respectivement de l'appréciation des preuves, de sorte que ce calcul serait vicié.

E. 5.1

Pour la période de vacances dues, le travailleur doit recevoir autant que ce qu'il aurait obtenu s'il avait travaillé pendant cette période (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5; arrêt 4A_285/2015 précité consid. 3.1). Lorsque le travailleur est payé en fonction du temps de travail (forme la plus courante de rémunération des salariés), le salaire afférent aux vacances est calculé au prorata de ce temps (ATF 129 III 664 consid. 7.3). Si en revanche le travailleur est payé exclusivement à la commission ou aux pièces, deux méthodes sont envisageables. La première consiste à verser au salarié l'équivalent des commissions qu'il aurait effectivement perçues s'il avait travaillé (méthode de calcul individuelle). La seconde se fonde sur une période de référence. Elle prend comme critère le revenu effectivement réalisé durant une certaine période de travail et consiste à verser au salarié le pourcentage de ce revenu correspondant à une indemnité de vacances (méthode de calcul forfaitaire). Cette proportion est de 8,33 % pour quatre semaines de vacances par an (lorsque l'employé n'a pas pris ses vacances pendant la période de référence), respectivement de 7,692 % (lorsque l'employé a pris ses vacances pendant la période de référence). Les deux méthodes comportant des inconvénients et des risques d'erreur, il y a lieu d'opter, avec la doctrine majoritaire, pour un certain schématisme reposant sur la vraisemblance et de calculer en principe le salaire afférent aux vacances des travailleurs payés à la commission ou aux pièces selon la méthode de calcul forfaitaire, soit en fonction des revenus réalisés durant une certaine période de référence, d'autant plus représentative qu'elle sera longue (ATF 129 III 664 consid. 7.3 et les références). Ce n'est que si les circonstances du cas d'espèce laissent apparaître clairement que l'utilisation de la méthode forfaitaire ne permet pas d'établir un salaire afférent aux vacances correspondant à la réalité qu'il faut alors préférer la méthode individuelle. Tel peut être par exemple le cas s'il s'avère que le salaire des vacances est compensé par le fait que le salarié peut grouper ses commandes ou les contrats qu'il conclut avant ou après les vacances (ATF 129 III 664 consid. 7.3 et les références) ou si le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires de l'année et que l'employeur verse chaque mois des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice (arrêt 4A_66/2009 du 8 avril 2009 consid. 4.2).

E. 5.2

En l'espèce, la cour cantonale a retenu que les salaires bruts versés par la recourante à son employée s'étaient élevés à 266'196 fr.45 du 1er juin 2013 au 31 décembre 2016. L'intimée pouvait ainsi prétendre au versement d'une indemnité à titre de salaire afférent aux vacances correspondant à 8,33 % de cette somme, ce qui représentait 22'174 fr.16. A cela venait s'ajouter l'indemnité à titre de salaire afférent aux vacances pour le mois de grâce non soumis à la réduction du droit aux vacances en cas d'empêchement non fautif pour cause de maladie (conformément à l' art. 329b al. 2 CO), soit 515 fr.70 (8,33 % de 6'190 fr.60 [salaire brut moyen pour un mois]). Le total dû au titre de salaire afférent aux vacances s'élevait ainsi à 22'689 fr.85, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 19 avril 2017.

E. 5.3

A lire le recours, la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en constatant le montant du salaire brut versé à l'employée. Bien loin de 266'196 fr., il se monterait tout au plus à 238'285 fr.75. La recourante prétend que la pièce 40 produite par la demanderesse aurait été appréciée arbitrairement. Cela étant, il s'agit là de décomptes d'assurance indemnités journalières établis par C. _____ pour la période de décembre 2016 à avril 2017, dont la pertinence in casu échappe à la cour de céans. Selon toute vraisemblance, la recourante se trompe avec les pièces produites par la demanderesse sous le numéro 7 de son bordereau et qui consistent en des décomptes de salaire. Elle reproche à la cour cantonale de ne pas avoir déduit des salaires bruts versés à l'employée deux rubriques des décomptes de salaire: celles intitulées "primes pour natel et entretien des blouses" (30 fr. par mois) et "respect de clause de non concurrence" correspondant apparemment à 10 % des honoraires facturés au client. De quoi s'agit-il exactement ? La recourante ne fait pas valoir qu'elle aurait régulièrement allégué en procédure le nombre et la nature de ces versements. Le salaire de référence englobe les indemnités permanentes, comme les allocations, ainsi que les indemnités en compensation du salaire en nature (arrêts 4C.217/2003 du 29 janvier 2004 consid. 4.3 et 4C.173/2004 du 7 septembre 2004 consid. 5.1). Par ailleurs, si les remboursements de frais ne doivent pas être pris en compte dans le salaire des vacances, il faut d'une part, qu'il s'agisse de frais directement liés à l'accomplissement du travail, non encourus pendant les vacances, et d'autre part qu'ils ne constituent pas du salaire déguisé (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4e éd. 2019, p. 507; ERIC CEROTTINI, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n. 16/17 ad art. 329d CO p. 412; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n. 3 ad art. 329d CO p. 685). Dans le cas présent, on ne sait rien de tous ces aspects. C'est dire que la déduction des montants auxquels la recourante fait référence n'a rien d'évident. Il s'ensuit que la recourante échoue dans la démonstration d'un quelconque arbitraire.

E. 5.4

La recourante soutient encore que la Cour de justice aurait omis arbitrairement de porter en déduction de la somme due à l'employée au titre de salaire des vacances un montant de 6'333 fr. qu'elle aurait versé à l'employée en mars 2017 à titre de "paiement des vacances (paiement relatif à la clause de non-concurrence) produite en pièce n. 40" (sic). Où la recourante aurait-elle allégué en procédure le paiement de cette somme à l'employée ? Et en quoi le versement par la caisse d'assurance C. _____ à l'employée d'indemnités journalières correspondant à 5'170 fr.15 en mars 2017 (pièce 40) a-t-il quelque chose à voir avec ce qui précède ? Le mystère reste entier. Il n'y a dès lors pas arbitraire dans la constatation des faits ou l'appréciation des preuves dont la recourante est fondée à se plaindre.

E. 5.5

Comme la recourante ne critique pas les autres éléments du calcul, le Tribunal fédéral n'a nulle raison de le revoir. En particulier, elle ne fait pas valoir que l'intimée aurait pris l'intégralité de ses vacances durant son emploi de sorte que le pourcentage appliqué serait incorrect. Cet argument ne la mènerait d'ailleurs nulle part puisqu'elle ne soutient pas avoir régulièrement allégué en procédure que l'intimée aurait effectivement pris ses vacances.

E. 6.1

Subsiste un ultime grief tenant au déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.) et à la violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) dont la recourante estime être victime. La cour cantonale aurait refusé de statuer sur son argumentation "en compensation des prétentions en paiement des vacances de l'intimée avec ses prétentions en réparation de l'indu". Elle explique avoir soutenu "l'existence de violation d'une clause de non-concurrence rémunérée à hauteur de 10 % durant les rapports de service" dans sa réponse et demande reconventionnelle et avoir conclu à ce que l'intimée soit condamnée au paiement de diverses sommes en raison des violations de cette clause. Elle aurait également, à ses dires, expressément soulevé, à titre subsidiaire, au cas où des prétentions de l'employée seraient admises, la compensation (art. 120 CO) avec ses propres prétentions "en application de la clause de non-concurrence et de vacances versées à tort, ce qui constituait un indu". Dans sa plaidoirie, elle aurait notamment plaidé - à titre subsidiaire, pour le cas où des prétentions de l'intimée seraient admises - que "la compensation était soulevée avec (s) es prétentions, qui englobaient soit les indemnités en raison des violations de la clause de non concurrence plaidée si elle était jugée valable, soit avec les prétentions en réparation de l'indu constitué des montants versés à tort par (elle-même) à (l'employée) si la clause était entachée de nullité". Elle conclut en ces termes: si l'employée a touché 10 % du "total du montant brut commissionné" pour compenser la clause de non-concurrence qui lui était imposée et que la clause de non-concurrence a été déclarée nulle, l'employée devrait lui restituer un montant de 55'223 fr.25 "par voie de compensation".

E. 6.2

Les choses ne sont pas aussi claires que la recourante le prétend. Dans sa demande reconventionnelle, l'employeuse a (notamment) conclu à ce que l'intimée soit condamnée à lui payer la somme nette de 49'925 fr. "correspondant à la pénalité pour violation de la clause de non-concurrence". Elle a formulé plusieurs allégués à ce sujet: (206) "Madame B. _____ doit une indemnité liée à la violation de la prohibition de concurrence de six mois de salaire en chf. 49'925.-"; (207) "Après la fin des rapports de service, Madame B. _____ est allé (sic) travailler pour Ex-permanence D. _____ sàrl devenue E. _____ sàrl"; (208) "La demanderesse a travaillé durant l'entier de la durée de la non-concurrence pour cette entité". Nulle trace dès lors d'une demande portant sur la restitution de montants versés au titre de "respect de clause de non concurrence", pour reprendre la manière dont ils sont désignés dans les décomptes de salaire. Quant aux allégués 217 à 220 de la demande reconventionnelle - auxquels la recourante se réfère - ils sont libellés ainsi: (217) "Les heures de travail et le travail ont pourtant été rémunérés conformément au contrat de travail sans que des suppléments soient exigibles"; (218) "Les suppléments de salaire pour les heures de travail du dimanche ont été rémunérés dans le taux horaire de la séance directement majorée de plus de 50 %"; (219) "L'employeur a même versé un supplément de 8,33 % sur la clause de non concurrence en avril 2018, estimant que dès lors que cette clause ressortait également de la rémunération, elle devait

également être majorée"; (220) "Cas échéant, la compensation est expressément soulevée". Contrairement à ce qu'elle affirme, la recourante n'a donc pas déclaré compenser la créance de l'intimée avec celle en restitution des montants versés avec le salaire, au titre de la clause d'interdiction de concurrence. Enfin, le Tribunal fédéral ne sait rien de la plaidoirie orale de la recourante. Pour couronner le tout, la cour cantonale n'a pas fait l'impasse sur la prétention de l'employeuse "en restitution de l'indu par voie de compensation". Elle a considéré que la recourante n'avait pas formé d'appel joint, ni formulé de conclusion en ce sens. Dès lors, cette prétention - référence faite aux allégués 68 à 72 du mémoire de réponse à l'appel du 15 juin 2020 - devait manifestement être rejetée. C'est dire que la recourante n'a pas été victime d'une violation du droit d'être entendu ni d'un déni de justice. Ce grief ne peut, lui aussi, qu'être écarté.

E. 7

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. La recourante prendra à sa charge les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et versera à son adverse partie une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.