

# BGer 4A 225/2018 vom 6. Juni 2019

Bundesgericht, 2019-06-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_225\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_225_2018)

FR: TF 4A 225/2018 du 6 juin 2019

IT: TF 4A 225/2018 del 6 giugno 2019

## Regeste

contrat de travail; résiliation immédiate dépourvue des justes motifs | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont réalisées sur le principe, notamment celles afférentes 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 en lien avec les art. 45 al. 1 et 46 al. 1 let. a LTF).

### E. 2.1

Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral ( art. 95 let. a LTF ), notion qui inclut le droit constitutionnel ( ATF 135 III 670 consid. 1.4 p. 674). 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 141 III 86 consid. 2; 140 III 115 consid. 2). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, il n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 135 III 397 consid. 1.4 in fine).

### 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 140 III 115 consid. 2 p. 117; 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 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes en conformité avec les règles de procédure les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). 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**

Il est constant que les parties ont été liées par un contrat de travail de durée indéterminée  
qui a pris fin suite à la résiliation immédiate par l'employeuse le 31 juillet 2015. Le litige  
porte sur deux points: d'une part, l'employeuse prétend qu'elle bénéficiait de justes motifs de  
licenciement et conteste en conséquence les indemnités allouées du chef de l' art. 337c CO ;  
d'autre part, elle remet en cause le salaire afférent aux vacances, qui se compose d'une part  
fixe et d'une part variable. L'arrêt sur appel n'est en revanche pas discuté en tant qu'il  
ordonne la délivrance d'un certificat de travail - le recours étant muet sur ce point - et dénie  
à l'employée le droit à une indemnité pour l'utilisation de son véhicule privé - l'intéressée  
n'ayant pas recouru. Les points correspondants du dispositif de l'arrêt attaqué sont dès lors  
entrés en force.

### **E. 4**

L'employeuse reproche à la cour cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire en constatant les  
faits à la base de l'arrêt attaqué; les eût-elle correctement établis qu'elle aurait dû retenir une  
résiliation fondée sur de justes motifs. Il y aurait violation du droit fédéral dans  
l'établissement des faits, ainsi que dans l'application des art. 337 ss CO .

#### **E. 4.1**

L'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs ( art.  
337 al. 1 CO ); sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances  
qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé  
la continuation des rapports de travail ( art. 337 al. 2 CO ). D'après la jurisprudence, la  
résiliation immédiate pour "justes motifs" est une mesure exceptionnelle qui doit être  
admise de manière restrictive ( ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304). Seul un manquement  
particulièrement grave peut justifier une telle mesure ( ATF 142 III 579 consid. 4.2). Par  
manquement, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de  
travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une telle mesure ( ATF 137 III 303  
consid. 2.1.1 p. 304 s.; 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Ce  
manquement doit être objectivement propre à détruire le rapport de confiance essentiel au  
contrat de travail ou, du moins, à l'atteindre si profondément que la continuation des  
rapports de travail ne peut raisonnablement pas être exigée; de surcroît, il doit avoir  
effectivement abouti à un tel résultat ( ATF 142 III 579 consid. 4.2; cf. cependant la  
remarque de STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, p. 1098).  
Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que  
s'il a été répété malgré un avertissement ( ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid.  
3.1 p. 220 s.). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs ( art. 337 al. 3 CO ); il  
applique les règles du droit et de l'équité ( art. 4 CC ). Dans son appréciation, le juge doit  
notamment tenir compte de la position et de la responsabilité du travailleur, du type et de la  
durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements ( ATF 137  
III 303 consid. 2.1.1 p. 305), ou encore du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du  
contrat ( ATF 142 III 579 consid. 4.2). A cet égard, l'importance du manquement doit être  
d'autant plus grande que ce laps de temps est court. La position de l'employé, sa fonction et  
les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences

quant à sa rigueur et à sa loyauté (arrêt 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). Déterminer les motifs du congé est une question de fait. En revanche, ressortit au droit le point de savoir si le congé est fondé sur de justes motifs (arrêt 4A\_35/2017 du 31 mai 2017 consid. 4.1 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec réserve une décision d'équité prise en dernière instance cantonale ( ATF 138 III 252 consid. 2.1 p. 254; arrêt 4A\_622/2018 du 5 avril 2019 consid. 5).

## **E. 4.2**

La cour cantonale a écarté les trois motifs avancés par l'employeuse pour justifier le licenciement immédiat. Dans son recours, celle-ci revient sur chacun d'eux pour tenter d'en démontrer la réalité, laquelle aurait été à son sens arbitrairement niée.

### **E. 4.2.1**

En premier lieu, l'employée aurait falsifié de longue date ses décomptes d'heures, ce qui ressortirait de la comparaison entre les décomptes de juin 2015 et de juillet 2015 (postérieur à l'introduction du GPS). L'instance d'appel a retenu, en fait, que l'employée n'avait pas plus falsifié le décompte de juin 2015 que ceux des mois précédents. La comparaison dudit décompte avec celui de juillet 2015 n'en apportait pas la démonstration. D'une part, une variation plus ou moins importante du nombre d'heures effectuées d'un mois à l'autre pouvait s'expliquer par la nature même de l'activité de l'employée (soit la représentation commerciale), laquelle s'exerçait avec une relative indépendance, sans être sous la surveillance directe de l'employeuse. D'autre part, l'employée était au courant de l'implantation du système de géolocalisation sur son téléphone professionnel; on ne pouvait exclure que cette information - ajoutée à d'autres éléments - ait entraîné une baisse de sa motivation et de sa volonté de s'impliquer au-delà de ses obligations contractuelles. La recourante échoue à démontrer l'inanité de cette constatation. La comparaison entre le décompte de juin 2015, qui mentionne un certain nombre d'heures supplémentaires, et celui de juillet 2015, qui présente au contraire un solde d'heures négatif, ne met pas nécessairement en exergue la falsification du premier, contrairement à ce qu'elle affirme. Les motifs susceptibles d'expliquer cette divergence, tels qu'évoqués par la cour cantonale, relèvent à tout le moins du domaine du possible. La recourante s'en réfère à l'expérience générale de la vie qui commanderait de ne pas prêter foi à un décompte faisant état de plus de dix heures de travail par jour, douze jours sur quatorze. Son raisonnement est toutefois le fruit d'une lecture sélective et erronée du décompte du mois de juin 2015, qui recense plus de quatorze jours de travail, la recourante omettant en outre de préciser que les journées de plus de dix heures s'effectuaient sur des semaines de quatre jours de travail. S'y ajoute que l'on ne voit pas, compte tenu de la liberté dont bénéficiait l'employée dans l'organisation de son temps de travail, pourquoi les heures supplémentaires effectuées un mois donné ne seraient pas compensées ultérieurement. Somme toute, c'est d'ailleurs ce que l'employeuse elle-même avait demandé à son employée. Celle-là tire encore argument d'une infraction routière commise par celle-ci à une certaine heure (19 h 30) à un endroit donné, ce qui attesterait de la fausseté des déclarations de l'employée concernant l'heure à laquelle cette dernière serait rentrée chez elle (21 h 30) - à moins d'une heure de route de là. Ce type d'élément peut tout au plus susciter quelque interrogation, mais en aucun cas une évidence, d'autant moins que la recourante laisse intacte la constatation selon laquelle les objectifs posés étaient idéalistes et constituaient plutôt des directives que l'employée avait respectées, l'objectif demandé étant atteint à la fin juin 2015. En bref, il n'y a pas matière à retenir un arbitraire dans les faits établis par la cour cantonale.

#### **E. 4.2.2**

En deuxième lieu, l'employée aurait falsifié ses notes de frais de véhicule afférentes à la période de janvier à juillet 2015, concernant huit pleins d'essence. Ceux-ci auraient été utilisés exclusivement à des fins privées, et non à des fins professionnelles. La cour cantonale a retenu que les pleins d'essence effectués les 24 janvier, 21 février, 8 mars, 27 et 28 avril, 8 juin et 13 juillet 2015 avaient vraisemblablement servi, en partie au moins, aux trajets professionnels ultérieurs, ce d'autant plus qu'à cette époque, l'employée habitant à U. \_\_\_\_\_ travaillait dans la région lausannoise et devait donc effectuer de longs trajets professionnels au quotidien. Seul le ticket d'essence du 31 mai 2015 - intervenu au cours d'une incapacité de travail et suivi d'un nouveau plein d'essence le 8 juin 2015 - demeurait inexplicable, comme le reconnaissait l'employée. Or, ce seul élément ne justifiait pas un licenciement immédiat, d'autant moins qu'on ne pouvait exclure une erreur de l'employée. La recourante fustige le fait que la cour cantonale n'ait pas trouvé les dates en cause déconcertantes, eu égard à la proximité de certaines d'entre elles, à la consommation et la contenance du réservoir du véhicule en cause, tous éléments démontrant à son sens le caractère invraisemblable de ces frais. Cela étant, elle assoit son raisonnement sur des faits ne figurant pas dans l'arrêt attaqué et ne fait pas valoir, références précises à l'appui, qu'elle aurait allégué en procédure tous les éléments permettant de retracer les trajets effectués par l'employée et sa consommation d'essence durant la période considérée, de sorte que le grief d'arbitraire n'est pas recevable (cf. consid. 2.2 supra). Pour finir, la recourante retient que l'employée a, à tout le moins, trompé sa confiance pour l'un des pleins d'essence, à savoir celui du 31 mai 2015 d'une valeur de 71 fr. 20, dont la cour cantonale a reconnu qu'il demeurait inexplicable. Elle estime que cet élément justifiait à lui seul une résiliation pour justes motifs, ce que la cour cantonale aurait méconnu en violation de l'art. 337 CO. La recourante voit de la malveillance là où il peut parfaitement s'agir d'une erreur. L'employée a elle-même concédé qu'elle ne s'expliquait pas ce plein d'essence précis. Ceci peut se concevoir. Au regard des exigences tracées par la jurisprudence (cf. consid. 4.1 supra), cet élément isolé ne saurait avoir entraîné une rupture du lien de confiance telle qu'elle justifiait le licenciement immédiat. Le grief de violation de l'art. 337 CO est dès lors infondé.

#### **E. 4.2.3**

En dernier lieu, l'employée aurait violé les directives mises en place par l'employeuse, persisté au mépris des avertissements à effectuer des heures supplémentaires, pris congé sans préavis à plusieurs reprises le vendredi et omis d'observer les pauses prévues par la loi sur le travail. La cour cantonale a retenu que l'employeuse avait renoncé, dès le début du contrat de travail, à instaurer un quelconque contrôle des heures de travail. Elle avait demandé que les heures supplémentaires soient compensées par des congés. Elle avait laissé une grande liberté d'action à ses collaboratrices, leur concédant la possibilité d'aménager leur temps de travail et se contentant de leur donner des directives sur les régions à prospecter. Lorsqu'il s'était avéré que l'employée avait accumulé un nombre important d'heures supplémentaires, l'employeuse avait estimé qu'il fallait y mettre un terme et les compenser par des vacances, à défaut de pouvoir les lui payer. Il n'y avait nulle directive que l'employée aurait violée. La recourante échoue à démontrer que ces dernières constatations seraient arbitraires: les déclarations de l'employée selon lesquelles l'employeuse lui aurait " dit plusieurs fois qu'il fallait cesser de faire des heures supplémentaires " peuvent se concilier avec ce qui précède, plus précisément avec la réaction de l'employeuse au fait que l'employée avait accumulé des heures supplémentaires.

Selon la recourante, la cour cantonale aurait reconnu que l'employée effectuait des heures supplémentaires " à son (propre) profit ". Il n'en est rien : elle a considéré qu'en effectuant des heures supplémentaires, l'employée et sa collègue avaient vraisemblablement cherché à augmenter leur revenu en tentant de générer des commissions afin de vivre décemment, puisque leur salaire de base ne le leur permettait pas. Ceci ne signifie pas pour autant que ces heures n'aient pas été nécessaires à l'accomplissement du travail qui lui était assigné, ce qui est le critère déterminant ( ATF 129 III 171 consid. 2.2; 116 II 69 consid. 4b p. 71; 86 II 155 consid. 2 p. 157). La recourante tire également argument du fait que l'employée se serait, d'après elle, arrogée plusieurs vendredis de congé en juin et en juillet 2015, de sorte qu'elle aurait spontanément compensé ses heures supplémentaires en nature, en violation de son contrat de travail. Elle ne prétend toutefois pas avoir régulièrement allégué en procédure que l'employée dût travailler quotidiennement un nombre d'heures déterminé. La cour cantonale a au contraire retenu, sans que l'employeuse ne lui fasse grief d'être tombée en cela dans l'arbitraire, que l'horaire hebdomadaire convenu était de 42 heures, que l'employeuse avait laissé une grande liberté d'action à ses collaboratrices, leur concédant la possibilité d'aménager leur temps de travail et se contentant de leur donner des directives sur les régions à prospecter. Au surplus, la cour cantonale a également retenu que la recourante avait enjoint à l'employée de compenser ses heures supplémentaires par des vacances; les congés du vendredi aboutissaient en pratique à ce résultat. L'argumentation de la recourante est ainsi confondante. La recourante revient enfin sur les pauses qu'elle reprochait initialement à l'employée de ne pas avoir prises, pour lui faire désormais grief de ne pas les avoir décomptées de son temps de travail. Cet argument n'a pas été soumis à la cour cantonale, et supposait de faire constater les faits topiques; cela suffit à clore toute discussion.

#### **E. 4.3**

En définitive, les constatations de fait sur les prétendus manquements de l'employée sont exemptes d'arbitraire. Sur la base de ces éléments, l'autorité précédente pouvait en déduire sans violer l' art. 337 CO que la résiliation immédiate du contrat de travail était dépourvue de justes motifs. L'indemnité correspondant à deux mois de salaire brut moyen (2 x 3'101 fr. 65, soit 6'203 fr. 30) accordée à l'employée sur le fondement de l' art. 337c al. 1 CO et celle de trois mois de salaire brut moyen (3 x 3'101 fr. 65, soit 9'304 fr. 95) allouée sur la base de l' art. 337c al. 3 CO étant liées à cette prémisse et n'étant pas contestées dans leur quotité, il n'y a pas lieu d'y revenir. Ce premier pan du recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

#### **E. 5**

La seconde problématique tient dans le salaire afférent aux vacances et comporte elle-même deux volets.

#### **E. 5.1**

Il est constant que l'employée avait déjà pris six jours de vacances entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 juillet 2015 et que son contrat de travail en prévoyait vingt par année. La recourante admet devoir l'indemniser pour un solde de 5,67 jours de vacances, calculés d'après la prémisse d'un contrat résilié pour justes motifs le 31 juillet 2015 ( $20 \times 7/12 = 11,67$ ), déduction faite des six jours déjà pris. La cour cantonale a toutefois intégré dans le droit aux vacances les deux mois de dédite que l'employeuse aurait dû respecter pour résilier le contrat de travail, ce qui porte à neuf le nombre de jours de vacances à indemniser. La

résiliation immédiate étant dépourvue de justes motifs (cf. supra consid. 4), il ne subsiste aucun grief que la recourante élève à l'encontre de ce raisonnement (sur la compensation des jours de vacances par du temps libre, cf. ATF 128 III 271 c. 4a/bb p. 282 et l'arrêt 4C.67/2003 du 5 mai 2003 consid. 4.2; 117 II 270 c. 3b p. 272 s.; plus récent, arrêt 4A\_56/2016 du 30 juin 2016 consid. 4.1.1). La cour cantonale a estimé que la recourante devait à l'employée 900 fr., correspondant au salaire fixe mensuel de 2'000 fr. réparti sur 9 jours de travail (2'000 fr. /20 x 9) (cf. infra consid. 5.3 in fine ).

### **E. 5.2.1**

L'employée touchait cependant non seulement un salaire fixe de 2'000 fr. par mois, mais également une part variable composée de 200 fr. par contrat signé (et validé par l'employeuse) et de 50 % sur la vente et le renouvellement des cartes de clients obtenus grâce à l'employée (cf. let. A supra ). C'est là que se trouve la pomme de discorde: la cour cantonale a constaté que la recourante n'avait pas versé à l'employée de salaire variable durant ses vacances et l'a condamnée à payer l'équivalent de 8,33 % des commissions brutes perçues durant les 17 mois de son activité (entre mars 2014 et juillet 2015), ce qui équivaut à 1'518 fr. 70 (18'232 fr. x 8,33 %).

### **E. 5.2.2**

A teneur de l' art. 329d al. 1 CO , l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. La jurisprudence en a déduit que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, selon qu'il travaille ou qu'il est en vacances ( ATF 129 III 493 consid. 3.1; 136 III 283 consid. 2.3.5 p. 287). Par cette formule, la cour de céans voulait signifier que le travailleur ne doit pas être exposé à une baisse ou une suppression de ses revenus pendant les vacances, ce qui pourrait l'inciter à continuer de travailler et compromettre ainsi le but des vacances, qui est de pouvoir bénéficier d'un repos effectif. Autrement dit, le travailleur doit continuer à recevoir son salaire usuel (arrêt 4A\_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.1 et les réf. citées; cf. aussi ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, 2001, p. 179; HANSULRICH WEBER, *Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht*, 1976, p. 166 n. 1.1 et p. 167 n. 2.1). Cela ne signifie pas que le travailleur aurait droit à un salaire supplémentaire équivalant à un accroissement de revenu - ce que ne recherche précisément pas l' art. 329d al. 1 CO ( ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 673; arrêt précité 4A\_285/2015 consid. 3.1 in fine ). Pour paraphraser un auteur, le travailleur a le droit au versement d'un salaire pendant qu'il ne travaille pas, pour que le repos soit effectif; il ne s'agit pas d'un salaire gagné malgré le fait qu'il ne travaille pas (GABRIEL AUBERT, *Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques*, in *Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale*, 1990, p. 122). Lorsque le travailleur est payé à la provision ou à la commission, il doit aussi toucher un salaire pendant ses vacances. La jurisprudence distingue deux méthodes de calcul: la première, dite du calcul forfaitaire, 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. Cette proportion est de 8,33% pour quatre semaines de vacances par an. La seconde, dénommée méthode de calcul individuelle, fait en sorte que le salarié touche l'équivalent des commissions qu'il aurait effectivement perçues s'il avait travaillé. Il faut en principe opter pour la première méthode, sauf si les circonstances d'espèce laissent apparaître clairement qu'elle ne permet pas d'établir un salaire afférent aux vacances correspondant à la réalité; en ce cas, il faut préférer la méthode individuelle ( ATF 129 III

664 consid. 7.3 p. 674). Dans des situations exceptionnelles, l'employeur sera dispensé de verser un salaire afférent aux vacances. La première exception vise le cas où la perte de commissions inhérente à la période de vacances peut être compensée par un groupement des commandes ou des contrats avant ou après les vacances du salarié ( ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 674; arrêt précité 4A\_285/2015 consid. 3.2.2). La doctrine cite à cet égard l'exemple du voyageur de commerce chargé de vendre des eaux minérales à des restaurateurs, lesquels augmentent leur stock avant son départ en vacances, ou le reconstituent à son retour de vacances - auquel cas l'employeur pourrait être tenu de faire une avance au voyageur de commerce (AUBERT, op. cit., p. 121). La deuxième exception concerne la situation où le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires de l'année, et où 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; arrêt précité 4A\_285/2015 consid. 3.2.2). En 2015, la cour de céans a été saisie d'une affaire dans laquelle un courtier immobilier prétendait à une rémunération représentant la contrepartie du travail qu'il aurait pu réaliser pendant ses vacances. Elle a précisé que l'art. 329d al. 1 CO n'entendait précisément pas accorder dans cette hypothèse un montant supplémentaire à l'employé. Celui-ci n'avait pas le droit à une part proportionnelle des commissions qu'il aurait gagnées pendant les vacances et qui viendrait augmenter son salaire annuel. En l'occurrence, les commissions - conséquentes - que le courtier touchait régulièrement sur ses affaires personnelles lui étaient versées tout au long de l'année, de sorte qu'il n'était pas réduit à vivre pendant ses vacances sur son seul salaire de base. Sa rémunération lui était versée indépendamment des périodes durant lesquelles il prenait ses vacances. Durant celles-ci, il n'était pas placé dans une situation moins avantageuse que s'il avait travaillé. Il importait peu que la rémunération variât de mois en mois; en effet, cette variation n'était pas causée par la prise de vacances de l'employé, mais s'expliquait simplement par le fait que le salaire du courtier ne dépend pas de l'étendue de l'activité déployée, mais de ses succès (arrêt précité 4A\_285/2015 let. A.b et consid. 3.3.2).

### **E. 5.3**

La recourante plaide que dans le cas présent, verser la part variable du salaire afférent aux vacances reviendrait à accroître le revenu de l'employée. Elle concède ne pas avoir introduit un système de commissions calculées à l'année avec versement d'acomptes mensuels, mais plaide que la situation serait identique à la jurisprudence de 2015 relative au courtier, dont elle cite de larges extraits. En l'occurrence, l'autorité précédente a constaté que les commissions n'étaient pas versées tout au long de l'année, mais variaient chaque mois en fonction du nombre de contrats validés ou de cartes-clients vendues. L'employée était placée, durant les périodes de vacances, dans une situation moins avantageuse que si elle avait travaillé. On ne pouvait affirmer que le calcul du salaire afférent aux vacances selon la méthode forfaitaire ne correspondait à l'évidence pas à ce que l'employeuse aurait dû concrètement allouer. La recourante ne s'attache pas à démontrer où résiderait l'arbitraire dans ces constatations de fait, en particulier quant à la situation moins avantageuse de l'employée pendant les vacances. Outre qu'elle ne dénonce nullement un arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. , la recourante se contente d'affirmer de façon purement appellatoire que l'autorité précédente méconnaîtrait la réalité du tableau produit sous pièce 12, et qu'il n'y aurait aucune corrélation entre le nombre de jours de vacances et le nombre de contrats conclus. Le parallèle qu'elle tente d'établir avec l'affaire du courtier immobilier est vain. Si l'on peut concéder que le salaire variable de l'employée dépendait de la conclusion de contrats, cela ne signifie pas encore (à défaut de plus amples renseignements) que la prise

de vacances n'ait eu aucune influence sur la variation des commissions, à l'instar de ce qui avait été constaté dans l'affaire du courtier immobilier. A cela s'ajoute que celui-ci réalisait des revenus annuels compris entre 254'000 fr. et 501'000 fr. et percevait de manière régulière des commissions conséquentes; pour une année donnée, il avait par exemple perçu des salaires mensuels bruts (salaire de base de 4'000 fr. plus commissions) compris entre 12'500 fr. et 74'000 fr. Cette situation est sans comparaison possible avec l'intimée qui, en sa qualité de représentante commerciale, touchait un salaire moyen de 3'101 fr. 65, part variable comprise. Ces différences sont de nature à modifier considérablement la donne, par rapport à la question d'une diminution de revenus pendant les vacances. Quant au calcul lui-même (8,33% de 18'232 fr., pour la période s'étendant de mars 2014 à juillet 2015), il n'est pas remis en cause. Enfin, il n'y a pas à discuter - faute de recours de l'employée - la question de l'indemnisation des 9 jours de vacances non prises, en tant qu'elle n'inclut que le salaire fixe à l'exclusion du salaire variable.

#### **E. 6**

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. En conséquence, la recourante supportera les frais judiciaires, fixés selon le tarif réduit ( art. 65 al. 4 let . c et art. 66 al. 1 LTF ), et versera à l'intimée une pleine indemnité 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.