

# BGer 4A 303/2018 vom 17. Oktober 2018

Bundesgericht, 2018-10-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_303\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_303_2018)

FR: TF 4A 303/2018 du 17 octobre 2018

IT: TF 4A 303/2018 del 17 ottobre 2018

## Regeste

contrat de travail | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Le recours est dirigé contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ). Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par la partie défenderesse qui a succombé dans ses conclusions libératoires ( art. 76 al. 1 LTF ) dans une affaire pécuniaire de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 15'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. a LTF ), il est recevable sur le principe. En effet, à teneur de l' art. 52 LTF , les divers chefs de conclusions formés dans cette affaire pécuniaire par les demanderesses qui ont qualité de conjoints doivent être additionnés (cf. arrêts 4A\_226/2016 du 20 octobre 2016 consid. 2.1 et 4A\_109/2008 du 16 avril 2008 consid. 1.1 en lien avec l' art. 24 al. 2 let. b PCF ) et, en l'espèce, les conclusions restées litigieuses devant l'autorité précédente ( art. 51 al. 1 let. a LTF ) s'élevaient à 19'730 fr. 75 ([12'949 fr. 10 - 1'145.25] + [8'589.85 - 662.95]).

### E. 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 ).

### E. 3.1

A l'encontre de la motivation de l'arrêt attaqué, la défenderesse émet en substance les griefs suivants: - elle n'aurait pas allégué des faits nouveaux au sens de l' art. 317 al. 1 CPC , mais développé une nouvelle argumentation juridique qui pouvait être présentée sans restriction en appel. Dans ce cadre, elle aurait «produit diverses pièces [...] devant uniquement permettre à l'autorité de recours de visualiser sous forme chiffrée le contenu de son argumentation juridique»; au demeurant, les échelles de traitements produites ne constitueraient pas des titres ni des allégués, mais des arrêtés du Conseil d'Etat adoptés en application de l' art. 79 LPers /FR; quant à l'appréciation portée par le conseiller juridique au Service du personnel dans son courriel du 6 juin 2017, elle s'apparenterait à un avis de droit et ne tomberait dès lors pas sous le coup de l' art. 317 al. 1 CPC ; - les juges cantonaux auraient arbitrairement retenu qu'elle avait admis le tarif horaire allégué par les demanderesses pour fonder leurs créances en paiement d'heures supplémentaires. En réalité, elle aurait uniquement admis le tarif horaire sur la base duquel elle avait rémunéré les

heures effectuées en plus de l'horaire contractuel, ce qui ne signifiait pas qu'elle admettait ce même tarif (incluant le treizième salaire, les vacances et jours fériés) pour le cas où les heures seraient qualifiées d'heures supplémentaires sujettes à majoration; - enfin, la Cour d'appel aurait violé l' art. 321c CO et l'art. 16.4 let. b CCT en calculant la majoration de 25% sur un salaire horaire incluant le treizième salaire, les vacances et jours fériés. Il serait contraire à l' art. 321c al. 3 CO d'intégrer la part afférente aux vacances et aux jours fériés. Par ailleurs, l'art. 16.4 let. b CCT dérogerait au régime légal en ce sens que la part au treizième salaire ne devrait pas être prise en compte.

### **E. 3.2**

Aux termes de l' art. 317 al. 1 CPC - qui s'applique aussi aux causes régies par la maxime inquisitoire sociale ( ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 p. 351) -, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). S'agissant des vrais nova , soit les faits et moyens de preuve postérieurs à la fin des débats principaux de première instance (cf. art. 229 CPC ), ils sont en principe toujours admissibles en appel, pourvu qu'ils soient invoqués sans retard dès leur découverte. Quant aux pseudo nova , soit les faits et moyens de preuve qui existaient déjà au début des délibérations de première instance, leur admissibilité est largement limitée en appel: ils sont irrecevables lorsque le plaideur aurait déjà pu les introduire dans la procédure de première instance s'il avait été diligent ( ATF 143 III 42 consid. 4.1; arrêt 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 4.1). Le plaideur qui fait valoir des pseudo nova devant l'instance d'appel doit exposer précisément les raisons pour lesquelles il ne les a pas invoqués en première instance ( ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 p. 351). Le CPC part du principe que le procès doit se conduire entièrement devant les juges de première instance. A ce stade, chaque partie doit exposer l'état de fait de manière soigneuse et complète et amener tous les éléments propres à établir les faits jugés importants. La procédure d'appel n'a pas pour but de compléter le procès de première instance en permettant aux parties de réparer leurs propres carences, mais de contrôler et corriger le jugement de première instance à la lumière des griefs formulés à son encontre ( ATF 142 III 413 consid. 2.2.2 p. 415; arrêt 4A\_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1). La présentation d'une motivation juridique nouvelle ne tombe pas sous le coup de l' art. 317 al. 1 CPC et peut sans autre être faite en appel, ce qui découle du principe selon lequel le juge applique le droit d'office (arrêt 4A\_519/2011 du 28 novembre 2011 consid. 2.1). Encore faut-il qu'elle s'inscrive dans le cadre des faits constatés dans la décision attaquée (ou qui auraient dû l'être). De surcroît, le principe de la bonne foi doit être respecté ( ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34; arrêt 2C\_128/2016 du 7 avril 2017 consid. 3). La production d'expertises juridiques ou d'avis de droit destinés à étayer l'argumentation juridique d'une partie n'est pas davantage visée par l'interdiction des nova , mais doit être faite dans le délai de recours ou d'appel (arrêt 4A\_511/2008 du 3 février 2009 consid. 2; sous l'OJ, cf. ATF 126 I 95 consid. 4b p. 96).

#### **E. 3.3.1**

Dans sa demande du 6 novembre 2014, B.\_\_\_\_\_ a allégué le nombre d'heures supplémentaires effectuées entre 2009 et 2013 (soit 876.25; all. 31), ainsi que le tarif horaire «ordinaire non majoré» (i.e non augmenté d'un quart) auquel elles ont été rémunérées pour un total de 34'359 fr. 45 (all. 31), soit: 37 fr. 50 pour 2009 (all. 6 et 10), 38 fr. 50 pour 2010 (all. 13), 39 fr. 50 pour 2011 (all. 16), 40 fr. 95 pour 2012 (all. 19), et 42 fr. 95 pour 2013

(all. 22). Sous allégué 5, la demanderesse a précisé que le traitement horaire [initial de 32 fr. 50] incluait le treizième salaire, les vacances et les jours fériés. Considérant que les tarifs horaires précités devaient être majorés de 25% en vertu de l'art. 16.4 let. b CCT (all. 11), elle a conclu au paiement d'un solde de 8'589 fr. 85 (all. 32). Dans sa réponse du 19 mars 2015, l'employeuse a expressément admis l'allégué 5 précité relatif au traitement horaire initial. Elle a également admis le nombre d'heures «de remplacement» effectuées et leur paiement à hauteur de 34'359 fr. 45 (reconnaissant ainsi implicitement les tarifs horaires appliqués). Dans ses déterminations relatives aux all. 6 ss précités mentionnant ces tarifs horaires, elle a expressément contesté qu'il s'agisse d'heures supplémentaires donnant droit à un supplément de 25%, plaidant qu'elles avaient été effectuées en vertu d'un contrat autonome de remplacement. Estimant que ces heures «de remplacement» avaient correctement été rémunérées par le montant précité, elle n'a en revanche nullement allégué quels tarifs horaires devraient être majorés d'un quart selon l'art. 16.4 let. b CCT s'il devait être retenu qu'il s'agissait d'heures supplémentaires. C. \_\_\_\_\_ a procédé de façon analogue.

### **E. 3.3.2**

Le Tribunal des prud'hommes est arrivé à la conclusion que les heures effectuées par les demanderesse en plus de leur horaire contractuel étaient bien des heures supplémentaires, qui donnaient droit à une «rémunération au taux horaire du traitement mensuel augmenté d'un quart», conformément à l'art. 16.4 let. b CCT. Constatant que la défenderesse ne discutait pas le nombre d'heures alléguées, le Tribunal s'est fondé sur les décomptes horaires présentés par les demanderesse pour calculer les montants auxquels elles avaient droit compte tenu de la majoration prévue par l'art. 16.4 let. b CCT. Il a augmenté de 25% le tarif horaire auquel ces heures supplémentaires avaient déjà été rémunérées, soit: - pour B. \_\_\_\_\_, 2009: tarif horaire de 37 fr. 50 x 125% = 46 fr. 875 2010: tarif horaire de 38 fr. 50 x 125% = 47 fr. 625 2011: tarif horaire de 39 fr. 90 x 125% = 49 fr. 875 2012: tarif horaire de 40 fr. 95 x 125% = 51 fr. 1875 2013: tarif horaire de 42 fr. 95 x 125% = 53 fr. 6875 - pour C. \_\_\_\_\_, 2009: tarif horaire de 29 fr. 10 x 125% = 36 fr. 375 2010: tarif horaire de 30 fr. 05 x 125% = 37 fr. 5625 2011: tarif horaire de 31 fr. 15 x 125% = 38 fr. 9375 2012: tarif horaire de 41 fr. 60 x 125% = 52 fr. -- Sur la base de ces éléments, le Tribunal a conclu qu'un supplément de 8'589 fr. 85 devait être alloué à B. \_\_\_\_\_, respectivement de 12'949 fr. 10 à C. \_\_\_\_\_.

### **E. 3.3.3**

Dans son mémoire d'appel du 24 mai 2017, la défenderesse n'a plus contesté que les heures effectuées par les demanderesse en plus de leur horaire contractuel constituaient des heures supplémentaires (appel, p. 3). Elle a en revanche plaidé que la majoration d'un quart prévue par l'art. 16.4 let. b CCT devait s'appliquer au tarif horaire n'incluant pas le treizième salaire, les vacances et les jours fériés. Ce tarif horaire se trouvait dans la colonne «TH» de l'échelle des traitements établie par le Service du personnel de l'Etat de Fribourg (appel, p. 5). La défenderesse a produit lesdites échelles de traitements pour les années 2009-2012 ainsi que des tableaux récapitulatifs établis par ses soins. Le 9 juin 2017, elle a en outre produit un courriel du 6 juin 2017 émanant d'un conseiller juridique au Service du personnel de l'Etat de Fribourg concernant le salaire horaire déterminant pour le paiement des heures supplémentaires à 125%.

### **E. 3.4**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater ce qui suit:

#### **E. 3.4.1**

En première instance, la défenderesse a admis le nombre d'heures «de remplacement» accomplies par les demanderesses et les montants totaux auxquels elle les avait rétribuées, reconnaissant ainsi implicitement avoir appliqué les tarifs horaires allégués par les demanderesses, dont il était précisé qu'ils intégraient la part au treizième salaire, aux vacances et aux jours fériés. Soutenant que les heures en question avaient été correctement rémunérées à 100%, la défenderesse n'a pas fait valoir que d'autres montants horaires que ceux allégués par les demanderesses devraient être majorés d'un quart si la qualification d'heures supplémentaires devait être retenue.

#### **E. 3.4.2**

Ce n'est qu'en deuxième instance que la défenderesse, renonçant à contester la qualification d'heures supplémentaires, a plaidé que le taux horaire déterminant pour la rétribution de ces heures devrait exclure la part au treizième salaire, aux vacances et aux jours fériés. En se fondant sur un tarif qui intégrait ces éléments, la Cour d'appel aurait violé l'art. 321c al. 3 CO et mal interprété l'art. 16.4 CCT. A l'appui de cette argumentation nouvelle, la défenderesse a invoqué des tarifs horaires extraits de l'échelle des traitements établie pour l'Etat de Fribourg, qu'elle a produite en annexe. Contrairement à ce que soutient la défenderesse, ces tarifs horaires auxquels devrait s'appliquer la majoration de 25% constituent en soi des faits, que les pièces produites sont destinées à prouver. Or il est constant que ces faits n'ont pas été allégués en première instance, alors qu'ils auraient manifestement pu l'être si la défenderesse avait fait preuve de la diligence requise. Il est vrai que la rémunération des heures supplémentaires implique fréquemment de procéder à des conversions à partir du salaire convenu pour établir le tarif horaire. Il existe à cette fin une série de règles et postulats destinés à permettre la reconstitution de ce tarif horaire. En guise d'exemples peuvent être mentionnés le postulat selon lequel un mois comprend quelque 21,75 jours de travail, ou encore le taux de + 8,33% permettant d'intégrer le treizième salaire dans le salaire horaire (cf. par ex. CHRISTOPH SENTI, Überstunden, PJA 2003 p. 389 s.). Le présent cas est toutefois différent, en ce sens qu'il ne s'agissait pas de reconstituer des salaires horaires. Les demanderesses ont en effet allégué les tarifs horaires que la défenderesse avait appliqués à leurs heures supplémentaires, tarifs qui découlaient de leurs fiches de salaire et qui incluaient la part au treizième salaire, aux vacances et aux jours fériés - sans qu'on dispose de plus amples informations sur la composition de ces tarifs, sur le régime des vacances et les jours fériés. La défenderesse disposait des tarifs excluant les éléments litigieux; elle ne les a toutefois pas allégués en première instance. Par ailleurs, il n'apparaît pas que la défenderesse aurait allégué et établi en première instance que les deux demanderesses étaient rattachées à une classe et une sous-classe précises de l'échelle des traitements applicable au personnel de l'Etat. Le Tribunal prud'homal a précisé que le personnel de la défenderesse n'entrait pas dans le champ d'application de la LPers/FR. Dans ce contexte, il importe peu de savoir si l'échelle de traitements devait être produite comme moyen de preuve. Etant donné que la défenderesse disposait des données précises quant aux salaires horaires qu'elle souhaitait faire appliquer, il lui incombait de les alléguer et les établir en première instance. Dans de telles circonstances, il n'appartenait pas au juge de s'atteler à un travail de reconstitution approximative des différents tarifs horaires applicables au cours des années concernées. La défenderesse elle-même ne l'a du reste pas plaidé. On relèvera encore que l'argument selon lequel l'art. 16.4 let. b CCT dérogerait au

régime légal prescrivant de prendre en compte la part au treizième salaire dans la rémunération des heures supplémentaires (cf. arrêts 4A\_352/2010 du 5 octobre 2010 consid. 3.1; 4C.414/2005 du 29 mars 2006 consid. 5.2) implique de procéder à une interprétation de la CCT qui nécessitait inévitablement l'introduction de faits nouveaux en appel. Quant au courriel du 6 juin 2017 établi par un conseiller juridique du Service du personnel et produit le 9 juin 2017, la défenderesse fait vainement valoir qu'il s'agit d'un avis de droit. A supposer que tel soit le cas, il faudrait constater qu'il est irrecevable, faute d'avoir été produit dans le délai d'appel. En effet, un appel doit être entièrement motivé dans le délai d'appel (arrêts 5A\_979/2014 du 12 février 2015 consid. 2.4; 4A\_487/2014 du 28 octobre 2014 consid. 1.2.4).

### **E. 3.5**

En bref, l'argumentation nouvelle présentée en appel se fondait sur des éléments nouveaux qui ont été jugés à juste titre irrecevables. Dès lors, la défenderesse ne saurait reprocher aux juges cantonaux d'avoir violé l' art. 321c CO et l'art. 16.4 let. b CCT.

### **E. 4**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté. Vu l'issue du recours, les frais de la présente procédure, fixés selon le tarif réduit de l' art. 65 al. 4 let . c LTF, seront mis à la charge de la défenderesse et recourante ( art. 66 al. 1 LTF ). Celle-ci versera en outre aux demanderesses et intimées, créancières solidaires, une pleine indemnité de 1'500 fr. 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.