

# **GE\_GERICHTE CAPH/122/2017 vom 28. August 2017**

GE Cour de justice, 2017-08-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_122\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_122_2017)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/122/2017 du 28 août 2017

IT: GE\_GERICHTE CAPH/122/2017 del 28 agosto 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel joint est formé dans la réponse à l'appel principal (art. 313 al. 1 CPC). En l'occurrence, la valeur litigieuse s'élève à plus de 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

### **E. 1.2**

La motivation est une condition de recevabilité de l'appel prévue par la loi, qui doit être examinée d'office. Si elle fait défaut, la Cour n'entre pas en matière sur l'appel (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2.1). Pour satisfaire à son obligation de motivation de l'appel prévue par l'art. 311 al. 1 CPC, l'appelant doit démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que

- 15/31 -

C/24719/2013-4 l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique. Il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2.1; 4A\_290/2014 du 1er septembre 2014 consid. 3.1). En l'espèce, l'appelant a rappelé le raisonnement du Tribunal et expliqué ce qu'il lui reprochait d'une manière suffisamment explicite pour que la Cour comprenne les griefs soulevés. L'exigence de motivation est ainsi respectée, contrairement à l'avis de l'intimée. Le fait que l'appel ne contienne aucun allégué de fait n'est pas déterminant au vu de ce qui précède, sauf à faire preuve de formalisme excessif.

### **E. 1.3**

Contrairement à ce que soutient l'intimée, le jugement entrepris a été joint à l'appel, conformément à l'art. 311 al. 2 CPC. Cette disposition n'exige par ailleurs pas que le dispositif du jugement figure en sus dans l'acte d'appel.

### **E. 1.4**

Pour le surplus, l'appel et l'appel joint ont été déposés dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 145 al. 1 let. b, 311 al. 1, 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC), de sorte qu'ils sont

recevables.

### **E. 1.5**

Par souci de simplification, A\_\_\_\_\_ est désigné comme l'appelant et B\_\_\_\_\_ SA comme l'intimée.

### **E. 1.6**

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3). Dans la mesure où la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr., les maximes des débats (art. 55 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables à la présente cause. Elle est en outre régie par la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 et 2 a contrario CPC).

### **E. 2**

Au vu du siège de l'intimée au Portugal, la cause présente un élément d'extranéité. Les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence internationale des juridictions suisses pour trancher le présent litige, dans la mesure où les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO et que l'appelant accomplissait habituellement son travail à Genève (art. 19 ch. 1 let. a Convention

- 16/31 -

C/24719/2013-4 [de Lugano] concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 [CL - RS 0.275.11]). La compétence de la Cour de céans est ainsi donnée aussi bien à raison de la matière que du lieu (art. 2 et 19 CL, art. 115 al. 3 LDIP, art. 34 al. 1 CPC, art. 124 let. a LOJ [RS/GE E 2 05] et art. 1 al. 1 let. a LTPH [RS/GE E 3 10]). Le droit suisse est en outre applicable, dans la mesure où le travailleur accomplissait habituellement son travail en Suisse durant son détachement et que seules sont litigieuses des prétentions issues de celui-ci (art. 121 al. 1 LDIP; arrêt du Tribunal 4A\_422/2011 du 3 janvier 2012 consid. 2.1). Pour autant que ses clauses soient plus favorables à l'employé que le droit suisse, la CCT portugaise trouve également application, dans la mesure où le contrat de travail y renvoie et que son champ d'application est maintenu en cas de détachement à l'étranger (art. 2 ch. 3 CCT). Celle-ci ayant été suspendue du 31 juillet 2012 au 31 décembre 2014 (loi n° 23/2012 du 25 juin 2012 et n° 48- A/2014 du 31 juillet 2014), le droit suisse est exclusivement applicable durant cette période.

### **E. 3**

L'appelant a augmenté ses conclusions en appel.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 317 al. 2 CPC, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux. L'art. 227 al. 1 CPC autorise la modification de la demande si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et présente un lien de connexité avec la dernière prétention ou, à défaut d'un tel lien, si la partie adverse consent à la modification de la demande. L'objet du litige au sens large est constitué par l'objet au sens

étroit (ce qui est demandé) et la cause (la base factuelle sur laquelle on demande quelque chose). Le fondement juridique sur lequel la demande repose n'entre pas (plus) dans la définition de l'objet du litige, ce qui découle du principe *jura novit curia* (SCHWEIZER, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 11 ad art. 227 CPC). Tout changement de conclusions (objet de la demande au sens étroit) constitue de facto une modification de la demande, qu'il s'agisse d'une amplification, d'un chiffrage nouveau, d'un changement de nature etc. (SCHWEIZER, op. cit., n. 14 ad art. 227 CPC). Si les conditions d'une modification de la demande ne sont pas réunies, le tribunal n'entre pas en matière sur la partie modifiée des conclusions et statue sur la demande initiale, pour autant que cette dernière n'ait pas été retirée (OGer/BE ZK 15 129 du 1er juillet 2015 consid. 6.4).

- 17/31 -

C/24719/2013-4

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelant a pris pour la première fois en appel des conclusions tendant au paiement d'une rémunération spéciale pour absence d'horaire de travail. Bien que ces conclusions soient en lien avec les heures supplémentaires, leur objet, à savoir l'indemnité pour horaire libre, n'est pas identique. Quand bien même ces conclusions résulteraient d'une simple séparation des conclusions tendant à la rémunération des heures supplémentaires effectuées en semaine et le week-end, comme le soutient l'appelant, le montant total des conclusions prises distinctement en appel devrait être égal aux conclusions de première instance relatives aux heures supplémentaires. Or, ces conclusions, qui s'élevaient à 268'628 fr. 89 en première instance, sont de 483'030 fr. 55 en appel, sans que cette augmentation ne repose sur des faits nouveaux. Il en va de même des conclusions subsidiaires d'appel, qui s'élèvent à 317'147 fr. 15 et sont ainsi également supérieures à celles de première instance, sans que des faits nouveaux n'aient été allégués. Il n'y a par conséquent pas lieu d'entrer en matière sur la partie modifiée des conclusions, de sorte que la Cour statuera sur les conclusions prises dans la demande initiale. Par ailleurs, l'appelant conclut au paiement d'un montant total de 20'686 fr. 70 à titre d'indemnité de vacances, sans se fonder sur des faits nouveaux. Par conséquent, ses conclusions tendant au paiement d'une indemnité pour les vacances non prises sont irrecevables en tant qu'elles dépassent le montant global de 18'055 fr. auquel il a conclu en première instance.

### **E. 4**

L'appelant fait grief au Tribunal de ne pas lui avoir alloué l'intégralité de ses prétentions en rémunération des heures supplémentaires. Il lui reproche d'avoir retenu qu'il percevait une rémunération globale comprenant celle des heures supplémentaires accomplies du lundi au samedi matin compris et de n'avoir pas pris en compte l'intégralité des heures supplémentaires alléguées bien que celles-ci aient été communiquées à sa hiérarchie sans qu'elle ne les conteste. Il reproche également aux premiers juges d'avoir calculé la rémunération des heures supplémentaires selon le droit suisse, la CCT étant seule applicable selon lui. L'intimée reproche au Tribunal de s'être basé sur les tableaux préparés par l'appelant pour retenir que ce dernier avait effectué des heures supplémentaires les samedis, dimanches et jours fériés, qui devaient être rémunérées. Elle soutient que l'appelant n'a ni démontré quels samedis, dimanches et jours fériés il avait travaillé, ni que les heures supplémentaires durant ces jours auraient été ordonnées ou approuvées par la banque, de sorte qu'aucun montant n'était dû au titre de rémunération des heures supplémentaires.

effectuées durant le week-end et les jours fériés. 4.1.1 A teneur de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail

- 18/31 -

C/24719/2013-4 supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3). 4.1.2 Selon l'art. 50 ch. 1 CCT, les périodes normales de travail quotidien et hebdomadaire sont respectivement de sept heures et trente-cinq heures. Est considéré comme travail supplémentaire celui qui a été effectué en dehors des heures de travail (art. 56 ch. 1 CCT). Le travail effectué par des travailleurs exemptés de l'horaire de travail dans une journée normale de travail n'est pas inclus dans la notion de travail supplémentaire (art. 56 ch. 2 let. a CCT). Le travail supplémentaire ne peut être effectué que dans les cas suivants: a) Quand l'institution doit faire face à une augmentation occasionnelle de travail et cela ne justifie pas l'admission des travailleurs; b) en cas de force majeure; c) quand il est indispensable de prévenir ou de réparer des préjudices grave subis par l'Institution ou par sa viabilité (art. 56 ch. 3 CCT). Est exigible le paiement de travail supplémentaire dont l'exécution est préalablement et expressément déterminée, ou réalisée de façon à ne pas être contestable par l'employeur (art. 56 ch. 4 CCT). L'art. 54 ch. 3 CCT prévoit que l'exemption de l'horaire de travail n'affectera pas le droit au repos hebdomadaire et aux fériés prévus dans la CCT. Sauf disposition contraire, expresse et inscrite dans le présent accord, les jours de repos hebdomadaire sont le samedi et le dimanche (art. 67 ch. 1 CCT). Les employés qui ont travaillé, totalement ou partiellement, durant les jours de repos hebdomadaires, ont droit à des jours complets de repos correspondant, à prendre dans les trois jours ouvrables suivant, sous réserve du paragraphe 7 de la clause 69. S'agissant de l'exécution du travail le samedi, l'art. 63 ch. 1 CCT prévoit que quand l'ouverture d'un guichet est justifié pour la satisfaction des intérêts publics reconnus, le régime différencié d'horaire de travail prévu dans la Clause 62 sera applicable selon les spécificités suivantes: a) Le travail accompli à l'abri de la présente Clause sera rémunéré conformément aux paragraphes 1 et 2 de la Clause 98 sans être pour autant considéré comme travail supplémentaire; b) Le repos hebdomadaire correspondant au samedi où le travail est effectué sera pris le

- 19/31 -

C/24719/2013-4 lundi suivant, sauf accord contraire entre le travailleur et l'Institution en application du paragraphe 7 de la clause 69. Selon l'art. 93 ch. 1 let. c CCT, la rémunération mensuelle effective correspond au revenu mensuel brut perçu par le travailleur. Le ch. 2 précise qu'elle comprend le salaire de base (let. a), l'ancienneté (let. b), les subventions des fonctions prévues dans la CCT (let. c) et toute autre prestation versée mensuellement et sur une base continue par exigence de la loi ou de la CCT (let. d). A teneur de l'art. 96 ch. 1 CCT, la rémunération horaire est calculée selon la formule suivante:  $R_m \times 12 : 52 \times n$ ,  $R_m$  étant la valeur de la rémunération mensuelle effective et  $n$  la durée normale du travail hebdomadaire. L'art. 98 ch. 1 CCT prévoit que le travail supplémentaire exécuté en jour

normal de travail sera rétribué selon les termes suivants: en journée, rétribution horaire augmentée de 50%, soit 150% en tout, pour la première heure, et augmentée de 75%, soit 175% en tout, pour la 2<sup>ème</sup> heure et les suivantes (let. a); la nuit, rétribution horaire augmentée de 87.5%, soit 187.5% en tout, pour la première heure, et augmentée de 118.75%, soit 218.75% en tout, pour la 2<sup>ème</sup> heure et les suivantes (let. b). Le travail effectué durant les jours de repos hebdomadaire et les jours fériés donne droit à un défraiement calculé selon la formule suivante et qui s'ajoute à la rétribution mensuelle effective:  $2 \times R_{hn} \times T$ ,  $R_{hn}$  étant la valeur de la rémunération de l'heure normale et T le nombre d'heures de travail exécuté dans chacun de ces jours (art. 98 ch. 3 CCT). Le travail exécuté durant les jours de repos hebdomadaire et les jours fériés qui dépasse sept heures par jour, donne droit à une rétribution calculée selon la formule suivante et qui s'ajoute à la rétribution mensuelle effective:  $2.5 \times R_{hn} \times T$  (art. 98 ch. 4 CCT). 4.1.3 Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Il appartient dès lors au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (ATF 129 III 171 consid. 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2). L'employeur est également tenu à rémunération lorsqu'il n'a émis aucune protestation, tout en sachant que le travailleur effectuait des heures supplémentaires, et que ce dernier a pu déduire de ce silence que lesdites heures étaient approuvées (ATF 86 II 155 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2; 4C.177/2002 du 31 octobre 2002 consid. 2.1; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 103). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2). Si l'art. 42 al. 2 CO

- 20/31 -

C/24719/2013-4 allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; ATF 122 III 219 consid. 3.a). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (ATF 132 III 379 consid. 3.1). Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise; l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2; 4A\_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.1.3). Les documents librement confectionnés par l'une des parties au procès sont toutefois sujets à caution et n'ont a priori pas plus de valeur probante que de simples allégations de cette partie (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_578/2011 du 12 janvier 2012 consid. 4; 5A\_822/2008 du 2 mars 2009 consid. 6.1.2). Les relevés personnels du travailleurs ne suffisent pas, mais s'ils sont fournis quotidiennement ou mensuellement à l'employeur, ils constituent un moyen de preuve approprié, quand bien même ils n'auraient pas été contresignés par ce dernier (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 103). 4.1.4 Le travailleur doit enfin déclarer dans un délai utile les heures supplémentaires effectuées sans que l'employeur ne le sache, de sorte que ce dernier puisse prendre des mesures organisationnelles pour empêcher un travail supplémentaire à l'avenir, ou qu'il puisse approuver les heures supplémentaires.

L'employeur a en effet un intérêt évident à être informé de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires par rapport à la durée de travail initialement prévue afin de pouvoir, le cas échéant, prendre les mesures d'organisation nécessaires, ce dont le travailleur doit également être conscient. En conséquence, si l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et si, compte tenu des circonstances, il n'avait pas non plus de raison de le savoir, on peut admettre que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 consid. 2.2 et 2.3). 4.1.5 Le salaire ordinaire peut inclure, si les parties en conviennent par écrit, une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires non compensées, de sorte que ces heures ne donneront droit à aucun paiement spécifique (ATF 124 III 469 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_73/2011 du 2 mai 2011 consid. 4; AUBERT, in Commentaire romand, CO I, 2012, n. 19 ad. art. 321c CO). L'accord doit toutefois être antérieur à l'accomplissement des heures supplémentaires (ATF 124 III 469 consid. 3.a). Le salaire doit par ailleurs être suffisamment élevé pour inclure la rémunération d'heures supplémentaires (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 107; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 44 ad art. 321c CO).

- 21/31 -

C/24719/2013-4 4.1.6 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO; ATF 140 III 86 consid. 4.1; 133 III 675 consid. 3.3). Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat (ATF 140 III 86 consid. 4.1). Lorsque la volonté réelle des parties ne peut être établie ou que leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et comportements selon la théorie de la confiance; il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective ; ATF 133 III 675 consid. 3.3; 131 III 606 consid. 4.1). 4.1.7 Le Tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Autrement dit, le juge apprécie librement la force probante de ces preuves en fonction des circonstances concrètes qui lui sont soumises, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis. Il n'y a pas de hiérarchie légale entre les moyens de preuves autorisés (ATF 133 I 33 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). 4.2.1 Il n'est pas contesté, à juste titre, que la convention d'exemption d'horaire est demeurée applicable durant le détachement de l'appelant à Genève. Il convient toutefois de déterminer si la rémunération additionnelle prévue par celle-ci était comprise dans la rémunération qu'il a perçue en Suisse et ce qu'elle couvrait. En l'occurrence, le contrat de détachement n'indiquait pas explicitement que la rémunération additionnelle prévue par la convention d'exemption d'horaire était comprise dans la rémunération mensuelle de 12'100 fr., respectivement 12'160 fr. 50. Cela étant, il ressort de la procédure que cette rémunération était globale et comprenait toute les prestations que recevait l'appelant au Portugal, soit notamment l'indemnité pour horaire libre (témoins C\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_). Les témoins I\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_, qui ont tous deux été détachés à Genève, ont par ailleurs indiqué qu'il était clair pour eux que leur propre salaire global comprenait l'indemnité pour horaire libre. Ces conditions avaient été expliquées au témoin

O\_\_\_\_\_, qui avait succédé au poste de l'appelant à Genève, avant son arrivée en Suisse. Selon les déclarations du témoin K\_\_\_\_\_, avec qui l'appelant avait négocié les conditions de son détachement, ce dernier était conscient que son salaire de 12'000 fr. comprenait l'exemption d'horaire. Bien que l'appelant soutienne le contraire, il apparaît surprenant, au vu des négociations qu'il a fermement menées au sujet des

- 22/31 -

C/24719/2013-4 conditions de son détachement, qu'il n'ait pas abordé la question de l'indemnité pour horaire libre alors qu'il est décrit comme une personne intelligente et que la convention d'exemption d'horaire n'avait pas été résiliée. Il a en outre déclaré en audience qu'il ne contestait pas le montant de la rémunération qui lui avait été allouée pour l'exemption de l'horaire de travail journalier, bien qu'il ne connaissait pas la manière dont elle était calculée, admettant ainsi avoir perçu l'indemnité pour horaire libre. Contrairement à ce que soutient l'appelant, le fait que le témoin P\_\_\_\_\_ soit d'avis que le salaire qu'il percevait en Suisse ne comprenait pas l'indemnité pour horaire libre n'est pas de nature à emporter conviction dans la mesure où cet avis est isolé, n'est corroboré par aucun élément de la procédure et émane de son avocat dans une procédure l'opposant à l'intimée au Portugal. Au vu de ce qui précède, la rémunération relative à l'exemption d'horaire était comprise dans le salaire de 12'100 fr., respectivement 12'160 fr. 50 de l'appelant, de sorte que les heures supplémentaires éventuellement effectuées durant son horaire normal de travail ne pouvaient donner lieu à une rémunération supplémentaire. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, cet horaire normal de travail s'étendait du lundi au vendredi et ne comprenait pas le samedi matin. En effet, des conditions particulières ont été mises en place pour le travail du samedi matin. Celui-ci faisait l'objet d'une rotation entre les collaborateurs de Genève, de sorte qu'ils ne travaillaient pas systématiquement à cette occasion. En outre, à teneur de la CCT, si un bureau était ouvert le samedi, le travail effectué ce jour-là donnait droit à un jour de compensation et était rémunéré de la même manière que les heures supplémentaires effectuées en semaine. Dans ces circonstances, le samedi matin ne pouvait pas être considéré comme une journée normale de travail de l'appelant, de sorte que le travail accompli ce jour-là n'était pas couvert par l'exemption d'horaire. Par conséquent, les heures supplémentaires éventuellement effectuées du lundi au vendredi étaient couvertes par l'exemption d'horaire et leur rémunération était comprise dans le salaire de l'appelant. Aucune rémunération supplémentaire ne peut dès lors être allouée à ce titre. 4.2.2

L'exemption d'horaire n'affectant pas le droit au repos hebdomadaire et aux jours fériés selon la CCT, il convient d'examiner si l'appelant a effectué des heures supplémentaires durant ces périodes-là justifiant une rémunération. En l'espèce, il ressort de l'instruction de la cause que l'appelant travaillait régulièrement les samedis matin et se rendait en outre à des événements lors de week-ends et de jours fériés afin d'y représenter l'intimée. Cette dernière avait connaissance des horaires d'ouverture de son bureau de Genève et du fait que l'appelant y travaillait régulièrement le samedi matin. Cela ressort notamment du

- 23/31 -

C/24719/2013-4 témoignage de C\_\_\_\_\_. Elle était également consciente du fait qu'il se rendait à des manifestations afin de la représenter, dans la mesure où son supérieur hiérarchique avait participé à plusieurs manifestations avec lui le week-end et les jours fériés et qu'elle exigeait de lui qu'il soit présent en tous les cas à deux manifestations précises, à savoir Santa Negra et Mission catholique. Le témoin O\_\_\_\_\_ a en outre déclaré que la banque s'attendait à ce que les collaborateurs du bureau genevois participent aux

événements de la communauté portugaise puisque c'était pour cette raison qu'il y avait un bureau à Genève. Dans ces conditions, une annonce des heures supplémentaires effectuées le week-end et les jours fériés n'était pas nécessaire pour en obtenir la rémunération. La question tendant à savoir si l'appelant occupait une position dirigeante peut demeurer indéterminée, dans la mesure où la CCT prévoit que l'exemption d'horaire n'a pas d'incidence sur le droit au repos hebdomadaire et que le travail effectué durant les jours de repos et les jours fériés donne droit à rémunération, sans faire d'exception pour les employés occupant une position dirigeante. Par conséquent, quand bien-même l'appelant aurait occupé une position dirigeante, il doit être payé pour les heures travaillées durant le week-end et les jours fériés. Demeure litigieuse la quotité des heures travaillées durant les week-ends et les jours fériés. L'appelant allègue avoir effectué 134 heures supplémentaires non rémunérées les week-ends et jours fériés en 2009, 197 en 2010, 205 en 2011, 263 en 2012 et 185 en 2013. A l'appui de ses allégations, il a produit des tableaux récapitulatifs des heures supplémentaires, qui ne distinguent pas les samedis matins du reste des week-ends et des jours fériés. Il n'est toutefois pas établi que ces tableaux aient été transmis à l'intimée. L'instruction a en outre permis d'établir qu'il n'y avait pas de contrôle des heures de travail dans le bureau de Genève. Bien que le témoin F\_\_\_\_\_ ait déclaré que l'appelant envoyait une fois par semaine un courriel à la direction contenant un fichier "excel" relatif aux samedis, dimanches et jours fériés travaillés, son témoignage ne permet pas de déterminer précisément quel document était transmis, aucuns desdits courriels n'ayant été produits. Ce témoignage, qui n'est corroboré par aucun élément du dossier, est par ailleurs sujet à caution dès lors que le témoin F\_\_\_\_\_ a été licencié par l'intimée. Il ressort toutefois des témoignages que l'appelant se rendait à des événements de représentation environ une fois par mois les samedis, dimanches ou les jours fériés (témoins I\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_). Il travaillait en outre régulièrement le samedi matin, presque tous selon le témoin F\_\_\_\_\_ et environ deux samedi par mois selon le témoin I\_\_\_\_\_, l'appelant passant simplement voir si tout se passait bien les autres samedis. Ce dernier se rendait également régulièrement au Portugal le week-end pour visiter sa famille. Sur cette base, il peut être estimé, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, que l'appelant effectuait 15 heures supplémentaires par mois le week-end et les jours fériés jusqu'au 31 décembre 2010, à savoir 4 heures le samedi matin deux fois par mois, soit 8 heures par mois,

- 24/31 -

C/24719/2013-4 et 7 heures une fois par mois - correspondant à une journée de travail selon la CCT - lors d'événements organisés par la communauté portugaise. A compter de janvier 2011, il n'effectuait plus que 13 heures supplémentaires par mois, dont

## **E. 6**

L'appelant fait grief au Tribunal de ne pas avoir fait figurer dans le dispositif de son jugement le montant au paiement duquel l'intimée a été condamnée au titre du quatorzième salaire. Il n'en conteste toutefois pas le montant. Contrairement à ce que soutient l'appelant, le dispositif du jugement inclut le montant relatif au quatorzième salaire. Le chiffre 6 du dispositif du jugement regroupe en effet les montants retenus par le Tribunal au titre d'heures supplémentaires pour 2013 (7'543 fr. 40), d'indemnité pour jours de vacances non pris en nature (20'686 fr. 70) et de quatorzième salaire au pro rata temporis (1'534 fr. 40). Cela étant, afin d'éviter toute confusion, l'intimée sera distinctement condamnée à payer à l'appelant la somme de 1'534 fr. 40, avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2014, au titre de quatorzième salaire. Le jugement querellé sera ainsi modifié sur ce point.

## **E. 7**

L'intimée fait grief au Tribunal de l'avoir condamnée à payer à l'appelant une indemnité à titre de jours de vacances non pris. Selon elle, seuls 34 jours de vacances n'ont pas été pris en nature en 2011 et 2012, lesquels ont été rémunérés par le versement de la somme brute de 6'212 EUR (somme nette de 2'350.37 EUR), de sorte qu'aucun montant n'est dû à ce titre. Elle reproche également au Tribunal d'avoir retenu le montant net en lieu et place du montant brut payé à titre d'indemnité de vacances.

- 27/31 -

C/24719/2013-4

### **E. 7.1**

Selon l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins et cinq semaines au moins aux travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (al. 3). L'art. 329d al. 1 CO prévoit que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. A contrario, cela signifie que lorsque les vacances n'ont pas encore été prises à la fin des rapports contractuels, elles doivent être indemnisées en argent, ladite indemnité étant immédiatement exigible à la fin du contrat de travail (art. 339 al. 1 CO). Il incombe à l'employeur, en tant que débiteur du droit aux vacances, de prouver qu'il s'est acquitté de son obligation, c'est-à-dire qu'il a accordé effectivement au travailleur le temps libre rémunéré qui lui était dû (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_419/2011 du 23 novembre 2011 consid. 5.2). Le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait. 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 du Tribunal fédéral 4A\_463/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.1). Afin de calculer le salaire afférent aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 10.64 % du salaire annuel brut pour cinq semaines de vacances, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 7 ad art. 329d COM WYLER, op. cit., p. 400; AUBERT, in Commentaire romand, CO I, 2012, n. 5 ad art. 329a CO et n. 5 ad art. 329d CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2010, n. 1.2 ad art. 329d CO). Selon l'art. 69 ch. 1 CCT, les vacances annuelles se montent à 25 jours ouvrables. Le droit aux vacances s'acquière en vertu du travail effectué au cours de chaque année civile et prend fin le premier janvier de l'année civile suivante (art. 69 ch. 4 CCT). L'art. 71 ch. 1 CCT prévoit qu'au cours de l'année de la suspension du contrat de travail due à un empêchement prolongé concernant le travailleur, s'il y est dans l'impossibilité totale ou partielle de jouir des jours de vacances écoulés, le salarié a droit à une rémunération pour la période de congés non pris et à l'indemnité qui lui est liée. Selon l'art. 102 al. 2 CCT, pour chaque jour de vacances auquel le

- 28/31 -

C/24719/2013-4 salarié a droit, il percevra 1/25 du salaire mensuel effectif à titre d'indemnité de vacances.

## **E. 7.2**

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelant dispose d'un solde de 9 jours de vacances non prises en nature en 2011 et de 25 jours en 2012, soit un total de 34 jours. S'agissant de l'année 2013, l'intimée soutient que l'appelant n'aurait pas de droit aux vacances, dans la mesure où il ne travaillait plus au 1er janvier 2014 et où, selon la CCT et le droit portugais, les vacances ne seraient dues que le 1er janvier de l'année civile suivant une année travaillée. Or, le droit suisse est applicable au présent litige, à l'exclusion du droit portugais, et la CCT trouve uniquement application pour autant qu'elle soit plus favorable à l'employé que le droit suisse (art. 2 ch. 3 CCT). Dès lors que le droit suisse relatif au droit aux vacances est plus favorable, il est seul applicable à cet égard, de sorte que l'appelant a droit aux jours de vacances non pris en nature en 2013. L'intimée, qui supporte le fardeau de la preuve, n'a pas démontré que l'appelant aurait pris tous ses jours de vacances pour 2013. Par conséquent, la Cour retiendra, à l'instar du Tribunal, que l'appelant dispose d'un solde de 3 jours de vacances pour 2013, étant précisé que l'appelant n'a pas contesté ce montant, portant son solde total de vacances non prises en nature à 37 jours. Dans la mesure où ce solde se rapporte aux vacances auxquelles l'appelant avait droit durant son détachement à Genève, seul son salaire suisse est déterminant pour calculer l'indemnité y relative. C'est dès lors à tort que l'intimée lui a versé une indemnité au Portugal selon son salaire portugais. Durant les périodes concernées, l'appelant percevait un salaire mensuel brut de 12'160 fr. 50 versé quatorze fois l'an, soit 170'247 fr. par an (12'160 fr. 50 x 14 mois). Son indemnité de vacances s'élève ainsi à 18'114 fr. 30 (10.64% x 170'247 fr.) pour cinq semaines de vacances, soit 724 fr. 55 par jour de vacances (18'114 fr. 30 ÷ 25 jours). L'appelant ayant un solde de 37 jours de vacances non prises en nature, il aurait droit à une indemnité de 26'808 fr. 35 (724 fr. 55 x 37 jours). Ne pouvant statuer *ultra petita*, la Cour ne peut allouer un montant supérieur aux conclusions de l'appelant. L'intimée sera par conséquent condamnée à payer 18'055 fr. à l'appelant à titre d'indemnité de vacances, avec intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2014, étant précisé que le *dies a quo* des intérêts n'est pas contesté. Il n'y a pas lieu de déduire de ce montant la somme versée par l'intimée à l'appelant au Portugal, dans la mesure où les cotisations sociales ne sont pas les mêmes qu'en Suisse et où l'intégralité de ce montant doit être versé en Suisse, de même que les charges sociales qui s'y rapportent. Le jugement entrepris sera ainsi modifié en ce sens.

## **E. 8.1**

Si l'instance d'appel se prononce à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

- 29/31 -

C/24719/2013-4 En l'espèce, l'issue du litige ne commande pas de revoir les frais judiciaires de première instance, dont le montant et la répartition n'ont par ailleurs pas été remis en cause en appel.

## **E. 8.2**

Les frais judiciaires d'appel et d'appel joint seront arrêtés à 3'000 fr., (art. 19 al. 3 let. c LaCC et art. 71 RTFMC) et compensés par l'avance de même montant versée par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Ils seront mis à la charge de l'appelant à raison d'un tiers et de l'intimée à raison de deux tiers (art. 106 al. 2 CPC), cette dernière succombant dans une large mesure (tant sur la rémunération des heures supplémentaires effectuées les week-ends et jours fériés que sur l'indemnité de vacances) et

l'appelant succombant que partiellement (rémunération des heures supplémentaires effectuées en semaines et indemnité repas). L'intimée sera en conséquence condamnée à verser 2'000 fr. à l'appelant (art. 111 al. 2 CPC). Il n'est pas alloué de dépens d'appel ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

- 30/31 -

C/24719/2013-4 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 12 septembre 2016 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/273/2016 rendu le 13 juillet 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/24719/2013. Déclare recevable l'appel joint formé le 3 novembre 2016 par B\_\_\_\_\_ SA contre ce même jugement. Au fond : Annule les chiffres 2 à 6 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau sur ces points: Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 13'167 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2010. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 26'378 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2011. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 23'097 fr. 60, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2012. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 19'993 fr. 10, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2013. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 6'519 fr. 50 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2014. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 1'534 fr. 40, avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2014 Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 18'055 fr., avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2014 Confirme le jugement querellé pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

- 31/31 -

C/24719/2013-4 Sur les frais : Arrête les frais judiciaires à 3'000 fr. et les compense avec l'avance de frais fournie par A\_\_\_\_\_, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Les met à la charge de B\_\_\_\_\_ SA à raison de deux tiers et de A\_\_\_\_\_ à raison d'un tiers. Condamne en conséquence B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ 2'000 fr. à ce titre. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Madame Christine PFUND, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.

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