

# **GE\_GERICHTE CAPH/224/2020 vom 17. Dezember 2020**

GE Cour de justice, 2020-12-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_224\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_224_2020)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/224/2020 du 17 décembre 2020

IT: GE\_GERICHTE CAPH/224/2020 del 17 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour (art. 124 let. a LOJ) dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 308 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC) à l'encontre d'une décision finale de première instance qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC). L'appel joint formé par l'intimé est également recevable (art. 313 al. 1 CPC). A \_\_\_\_\_ SA sera désignée ci-après en qualité d'appelante et B \_\_\_\_\_ en qualité d'intimé.

### **E. 1.2**

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire est applicable (art. 243 al. 1 CPC a contrario). La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC), dans les limites posées par les maximes des débats et de disposition applicables (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

### **E. 2**

L'appelante conteste l'application de la CCNT.

2.1.1 A teneur des art. 356 ss CO, les clauses normatives d'une convention collective de travail n'ont d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient. La convention peut être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT), auquel cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue (ATF 139 III 60 consid. 5.2; 134 I 269; 123 III 129 consid. 3; 102 Ia 16, JdT 1977 I p. 256; FF 1954 I 156).

L'art. 1 de la CCNT, sous l'intitulé "Champ d'application", dispose, à son alinéa premier, que la convention collective s'applique à tous les employeurs et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration.

- 16/38 -

C/1692/2019-5

Par arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998, le champ d'application de la CCNT a été étendu (FF 1998 V 4856). Cette extension a déployé des effets à partir du 1er janvier 1999 jusqu'au 31 décembre 2002, puis a été prolongée ou prorogée, la dernière fois le 12 décembre 2016 (FF 2016 8593). L'art. 2 al. 2, 1er paragraphe, de cet arrêté prévoit que les clauses visées par l'arrêté d'extension s'appliquent aux employeurs et aux travailleurs des établissements servant des prestations dans le domaine de l'hôtellerie ou de la restauration; il est précisé que sont considérés comme tels, les établissements qui hébergent des

personnes moyennant une prestation pécuniaire ou vendent des mets ou des boissons à consommer sur place. Par modification de l'arrêté d'extension, du 22 septembre 2005 entrée en vigueur le 1er octobre 2005, la phrase suivante a été ajoutée au texte initial: « les entreprises livrant des mets prêts à être consommés sont assimilées aux restaurants et cafés ».

Selon le Commentaire de la CCNT, édité par l'Office de contrôle de la CCNT, la notion d'établissement de l'hôtellerie ou de la restauration est comprise dans un sens large. Elle englobe aussi les établissements qui ne sont pas soumis à une loi cantonale sur l'hôtellerie et la restauration ainsi que les établissements qui ne sont pas ouverts au public. En matière de gastronomie, la notion comprend en particulier les restaurants, les cafés, les tea-rooms, les bars, les clubs, les cantines et restaurants d'entreprise, les take-away, les food-trucks et autres stands mobiles offrant des plats cuisinés, les services de livraison à domicile de plats cuisinés (p.ex. courriers-pizzas), les services de catering, les stands de boissons et de nourriture ainsi que les entreprises de restauration pour des manifestations sportives, comptoirs et autres événements, les bars de théâtre (Commentaire de la CCNT, état au 1er janvier 2017). Si la notion de food-trucks n'apparaît pas dans le Commentaire officiel précédent, le catering, le take-away, les services à domicile pour des plats cuisinés, les stands mobiles de vente de menus et/ou de boissons étaient déjà considérés comme faisant partie du domaine de la restauration (Commentaire de la CCNT, état au 1er janvier 2012).

2.1.2 Pour savoir si une entreprise entre dans le champ d'application de la CCNT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause. Les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuellement à la CCNT (rapport de concurrence directe) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_491/2008 du 4 février 2009 consid. 2.1).

Dans cet arrêt, il était question d'une entreprise dont "l'activité essentielle" consistait à "préparer et à livrer des mets prêts à être consommés et à l'emporter", ces prestations étant "proposées contre rémunération et accessibles à tout un chacun". Le Tribunal fédéral, après avoir relevé que le texte de la CCNT ne mentionnait pas expressément les traiteurs comme prestataires de services assujettis à la convention, a retenu que rien ne justifiait de ne pas inclure ceux-ci

- 17/38 -

C/1692/2019-5 dans les prestataires de services du domaine de la restauration. Selon la définition du Petit Robert, la restauration correspondait au «métier de restaurateur, de traiteur, de préparateur de plats, de sandwiches, de crêpes». Au reste, le Commentaire de la CCNT 1998, donnait lui-même comme exemple de prestations fournies par les prestataires de restauration soumis à la convention le catering et la vente à l'emporter. Rien ne laissait donc supposer que les traiteurs, dont l'activité consistait à préparer des repas ou des plats à emporter et à consommer chez-soi (Petit Robert), n'entraient pas dans le champ d'application de la CCNT. La convention étendue précisait, quant à elle, la notion d'établissements servant des prestations dans le domaine de l'hôtellerie ou de la restauration, en mentionnant les établissements pouvant être « notamment » considérés comme tels. Le fait que parmi ces établissements figuraient ceux qui vendent des mets ou des boissons « à consommer sur place » ne saurait à lui seul exclure l'activité de traiteur du domaine considéré. Il convenait tout d'abord d'observer que le paragraphe de la clause en question

traitait des établissements assujettis à la convention étendue et non pas de ceux exclus du champ d'application. Par ailleurs, il découlait de l'usage de l'adverbe « notamment » que la disposition considérée ne fournissait qu'une énumération exemplative des établissements en cause. On ne saurait donc en déduire une volonté des auteurs de la CCT étendue de ne pas inclure les traiteurs dans les prestataires de services assujettis (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_491/2008 précité consid. 2.2 et 2.3).

2.1.3 Bien que la CCNT prévoie qu'il incombe à la Commission de surveillance d'apprécier les cas limites, il appartient au juge uniquement, et non à une commission paritaire, de trancher la question de la soumission d'une entreprise à une convention collective de travail étendue (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2014 du 9 septembre 2014 consid. 5.2).

2.2.1 En l'espèce, le Tribunal a retenu que les camions-grill disposaient de matériel destiné à la cuisson de poulets entiers cuits sur broche, de cuisses et d'ailes de poulet ainsi que de pommes de terre. Des chips et des boissons faisaient également partie de l'assortiment. Aucune installation n'étant mise à disposition pour permettre une consommation sur place, les produits étaient apprêtés dans des sacs fermés ou des barquettes afin que les clients puissent les emporter. Des formules « menu » étaient également proposées, des couverts et assiettes étant mis à la disposition des clients. Il était proposé une restauration mobile, soit un concept de vente à l'emporter de mets cuisinés ou transformés et de boissons dans un véhicule prévu à cet effet et équipé du matériel en conséquence. La question de savoir si les camions-grills constituaient des food-trucks pouvait rester ouverte puisqu'ils répondaient, en tous les cas, à la définition de stands mobiles de vente de plats et de boissons.

L'appelante soutient que pour être assujetti à la CCNT, il faut que la consommation des repas confectionnés intervienne sur place ou qu'ils soient

- 18/38 -

C/1692/2019-5 livrés à la clientèle, deux conditions alternatives faisant défaut in casu, où il s'agissait d'une vente à l'emporter. La CCNT avait, selon elle, pour but d'assujettir un concept de food-trucks différent du sien, à savoir des camions qui proposaient un petit espace de consommation sur place avec un service à table. Par ailleurs, elle fait valoir que son produit ne constitue pas un repas. Le poulet entier devait encore être découpé avant d'être consommé et il n'était pas assorti d'autres aliments. Seuls les magasins d'alimentation, les traiteurs et les boucheries servaient des poulets entiers. Son activité se rapprochait en conséquence davantage du traiteur que des cafés restaurants.

Ce grief n'est pas fondé. La consommation sur place ou la livraison ne sont pas des conditions alternatives sine qua non à l'assujettissement. Le fait que l'aliment cuisiné ou transformé doit encore être l'objet d'une dernière action (être découpé) avant d'être consommé et qu'il est proposé seul ou accompagné d'autres aliments et/ou de boissons n'est pas pertinent non plus. Seule est déterminante la question de savoir si l'activité essentielle de l'appelante était de même nature que celle des cafés et restaurants, la mettant en concurrence directe avec ceux-ci, ce qui est le cas. En effet, comme elle le fait elle-même valoir, elle propose des mets à l'emporter et son activité se rapproche ainsi de celle du traiteur, cas de figure dont le Tribunal fédéral a retenu (après un examen de la convention étendue initiale, laquelle précisait viser notamment les entreprises proposant un service de consommation sur place, et de celle de 2005, laquelle précisait y assimiler celles qui proposaient un service de livraison) que rien ne permettait de l'exclure de l'assujettissement à la CCNT, ceci alors que l'entreprise concernée ne proposait pas de service de

consommation sur place et indépendamment de la question de l'existence d'un service de livraison.

L'appelante reproche encore au Tribunal d'avoir retenu qu'elle exploitait en outre une activité s'apparentant à un service de catering (cuisson et apprêts des poulets au domicile de la clientèle à l'occasion d'un évènement), alors qu'il ne s'agissait pas de son activité principale. Cette question peut demeurer ouverte. L'assujettissement de l'appelante à la CCNT doit être admis indépendamment de la prise en compte de cette activité spécifique.

L'appelante fait valoir en vain également que le Commentaire de la CCNT a été modifié au 1er janvier 2017, de sorte que son assujettissement avant cette date était encore moins justifié. Comme elle le relève elle-même, il ne s'agissait que de précisions. Celles-ci n'ont emporté aucune modification du champs d'application de la CCNT et n'ont donc eu aucune incidence sur l'assujettissement de l'appelante (ce qui est d'ailleurs proscrit s'agissant même des arrêtés d'extension du Conseil fédéral; cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_491/2008 précité consid. 2.3.1). Au demeurant, le take-away était déjà visé comme une activité assujettie à la CCNT dans le Commentaire de 2012, de même que l'activité de traiteur dans la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral de 2008.

- 19/38 -

C/1692/2019-5

2.2.2 Par ailleurs, le Tribunal a relevé que l'avis de l'Office de contrôle de la CCNT du 15 août 2018 était dépourvu de portée puisque celui-ci n'a pas le pouvoir d'exempter des établissements du champ d'application de la CCNT, cette compétence revenant au juge. Cet avis était, selon les premiers juges, d'autant moins pertinent qu'il résultait de l'examen de documents transmis par l'appelante.

Celle-ci fait valoir que l'Office s'était rendu sur place et avait procédé à une analyse approfondie, conformément à la procédure prévue par la CCNT. Selon elle, en tout état, un assujettissement rétroactif sur une période de cinq ans, après la décision de l'Office, était contraire aux principes de prévisibilité, de sécurité du droit, de non-rétroactivité et de la bonne foi.

Ce grief n'est pas fondé non plus. Le fait que l'Office a suivi la procédure de la CCNT ne change rien au fait que le Tribunal n'est pas lié par son avis. Quant aux principes invoqués par l'appelante, rien dans la loi, la CCNT ou la jurisprudence ne permet de retenir qu'une convention collective de travail ne peut être appliquée par le juge à une relation de travail ayant débuté des années auparavant. Quant à l'avis contraire de l'Office, celui-ci a été rendu et communiqué postérieurement au licenciement de l'intimé, de sorte qu'il n'est d'aucun secours à l'appelante eu égard aux principes invoqués.

### **E. 2.3**

et les références citées).

- 23/38 -

C/1692/2019-5 4.1.2 Aux termes de l'art. 15 CCNT, la durée moyenne de la semaine de travail, y compris le temps de présence, est pour tous les collaborateurs au maximum de 42 heures par semaine dans les entreprises employant de manière permanente plus de quatre collaborateurs (al. 1 ; annexe 1). Si le collaborateur doit rester à la disposition de l'employeur pendant le temps consacré aux repas, celui-ci sera considéré comme temps de

travail (al. 2). Les heures supplémentaires sont des heures de travail faites en plus de la durée moyenne de la semaine de travail convenue. Ces dernières doivent être compensées, dans un délai convenable, par du temps libre de même durée ou rémunérées (al. 4). Elles doivent impérativement être payées à 125% du salaire brut si l'entreprise n'enregistre pas la durée du travail conformément à l'art. 21 (cf. ci-dessous) ou qu'elle ne communique pas chaque mois par écrit au collaborateur son solde d'heures supplémentaires ou encore que le paiement des heures supplémentaires a lieu après le dernier versement de salaire conformément à l'art. 14 (al. 6). A teneur de l'art. 21 al. 2 CCNT, l'employeur doit tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Si cette obligation n'est pas respectée, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (art. 21 al. 4 CCNT) (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_86/2008 du 23 septembre 2008 consid. 4.2; 4A\_73/2008 du 4 juin 2008 consid. 3.2). Il ne s'agit pas d'un renversement du fardeau de la preuve ; toutefois, le juge pourra accorder une pleine valeur probante au décompte personnel de l'employé (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2011 du 3 janvier 2012 consid. 5 ; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 50 ad art. 321c CO, pp. 97 s.). 4.2.1 En l'espèce, le Tribunal a relevé qu'aucune des parties ne tenait un décompte des heures effectuées. Le contrat prévoyait que l'employé devait être joignable par téléphone entre 9h30 et 19h15. L'intimé n'avait toutefois pas allégué avoir été appelé entre 13h et 15h, heure prévue pour la pause, ni prouvé qu'il ne la prenait pas. L'appelante avait reconnu que l'intimé (et ses collègues) avaient un horaire fixe imposé par elle et déterminé par le plan de tournée et les horaires de présence, respectivement de vente. Il avait d'ailleurs été rappelé aux collaborateurs que ces horaires devaient être respectés. Parmi ces contraintes d'horaire, figurait celle exigeant que le premier poulet devait être prêt à être vendu à 10h15. De l'aveu même de l'appelante, il revenait au grilleur de déterminer à quelle heure il devait se rendre au dépôt pour arriver sur le lieu de vente suffisamment tôt afin de permettre la cuisson de la première fournée de poulets d'une durée d'environ une heure. S'agissant des heures de vente, une affiche rédigée par l'appelante stipulait que les poulets devaient être rôtis entre 10h10 et 13h et de 15h15 jusqu'aux environs de 19h15. Certains témoins avaient indiqué qu'ils vendaient au-delà de ces horaires, mais de leur propre choix. Concernant l'activité au dépôt avant le départ sur le lieu de vente et au retour, quelques manutentions d'environ 30 minutes étaient nécessaires. L'intimé avait indiqué que sa tournée comprenait des

- 24/38 -

C/1692/2019-5 emplacements situés à G\_\_\_\_\_ [GE], au H\_\_\_\_\_ [GE], à I\_\_\_\_\_ à J\_\_\_\_\_ [GE], à K\_\_\_\_\_ [GE] et à la poste L\_\_\_\_\_ [GE]. En définitive, le Tribunal a retenu que l'intimé travaillait en moyenne 9h25 (9.42 heures) par jour se décomposant comme suit : 9h45 (obligation d'être joignable de 9h30 à 19h15), auxquelles il fallait ajouter 30 minutes (manutentions au dépôt), 40 minutes (2 x 20 minutes ; trajets jusqu'au et depuis le lieu de vente) et déduire 1h30 (pause) (9h45 + 0h30 + 0h40 - 1h30). L'intimé effectuait ainsi 47.1 heures de travail par semaine (9.42 heures x 5 jours). La durée maximum étant de 42 heures selon la CCNT, il avait effectué 5.1 heures supplémentaires par semaine, soit en moyenne 244.8 heures supplémentaires par an (5.1 heures x 48 semaines). 4.2.2 L'appelante fait valoir que l'intimé ne lui a pas signalé ces heures et que son activité se caractérisait par une liberté dans l'organisation des horaires ainsi que par l'absence de surveillance possible par l'appelante (aucune connaissance des horaires effectués), les seules contraintes imposées étant celles stipulées dans le contrat de travail

(être prêt à vendre dès 10h15 et être joignable de 9h30 à 19h15). Le système de rémunération (nombre de poulets vendus) conduisait les vendeurs à gérer leur activité de manière quasi-indépendante, ce qui expliquait pourquoi aux termes des contrats, l'accomplissement d'heures supplémentaires sans autorisation de la direction était prohibé et qu'un rappel à l'ordre s'agissant du respect des horaires avait dû leur être adressé. Ce grief n'est pas fondé. Les heures supplémentaires retenues par le Tribunal sont celles de l'horaire de travail imposé contractuellement par l'appelante (être prêt à vendre dès 10h15 et être joignable de 9h30 à 19h15, avec une pause à midi, soit 47,1 heures) qui excédaient l'horaire maximum de travail prévu par la CCNT (42 heures) et non celles effectuées en sus dudit horaire contractuel. L'accomplissement de ces heures prévues contractuellement (supplémentaires dans la mesure où elles dépassaient le maximum autorisé par la CCNT) était donc forcément connu de l'appelante et nécessaire à ses yeux, de sorte que la question de la réalisation de ces deux conditions (auxquelles est subordonnée la rémunération des heures effectuées en sus de l'horaire contractuel) ne se pose pas in casu. L'intimé n'avait pas à annoncer à l'appelante qu'il accomplissait la totalité des heures nécessaires prévues contractuellement et il n'est pas démontré, ni même allégué qu'il en aurait effectué moins. L'autonomie dont bénéficiaient les employés que fait valoir l'appelante les conduisait d'ailleurs à effectuer des heures en sus de l'horaire contractuel (pour augmenter leur rémunération). C'est ce à quoi elle allègue s'être opposée et qui était prohibé aux termes du contrat. Le jugement entrepris sera donc confirmé s'agissant du principe du droit de l'intimé à la rémunération des heures de travail contractuelles qu'il a accomplies dépassant 42 heures par semaine.

- 25/38 -

C/1692/2019-5 4.2.3 A titre superfétatoire, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu que l'horaire contractuel effectué par l'intimé s'élevait à 47,1 heures par semaine. A bien la comprendre, la journée de travail débutait, selon elle, à 9h et se terminait à 19h30, avec deux heures de pause au milieu de la journée (p. 23 de son acte d'appel). Elle soutient à juste titre que le temps des trajets retenus (de façon exacte selon elle) par les premiers juges (2 x 20 minutes) ne doit pas être ajouté à la tranche horaire durant laquelle l'employé devait être joignable sur son téléphone (9h30 à 19h15), car tel pouvait être le cas durant les déplacements. Cela étant, comme le fait valoir avec raison, dans son appel joint, l'intimé (qui ne critique pas non plus le temps des trajets retenu), il convient de l'ajouter aux heures auxquelles les employés devaient arriver sur le lieu de vente et pouvaient en partir. Ces heures seront arrêtées à 9h environ - comme le fait valoir l'intimé - et 19h10 environ. En effet, les poulets devaient être prêts à la vente à 10h15 au plus tard (ce qui ressort des témoignages et de l'affiche destinée à la clientèle selon les déclarations de l'intimé non contestées spécifiquement par l'appelante) et leur temps de cuisson nécessitait entre 1h et 1h15, dernier point non remis en cause par les parties. En outre, selon les listes des ventes journalières, l'intimé débutait la première cuisson des poulets en général à 9h au plus tard. Quant à l'heure de départ précitée, elle n'est pas litigieuse, ce qui ressort, pour ce qui est de l'intimé, notamment de sa réponse à l'appel et son appel joint devant la Cour (p. 16, point 82), ainsi que de ses déclarations devant le premier juge (l'affiche destinée à la clientèle indiquait que les poulets devaient être cuits jusqu'à 19h-19h20 et « il finissait de vendre comme d'habitude vers 19h-19h15 »). C'est à juste titre que l'appelante fait valoir, par ailleurs, que la durée de la pause de la mi-journée ne peut être arrêtée à 1h30 (comme l'a retenu le Tribunal et ne le remet pas en cause l'intimé en appel), au vu des déclarations de

ce dernier relatives à l'affiche destinée à la clientèle (absence de ventes entre 13h15 et 15h15) et des allégués de sa demande du 19 novembre 2018 (p. 7, all. 14 : pause de 13h15 à 15h). Au surplus, le précité ne fournit pas suffisamment d'éléments concrets tendant à démontrer que sa pause devait se limiter et se limitait à 1h30. Il n'invoque en particulier pas devant la Cour que les poulets devaient être mis à cuire avant 15h (pour être proposés à la vente à 15h15 selon cette affiche) et ne pouvaient l'être le matin déjà. Les déclarations du seul employé ayant témoigné sur la question de la durée de la pause (chacun faisait comme il le souhaitait selon sa conscience professionnelle et suivant le nombre de poulets restant cuits du matin, lui-même effectuant entre 1h et 1h30 de pause ou moins) ne lui sont d'aucun secours. Il en est de même des listes des ventes journalières, au vu des variations qu'elles comportent sur ce point. Une pause de deux heures, comme le fait valoir l'appelante, ne saurait cependant non plus être retenue. Elle a elle-même allégué dans sa réponse à la demande du 19 novembre 2018 qu'elle intervenait de 13h15 à 15h (p. 15 et 16, all. 280 à 282). La durée de la pause de

- 26/38 -

C/1692/2019-5 midi effectuée par l'intimé selon l'horaire contractuel sera en conséquence arrêtée à 1h45, conformément aux allégations concordantes des parties résultant de leurs écritures de demande et réponse respectives de première instance. Enfin, l'appelante soutient en vain, faute d'éléments précis et concrets fournis à cet égard, que le "facteur de saisonnalité" avait conduit à une compensation entre les "périodes de travail intenses et creuses". Quant à l'intimé, c'est à tort qu'il reproche, dans son appel joint, au premier juge d'avoir omis de tenir compte du travail de mise en fonction du camion de 10 minutes à effectuer sur place avant 9h. Rien ne permet de retenir que ce travail ne pouvait avoir lieu dès 9h, pratiquement de façon simultanée à la mise en route de la première cuisson des poulets. Il fait également à tort grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte du travail d'une vingtaine de minutes consistant à ranger et nettoyer le camion le soir. Certes, la durée de cette tâche résulte du témoignage des trois anciens employés entendus. Cela étant, les premiers juges ont pris en considération un travail total (matin et soir confondus) de 30 minutes au dépôt (notamment de manutention, à l'encontre duquel l'appelante ne développe aucune critique). Or, celui-ci peut être décomposé en 15 minutes environ de chargement le matin et 15 minutes environ de rangement et nettoyage le soir. En effet, selon les déclarations de deux des précités, le travail du matin au dépôt durait 20 ou 30 minutes (témoins N\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ ) et sa durée dépendait de l'aide mutuelle que le personnel s'apportait dans ce cadre (témoin N\_\_\_\_\_). Par ailleurs, il découle des précisions de l'un d'eux que le nettoyage s'effectuait également en continu la journée, que sa durée dépendait du nombre de poulets vendus et que la durée de celui du soir durait une vingtaine de minutes lorsque l'intérieur du camion était sale (témoin N\_\_\_\_\_). Au vu de ce qui précède, le déroulement d'une journée de travail type de l'intimé effectuée conformément à ses obligations contractuelles peut, certes, être schématisé comme suit : arrivée au dépôt vers 8h25 (ou plus tôt pour boire le café avec ses collègues au dépôt ou sur la route avant d'arriver au lieu de vente), chargement du camion durant environ 15 minutes, départ vers 8h40 (comme l'a déclaré le témoin C\_\_\_\_\_), arrivée sur le lieu de vente vers 9h, pause entre 13h15 à 15h environ, départ vers 19h10, arrivée au dépôt vers 19h30 et nettoyage du camion durant environ 15 minutes, soit une journée d'environ 9h35 de travail (8h25 à 19h45 – 1h45). Il n'en demeure pas moins que cet horaire contractuel effectué ne peut être déterminé de façon exacte (à 15 minutes près). Il était sujet à des variations importantes

suivant les saisons (témoins C \_\_\_\_\_ et O \_\_\_\_\_ [« en périodes creuses, il lui arrivait de finir un peu plus tôt »]), le nombre de poulets cuits (ayant une incidence sur l'heure à laquelle devait débiter la première cuisson

- 27/38 -

C/1692/2019-5 après la pause, voire le lendemain et sur la durée du nettoyage), les ventes effectuées (impactant la durée de la pause et l'heure de départ du soir), les emplacements de vente (temps de trajet et horaires de vente) et les décisions prises par l'intimé dans l'exécution de son travail en conformité du contrat. Ainsi, la durée de la journée de travail de l'intimé effectuée selon l'horaire contractuel (déterminé par le temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées) telle que retenue par le premier juge à hauteur de 9h25 (en faisant usage de son pouvoir d'appréciation) n'est pas critiquable. Les griefs des parties étant infondés, le jugement entrepris sera confirmé s'agissant de la quotité des heures travaillées conformément à l'horaire contractuel.

### **E. 3**

L'appelante soutient que dans la mesure où le Tribunal a appliqué la CCNT, il aurait dû retenir la nullité de certaines des clauses du contrat conclu entre les parties et rechercher leur volonté hypothétique. Si elle avait su que la CCNT était applicable, elle n'aurait pas opté pour un système de rémunération à la commission sur les ventes, mais aurait fait application du salaire mensuel minimum prévu par cette convention, versé treize fois l'an. Dans la mesure où la rémunération qu'avait perçue l'intimé était supérieure à celle prévue par la convention, rien n'était dû à celui-ci. En effet, les parties devaient être replacées dans la situation qui était la leur si elles avaient appliqué la CCNT dans sa globalité depuis le début de la relation de travail.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Aux termes de l'art. 357 CO, sauf disposition contraire de la convention collective de travail, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (al. 1). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la convention sont nuls et remplacés par ces clauses; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (al. 2).

- 20/38 -

C/1692/2019-5

Ainsi, la convention collective n'est que relativement impérative. Pour déterminer si un contrat individuel est au moins aussi favorable que la convention collective, il ne faut pas le comparer à celle-ci globalement. Il faut examiner séparément chaque groupe de dispositions se rapportant à un même sujet, par exemple le salaire minimum, les vacances, les heures supplémentaires. L'équivalence doit être réalisée sur chaque sujet, c'est-à-dire dans chaque groupe de dispositions relatives à ce sujet, et sur une période relativement courte (en général un mois et non pas une année). Ainsi, l'octroi, par le contrat individuel, de vacances plus longues que celles prévues à la convention collective ne saurait permettre aux parties au

contrat individuel de convenir d'un salaire inférieur au minimum fixé par cette convention (ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535; 116 II 153 consid. 2, JdT 1991 I 49; SJ 1995 813 consid. 1; AUBERT, CR CO I, 2012, n. 4 ad art. 357 CO).

Il n'y a donc pas lieu de procéder à une comparaison globale entre la réglementation du contrat individuel de travail et celle prévue dans la CCT, ni de comparer individuellement chaque clause du contrat de travail avec la réglementation correspondante de la CCT, mais d'appliquer une méthode intermédiaire, consistant dans une comparaison dite par secteur. Celle-ci consiste à comparer des groupes de dispositions caractérisées par le lien logique étroit qu'elles entretiennent entre elles (ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535 ; 116 II 153, JdT 1991 I 49; arrêt du Tribunal fédéral 4C.67/2005 du 4 mai 2005 consid. 4.3; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2019, p. 1092). A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu que les dispositions concernant la durée du travail, les heures supplémentaires et le salaire constituaient un groupe à prendre en considération de manière globale dans la comparaison : il a ainsi jugé qu'une durée supérieure du travail à celle prévue par la CCT pouvait être valablement compensée par un salaire contractuel supérieur au salaire minimum de la CCT, augmenté du supplément prévu par cette dernière pour les heures supplémentaires (arrêt du Tribunal fédéral 4C.67/2005 précité consid. 4.3; WYLER/HEINZER, op. cit., ibidem). En revanche, dans un arrêt postérieur, il a jugé que le salaire de base et le salaire afférent aux vacances ne faisaient pas partie du même groupe de dispositions, interdisant ainsi la compensation entre un salaire de base contractuel supérieur aux salaires minimums de la CCT et un salaire afférent aux vacances inférieur, relevant de surcroît que la comparaison salariale devait être faite sur une base mensuelle (ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535 ; WYLER/HEINZER, op. cit., ibidem). Au vu de cette jurisprudence, dont il est difficile de déduire des lignes directrices générales concernant la détermination des groupes ou secteurs à comparer, une partie de la doctrine préconise d'appliquer la méthode de comparaison individuelle. Selon deux auteurs, si cette méthode présente indéniablement des avantages en matière de sécurité du droit, elle restreint considérablement l'autonomie des parties à l'intérieur du cadre défini par la CCT et elle risque de

- 21/38 -

C/1692/2019-5 conduire à un déséquilibre contractuel en permettant au travailleur de cumuler les avantages de la CCT et ceux de son contrat individuel de travail. Même si elle présente des difficultés, seule la comparaison par groupes est ainsi, selon ces auteurs, de nature à respecter la nature d'une CCT, qui est le résultat global de négociations, de sorte qu'on ne peut isoler ses dispositions les unes des autres (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 1092 et 1093).

### **E. 3.2**

En l'espèce, faisant application de la CCNT, le Tribunal a condamné l'appelante à payer à l'intimé un treizième salaire, une indemnité à titre de vacances non prises en nature et de jours fériés ainsi que des heures supplémentaires. L'appelante fait valoir que la rémunération mensuelle globale moyenne de l'intimé durant l'entier de la relation contractuelle (4'549 fr. brut) était supérieure à ce qui lui était dû globalement en application des dispositions de la CCNT relatives aux salaires mensuels minimums (40'800 fr. à 43'416 fr. brut par an, soit 3'400 fr. à 3'618 fr. brut par mois sur 12 mois), au treizième salaire (8,33%, soit 283 fr. à 301 fr. brut) et à l'indemnité pour les vacances (10,65%, soit 362 fr. à

385 fr. brut). Les réglementations du contrat de travail et de la CCNT doivent être comparées (non ce qui a été perçu par l'employé et ce qu'il aurait dû percevoir conformément à la CCNT). Aux fins de procéder à cette comparaison, la jurisprudence citée supra (comparaison dite par secteur) ne peut pas être appliquée à la lettre dans le cas d'espèce, dans la mesure où la rémunération prévue contractuellement consistait dans un salaire à la tâche, sous forme de commissions. L'appelante admet d'ailleurs dans son acte d'appel (p. 14) que le "commissionnement par unités d'articles vendus" prévu par le contrat est sans comparaison possible avec le salaire mensuel brut fixe de la CCNT. Même s'il fallait admettre - ce qui peut demeurer indécis - que les dispositions relatives au salaire mensuel minimum et au 13ème salaire entretiennent un lien étroit entre elles et, partant, qu'il y a lieu de les considérer comme un groupe à comparer globalement, il ne pourrait être retenu que la réglementation du contrat de travail était plus favorable ou tout aussi favorable au travailleur que celle de la CCNT au vu de la rémunération effective totale perçue en moyenne (sans compter que la comparaison doit s'effectuer par mois). En effet, le salaire de l'intimé n'était pas garanti ni stable, mais dépendait notamment de son investissement personnel, des conditions de travail mises à sa disposition par l'appelante et de la demande des clients. Compte tenu de cette particularité, la rémunération qu'il a effectivement perçue sur cette base - au cas où elle serait supérieure au salaire minimum garanti par la CCNT, ce qui peut demeurer indécis également - ne saurait compenser le défaut de versement en sa faveur d'un treizième salaire, comme y a droit tout employé de la branche. Une telle solution aurait pour effet injustifié de mettre à néant les avantages qu'il a su tirer, au prix d'efforts particuliers (précisément recherchés par l'appelante et lui bénéficiant également), d'une réglementation contractuelle présentant entre autres

- 22/38 -

C/1692/2019-5 désavantages une insécurité salariale. Quant aux vacances et jours fériés, les dispositions de la CCNT concernées ne forment pas un secteur avec celles garantissant un salaire mensuel minimum, mais protègent d'autres intérêts du travailleur, de sorte que le Tribunal a avec raison admis les prétentions de l'intimé en découlant, indépendamment de la rémunération totale qu'il a effectivement perçue. Enfin, point n'est besoin d'examiner la question des heures supplémentaires dans le cadre de ce grief, faute pour l'appelante de la soulever. En conséquence, le grief de l'appelante est infondé et le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

#### **E. 4**

L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir condamnée à payer des heures de travail supplémentaires. 4.1.1 Selon l'art. 321c al. 1 CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat de travail, le travailleur est tenu en principe d'exécuter ce travail supplémentaire. Conformément à l'art. 8 CC, il appartient au travailleur de prouver qu'il a accompli des heures supplémentaires et, en plus, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier. Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites

heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Une annonce rapide du nombre d'heures supplémentaires exact n'est alors pas indispensable à la rémunération de celles-ci, d'autant moins lorsque les parties ont convenu de la possibilité de compenser plus tard les heures supplémentaires en temps libre. Le travailleur doit non seulement démontrer qu'il a effectué des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, mais également prouver la quotité des heures dont il réclame la rétribution. Lorsqu'il n'est pas possible d'en établir le nombre exact, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, procéder à une estimation. Si elle allège le fardeau de la preuve, cette disposition 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; la conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2017 du 17 juillet 2018 consid.

## **E. 5**

L'appelante fait grief au Tribunal de l'avoir condamnée à payer une indemnité aux titres de vacances et jours fériés. 5.1.1 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). Il incombe à l'employeur, en tant que débiteur du droit aux vacances, de prouver 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). 5.1.2 En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a toutefois admis que, dans des situations particulières, ce par quoi il fallait entendre une activité très irrégulière (le salarié occupe un poste à temps partiel très irrégulier, voire un emploi intérimaire ; cf. AUBERT, CR CO I, 2012, n. 4 ad art. 329d CO), l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total (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). Laissant 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. 3.3). 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 116 II 515 consid. 4b) et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire

- 28/38 -

C/1692/2019-5 (ATF 129 III 493 consid. 3.3, arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1). Si les conditions ci-dessus 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 (ATF 129 III 664 consid. 7.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 précité consid. 3.1). 5.1.3 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. Cette disposition est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). Ainsi, lorsque les vacances

n'ont pas encore été prises à la fin des rapports contractuels, elles sont à indemniser en argent (art. 329d al. 2 CO a contrario). Cette indemnité est immédiatement exigible à la fin du contrat de travail (art. 339 al. 1 CO) et son ampleur correspond au salaire pour la durée des vacances non prises; cela revient donc à payer le même salaire une deuxième fois, pour la durée en question (PORTMANN, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 2011, n° 11 ad art. 329d CO). 5.1.4 L'art. 2 al. 2 CC prévoit que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Le fait d'exiger le salaire afférent aux vacances au terme de la relation contractuelle, au motif que les conditions formelles pour une inclusion de celui-ci dans le salaire total ne sont pas respectées, n'est pas constitutif d'abus de droit, même si l'employé a effectivement pris ses vacances durant les rapports de travail (ATF 129 III 493 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_435/2015 précité consid. 3.4.1 et 3.4.2). Il peut en aller différemment lorsque l'employé a perçu une forme de rémunération pendant ses vacances (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 3.3 et 4A\_66/2009 du 8 avril 2009 consid. 4). 5.1.5 Le collaborateur a droit à cinq semaines de vacances par année (35 jours civils par année, 2.92 jours civils par mois) (art. 17 al. 1 CCNT) et six jours fériés payés par an, soit un demi-jour par mois (fête nationale comprise) (art. 18 al. 1 CCNT). 5.2.1 En l'espèce, la première condition à laquelle est subordonnée l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total (activité très irrégulière) - que le Tribunal a laissée ouverte au vu de la variabilité du revenu en fonction des ventes effectuées - n'était pas réalisée, l'activité de l'intimé au sein de l'appelante, à plein temps, étant régulière et exercée pour une durée indéterminée. Une dérogation à la règle selon laquelle le salaire est versé au moment où les vacances sont prises n'était donc pas justifiée. Quant aux deux autres conditions, le Tribunal a relevé que le contrat prévoyait l'inclusion de l'indemnité pour les vacances et les jours fériés dans le salaire

- 29/38 -

C/1692/2019-5 mensuel global à hauteur de 8.33%. Ce pourcentage était appliqué sur la rémunération liée à chaque unité de l'assortiment vendue, ce qui avait été porté à la connaissance de l'intimé par fiche informative, laquelle mentionnait le détail du calcul (montant de la rémunération perçue pour chacun des types de produit et part de ce montant incluse correspondant à l'indemnité). Contrairement à ce que soutient l'appelante, les premiers juges ont ensuite retenu avec raison que la troisième condition faisait défaut. En effet, les fiches de salaire mensuelles ne mentionnaient pas en pourcentage ou en chiffres la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances. Un défaut que ne pouvait pallier la mention du contrat de travail et celle de la fiche informative (précitée) transmise à l'intimé en début d'année (dont au demeurant il n'est pas démontré que tel aurait été le cas de 2014 à 2016) pour déroger valablement au système prévu à l'art. 329d CO. Ainsi, deux des conditions définies par la jurisprudence pour admettre l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total n'étaient pas remplies. C'est donc avec raison que le Tribunal a condamné l'appelante au paiement de la totalité des jours de vacances et des jours fériés auquel l'intimé avait droit pour la période du 1er juin 2013 au 31 décembre 2017. 5.2.2 Peu importe que l'intimé ait pris tout ou partie de ses vacances durant les rapports de travail. Peu importe également qu'il ait été rémunéré pour ses (prétendues) vacances prises en nature (par l'inclusion de l'indemnité de vacances dans son salaire total), avec pour conséquence que cela reviendrait à payer celui-ci à double et à nier qu'il avait les ressources suffisantes pour partir en vacances. Rien n'est allégué qui laisserait supposer que l'intimé, qui ne touchait aucune rémunération lorsqu'il ne travaillait pas, disposait des ressources suffisantes

et ne subissait aucune pénalisation salariale pendant ses (prétendues) vacances. Enfin, le seul fait d'avoir attendu la fin des rapports de travail avant d'élever sa prétention n'est pas propre à rendre celle-ci abusive, ce que ne fait d'ailleurs pas valoir l'appelante. Au demeurant, l'appelante reproche à tort aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle n'avait pas démontré que l'intimé avait bénéficié de l'entier des jours de vacances et jours fériés auxquels il avait droit du 1er juin 2013 au 31 décembre 2017. Elle invoque en vain les décomptes annuels 2014 à 2018 des jours de congé de l'intimé (pièce 112 déf.). Etablis par ses soins et dépourvus tant de date que de signature, ils équivalent à de simples allégations d'une partie. En tout état, ils font apparaître chaque année des soldes positifs de vacances non prises, à l'exception de celui relatif à l'année 2018. Point n'est donc besoin de se prononcer sur leur recevabilité (admise par les premiers juges et remise en cause par l'intimé), faute d'incidence sur l'issue du litige.

- 30/38 -

C/1692/2019-5 Les listes des ventes journalières ne lui sont d'aucun secours non plus. L'hypothétique défaut, dans les classeurs qu'elle a produits les contenant, de celles relatives aux prétendus jours de vacances (que l'appelante ne détaille au demeurant pas) ne serait pas susceptible de démontrer leur caractère avéré. En effet, les jours travaillés font chacun l'objet d'une feuille distincte dont rien n'aurait empêché un retrait du classeur avant sa production. C'est sans succès, enfin, qu'elle se réfère, de façon générale et abstraite, à la pièce 13b dem. qui comprend divers nombreux documents. Elle ne fournit aucun élément concret (tel que les dates) permettant d'identifier les courriers invoqués et les prétendus jours de congés payés qui seraient ainsi démontrés.

## **E. 6**

Dans son appel joint, l'intimé fait grief au Tribunal d'avoir retenu que ses créances en paiement d'une indemnité à titre des vacances et jours fériés ainsi que de treizième salaire étaient prescrites s'agissant de la période du 1er janvier au 31 mai 2013.

6.1.1 Conformément à l'art. 341 al. 2 CO, les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail. Le délai de prescription est soit de dix ans (art. 127 CO), soit de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO). Ces délais sont impératifs (art. 129 CO). Sont soumises au délai quinquennal, notamment, les créances découlant du salaire de base, du treizième salaire, des heures supplémentaires, du droit aux vacances et de l'indemnité pour les vacances non prises (ATF 136 III 94 consid. 4.1; BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 31 ad art. 341 CO, p. 877 et 878). La prescription court dès que la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO) et est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par une requête de conciliation (art. 135 ch. 2 CO). A la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles (art. 339 al. 1 CO) 6.1.2 Le travailleur a droit à des vacances fixées, sauf convention ou réglementation contraire, par année de service; ce droit consiste en l'octroi de temps libre avec paiement du salaire correspondant à cette période (cf. art. 329a, 329c et 329d al. 1 CO). 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). Une prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut donc en principe naître qu'à la fin des rapports de travail. Le droit aux vacances se prescrit; s'il est prescrit au moment où les rapports de travail prennent fin, il ne naît aucune prétention pécuniaire de remplacement. Le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service.

Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixé par l'employeur (cf. art. 329c al. 2 CO). A défaut, il faut admettre qu'il

- 31/38 -

C/1692/2019-5 devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (ATF 136 III 94 consid. 4.1). Le collaborateur a droit à cinq semaines de vacances par année (35 jours civils par année, 2.92 jours civils par mois) (art. 17 al. 1 CCNT). A la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de 1/30e du salaire mensuel brut (art. 17 al. 5 CCNT). Le collaborateur a droit à six jours fériés payés par an, soit un demi-jour par mois (fête nationale comprise). En cas d'année de travail incomplète, le nombre des jours fériés à accorder est déterminé par la durée des rapports de travail (art. 18 al. 1 CCNT). Si les jours fériés ne sont ni accordés, ni compensés par un jour de repos supplémentaire, ils doivent être payés au plus tard à la fin des rapports de travail, chaque jour férié non pris donnant droit à une indemnisation d'1/22e du salaire brut mensuel (art. 18 al. 3 CCNT).

6.1.3 Aux termes de l'art. 323 al. 1 CO, si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement ne sont pas prévus par accord ou ne sont pas usuels et sauf clause contraire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, le salaire est payé au travailleur à la fin de chaque mois. Le treizième salaire est versé au plus tard avec le salaire de décembre ou lors de la cessation des rapports de travail (art. 12 al. 4 CCNT). 6.2.1 En l'espèce, le Tribunal a retenu que l'intimé faisait valoir des prétentions pour la période du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2017. Par requête de conciliation déposée le 29 juin 2018, il avait assigné l'appelante en paiement de 214'427 fr. 10 plus intérêts moratoires dès différentes dates, à titre d'indemnité pour vacances et jours fériés, de treizième salaire et d'heures supplémentaires. La prescription quinquennale était applicable. Partant, ses prétentions antérieures au 1er juin 2013 étaient prescrites. L'intimé soutient avec raison qu'en ce qui concerne les vacances, le droit de l'employé se rapporte à des périodes annuelles, soit en principe l'année de service ou l'année calendaire, si cela est convenu dans le contrat. Sur ce dernier point, c'est en revanche à tort qu'il fait valoir que tel était le cas en l'espèce. Rien dans le contrat conclu par les parties (ni dans la CCNT) ne permet de retenir une convention ou réglementation selon laquelle le droit du travailleur à ses vacances ne serait pas fixé par année de service, mais par année civile. Ainsi, le dernier jour où l'intimé pouvait encore prendre ses cinq semaines de vacances pour l'année de service allant du 6 juillet 2012 (premier jour de travail) au 6 juillet 2013 avant la fin de l'année de service en cours (6 juillet 2013) était le 31 mai 2013 (date d'exigibilité). Partant, son droit aux vacances pour la période du 1er janvier au 31 mai 2013 était déjà prescrit le 29 juin 2018 (dépôt de la requête). Quant à la prétention pécuniaire de remplacement, dès lors que le droit aux vacances pour la

- 32/38 -

C/1692/2019-5 période précitée était prescrit au moment où les rapports de travail ont pris fin (31 août 2018), elle n'est pas née. C'est donc avec raison que le Tribunal a retenu la prescription des prétentions de l'intimé en lien avec son droit aux vacances pour la période du 1er janvier au 31 mai 2013, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé à cet égard. Il en est de même pour ce qui est des prétentions de l'intimé en lien avec son droit aux jours fériés non pris ni compensés par des jours de repos pour la période précitée (la date d'exigibilité de la prise de chacun de ces jours étant la date du jour concerné). Quoi qu'il en soit, dans son acte d'appel joint, l'intimé ne développe pas son grief en lien avec les jours

fériés (il ne fait en particulier pas valoir une date d'exigibilité), de sorte qu'il ne sera pas entré en matière plus avant sur cette question. En revanche, l'intimé reproche avec raison au Tribunal d'avoir calculé le treizième salaire dû pour 2013 au pro rata en tenant compte uniquement des mois de juin à décembre 2013, alors que la prétention relative au treizième salaire devient exigible uniquement en décembre de l'année auquel il se rapporte selon l'art. 12 al. 4 CCNT, à défaut d'un accord contraire des parties, inexistant in casu. Partant, le jugement entrepris sera annulé sur ce point et il sera statué dans le sens du considérant 7.2.3 infra.

## **E. 7**

Reste à déterminer l'incidence de l'ensemble des considérants précédents sur les montants dus à l'intimé, étant relevé qu'il ne sera pas revenu, pour le surplus, sur les modes de calcul et les chiffres retenus par le Tribunal, faute de critiques développées par les parties. 7.1.1 Les heures supplémentaires doivent être payées à 125% du salaire brut si l'entreprise n'enregistre pas la durée du travail conformément à l'art. 21 CCNT ou qu'elle ne communique pas chaque mois par écrit au collaborateur son solde d'heures supplémentaires ou encore que le paiement des heures supplémentaires a lieu après le dernier versement de salaire conformément à l'art. 14 (art. 15 al. 6 CCNT). 7.1.2 Le salaire afférent aux vacances doit être calculé sur la base du salaire annuel brut complet, y compris le treizième salaire, les commissions, les indemnités permanentes, comme les allocations, les indemnités en compensation du salaire en nature et tous éventuels paiements réguliers. Lorsque le salaire est variable, par exemple sous forme de participation au résultat de l'entreprise, le salaire de référence est constitué par la moyenne du salaire de l'année de service considérée (ATF 132 III 172 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.217/2003 du 29 janvier 2004 consid. 4; CAPH/59/2012 du 28 mars 2012 consid. 8.1). Les suppléments, pour être pris en compte dans le salaire afférent aux vacances,

- 33/38 -

C/1692/2019-5 doivent avoir un caractère régulier et durable (arrêt du Tribunal fédéral 4C.313/2005 du 5 décembre 2005 consid. 3.1). A la fin des rapports de travail, les jours de vacances qui n'ont pas encore été pris doivent être indemnisés à raison de 1/30ème du salaire mensuel brut (art. 17 al. 5 CCNT). Si le paiement de l'indemnité de vacances est autorisé à la fin d'un mois ou dans le cadre d'un salaire horaire, l'indemnité de vacances s'élève à 10,65% du salaire brut (art. 17 al. 6 CCNT). Si des heures supplémentaires sont payées régulièrement, le salaire des vacances (art. 17) est également dû sur les heures supplémentaires (Commentaire de la CCNT ad art. 17). En cas d'année de travail incomplète, le nombre des jours fériés à accorder est déterminé par la durée des rapports de travail (art. 18 al. 1 CCNT). Si les jours fériés ne sont ni accordés, ni compensés par un jour de repos supplémentaire, ils doivent être payés au plus tard à la fin des rapports de travail, chaque jour férié non pris donnant droit à une indemnisation d'1/22ème du salaire brut mensuel (art. 18 al. 3 CCNT). Le droit aux jours fériés est indemnisé à raison de 2,27% (Commentaire de la CCNT ad art. 17). Si des heures supplémentaires sont payées régulièrement, le salaire des jours fériés (art. 18) est également dû sur les heures supplémentaires (Commentaire de la CCNT ad art. 17). 7.1.3 Le salaire mensuel brut moyen de la période considérée sert de base au calcul du treizième salaire. Si le treizième salaire est versé à la fin de chaque mois ou conjointement avec le salaire horaire, l'indemnisation à verser est de 8.33% (art. 12 al. 3 CCNT). Le calcul du treizième salaire se base en principe sur le salaire brut AVS conformément à l'article 8 al. 1 CCNT. Ceci inclut

également le paiement des jours de repos, des vacances et des jours fériés. Les heures supplémentaires payées de manière irrégulière ne sont pas à prendre en compte dans le calcul du treizième salaire (Commentaire CCNT ad art. 12). 7.2.1 En l'espèce, pour ce qui est des heures supplémentaires, les premiers juges ont retenu que le salaire de l'intimé avait varié d'une année à l'autre, de sorte qu'il convenait de calculer, pour chaque année, le montant auquel il avait droit sur la base du salaire qu'il avait perçu pour l'année en question. Il avait ainsi droit à 35'087 fr. brut à titre d'heures supplémentaires, se décomposant comme suit, les intérêts moratoires étant dus dès la fin des rapports de travail: - juin à décembre 2013: 4'929 fr. 65  $[35'157.25 (5'720.85 + 4'975.40 + 2'641.60 + 5'736.40 + 6'314.70 + 5'563.70 + 4'204.60) / 7 \text{ mois} / 4.33 \text{ semaines} / 42 \text{ heures} \times 125\% \times (244.8 \text{ heures} / 12 \text{ mois} \times 7 \text{ mois})]$ ; - 2014: 8'336 fr. 80  $(59'456 / 12 / 4.33 / 42 \times 125\% \times 244.8)$ ; - 2015: 7'848 fr. 40  $(55'973 / 12 / 4.33 / 42 \times 125\% \times 244.8)$ ; - 2016: 7'521 fr. 85  $(53'644 / 12 / 4.33 / 42 \times 125\% \times 244.8)$ ; - 2017: 6'450 fr. 30  $(46'002 / 12 / 4.33 / 42 \times 125\% \times 244.8)$ .

- 34/38 -

C/1692/2019-5 Au vu des considérants 2 (application de la CCNT), 3 (incidence de cette application sur les clauses du contrat de travail) et 4 (droit au paiement d'heures de travail supplémentaires et quotité de celles-ci), le jugement entrepris sera confirmé à cet égard (chiffre 4 du dispositif). 7.2.2 S'agissant des indemnités dues à titre de vacances et jours fériés, les premiers juges ont retenu que des heures supplémentaires avaient été effectuées régulièrement, de sorte que les montants dus seraient calculés sur la base du salaire annuel brut additionné du salaire afférent à celles-ci, les intérêts moratoires étant dus dès la fin des rapports de travail. En ce qui concerne les vacances, il avait droit à 30'386 fr. 45 brut, se décomposant comme suit: - juin à décembre 2013: 4'269 fr. 25  $[(35'157.25 + 4'929.65) \times 10.65\%]$ ; - 2014: 7'219 fr. 95  $[(59'456 + 8'336.80) \times 10.65\%]$ ; - 2015: 6'796 fr. 95  $[(55'973 + 7'848.40) \times 10.65\%]$ ; - 2016: 6'514 fr. 15  $[(53'644 + 7'521.85) \times 10.65\%]$ ; - 2017: 5'586 fr. 15  $[(46'002 + 6'450.30) \times 10.65\%]$ . En ce qui concerne les jours fériés, il avait droit à 6'476 fr. 70 brut, se décomposant comme suit: - juin à décembre 2013 : 909 fr. 95  $[(35'157.25 + 4'929.65) \times 2.27\%]$ ; - 2014: 1'538 fr. 90  $[(59'456 + 8'336.80) \times 2.27\%]$ ; - 2015: 1'448 fr.75  $[(55'973 + 7'848.40) \times 2.27\%]$ ; - 2016: 1'388 fr. 45  $[(53'644 + 7'521.85) \times 2.27\%]$ ; - 2017: 1'190 fr. 65  $[(46'002 + 6'450.30) \times 2.27\%]$ . Au vu des considérants 2, 3, 5 (droit au paiement d'une indemnité au titre de vacances et jours fériés) et 6 (prescription de ce droit), le jugement entrepris sera également confirmé à cet égard (chiffre 4 du dispositif). 7.2.3 Pour ce qui est du treizième salaire, selon les premiers juges, celui-ci devait être calculé sur la base du salaire annuel, augmenté des montants dus au titre des heures supplémentaires régulièrement effectuées et des indemnités pour vacances ainsi que jours fériés, de sorte que l'intimé avait droit aux montants suivants, les intérêts moratoires étant dus dès le 1er janvier suivant l'année pour laquelle le treizième salaire était dû: - juin à décembre 2013: 3'770 fr. 65  $[(35'157.25 + 4'929.65 + 4'269.25 + 909.95) \times 8.33\%]$ ; - 2014: 6'376 fr. 75  $[(59'456 + 8'336.80 + 7'219.95 + 1'538.90) \times 8.33\%]$ ; - 2015: 6'003 fr. 20  $[(55'973 + 7'848.40 + 6'796.55 + 1'448.75) \times 8.33\%]$ ; - 2016: 5'753 fr. 40  $[(53'644 + 7'521.85 + 6'514.15 + 1'388.45) \times 8.33\%]$ ; - 2017: 4'933 fr. 80  $[(46'002 + 6'450.30 + 5'586.15 + 1'190.65) \times 8.33\%]$ .

- 35/38 -

C/1692/2019-5 Au vu des considérants 2, 3 et 6 (prescription du droit au paiement d'un treizième salaire), le jugement entrepris sera confirmé à cet égard (chiffres 6 à 9 de son dispositif relatifs au treizième salaire 2014 à 2017), sous réserve du fait que l'intimé a droit

à un treizième salaire pour l'entier de l'année 2013, de sorte que le chiffre 5 de son dispositif sera réformé en ce sens que l'appelante sera condamnée à verser pour 2013 à titre de treizième salaire, la somme brute de 6'83 fr. 70 [(63'688.65 (cf. supra, En fait, let. A.e) + 8'930.30 + 7'733 fr. 90 + 1'648 fr. 45) x 8.33%]. Comme le fait valoir à juste titre l'intimé, le montant ci-dessus de 8'930 fr. 30 (63'688.65 / 12 mois / 4.33 semaines / 42 heures x 125% x 244.8 heures), correspondant au salaire qui aurait dû être versé au titre des heures supplémentaires pour l'entier de l'année 2013, doit être pris en considération dans le calcul du treizième salaire dû pour cette période, ceci même si le droit au paiement de ces heures est prescrit s'agissant de la période du 1er janvier au 31 mai 2013. Il en est de même pour ce qui est des montants ci-dessus de 7'733 fr. 90 [(63'688.65 + 8'930 fr. 30) x 10.65%) et 1'648 fr. 45 [(63'688.65 + 8'930 fr. 30) x 2.27%) correspondant à l'indemnité pour vacances, respectivement jours fériés durant l'entier de l'année 2013.

### **E. 8.1**

Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC). Le montant des frais judiciaires de première instance, arrêté à 2'350 fr. par le Tribunal, n'est pas contesté. Fixé conformément aux dispositions légales applicables (art. 114 let. c a contrario et 116 al. 1 CPC; art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 5, 69 et 73 à 79 RTFMC), il sera confirmé, tout comme la compensation de ceux-ci avec l'avance de même montant opérée par l'intimé restant acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). A l'issue du litige en seconde instance, l'appelante succombe dans l'entier de ses conclusions d'appel, tandis que l'intimé obtient gain de cause sur une partie des conclusions de son appel joint. Partant, la répartition des frais judiciaires par le Tribunal, lesquels ont été entièrement mis à la charge de l'appelante (en équité et au motif que l'intimé obtenait largement gain de cause sur le principe de ses prétentions, si ce n'est entièrement sur leurs montants), sera confirmée, étant relevé qu'elle est conforme aux dispositions légales applicables (art. 106 et 107 al. 2 CPC) et qu'elle ne fait, au demeurant, l'objet d'aucune critique développée par les parties. Les chiffres 13 à 16 du dispositif du jugement entrepris seront en conséquence confirmés, à l'instar du chiffre 17 de celui-ci en tant qu'il n'a pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

- 36/38 -

C/1692/2019-5

### **E. 8.2**

Les frais judiciaires de l'appel et de l'appel joint seront arrêtés à 2'000 fr. au total, au vu de la valeur litigieuse et du travail effectué (art. 95 al. 1 let. a et al. 2, 104 al. 1 et 105 al. 1 CPC; art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 71 RTFMC). Ils seront entièrement compensés avec l'avance de frais de ce montant effectuée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC) et mis à la charge de celle-ci qui succombe entièrement dans son appel et sur une partie des conclusions de l'appel joint (art. 106 et 107 al. 2 CPC). Il n'est pas alloué de dépens d'appel dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

- 37/38 -

C/1692/2019-5 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 2: A la forme : Déclare recevables l'appel formé le 6 février 2020 par A\_\_\_\_\_ SA contre les chiffres 4 à 10 et 14 à 16 du dispositif du jugement JTPH/1/2020 rendu le 6 janvier 2020 par le Tribunal

des prud'hommes dans la cause C/15830/2018-2 et l'appel joint formé le 1er mai 2020 par B\_\_\_\_\_ contre les chiffres 4 à 9 du dispositif de ce même jugement. Au fond : Annule le chiffre 5 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau sur ce point, condamne A\_\_\_\_\_ SA à verser à B\_\_\_\_\_ la somme brute de 6'83 fr. 70, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er janvier 2014. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Sur les frais de seconde instance: Arrête les frais judiciaires d'appel et d'appel joint à 2'000 fr., les met à la charge de A\_\_\_\_\_ SA et les compense entièrement avec l'avance de frais fournie par celle-ci, qui demeure acquise à l'Etat de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Madame Fiona MAC PHAIL, juge employeur; Monsieur Kasum VELII, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

- 38/38 -

C/1692/2019-5 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.