

# GE\_GERICHTE C/16319/2008 vom 11. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_16319\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_16319_2008)

FR: GE\_GERICHTE C/16319/2008 du 11 novembre 2009

IT: GE\_GERICHTE C/16319/2008 del 11 novembre 2009

## Regeste

; CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL ; PERSONNEL DE NETTOYAGE ; ÉGALITÉ ENTRE HOMME ET FEMME ; ÉGALITÉ DE RÉMUNÉRATION ; INDEMNITÉ DE VACANCES | Contrairement à l'avis des premiers juges, la Cour considère que T n'a pas été victime d'une discrimination salariale à raison du sexe du fait qu'elle gagnait moins que son époux, actif dans la même entreprise qu'elle. En effet, ce dernier exerçait des activités différentes, était soumis à des risques plus grands dans l'accomplissement de son travail et avait plus d'expérience. T n'a donc pas réussi à prouver qu'il y avait équivalence des tâches entre elle et son époux. Par ailleurs, la Cour réforme le jugement de première instance également sur le point de l'indemnité à titre de vacances, qui était versée chaque mois en supplément du salaire. En effet, l'horaire de travail de T n'était pas assez irrégulier pour considérer ce système comme étant justifié et donc pour ne pas lui accorder des vacances payées en nature, de sorte que l'accord ainsi trouvé entre les parties aurait dû être considéré comme nul. Toutefois, les conditions de forme et de clarté du décompte étant remplies, T ne pouvait prétendre qu'elle n'avait pas compris le système de rémunération des vacances. La Cour la déboute ainsi de ses prétentions, considérant que les vacances prises pendant les rapports de travail avaient été rémunérées. | LEg.3; LEg.6; CO.329d

## Erwägungen

### E. 21

fr. 50 brut l'heure. E\_\_\_\_\_ explique avoir considéré A\_\_\_\_\_ comme un employé qualifié, vu son expérience. En ce qui concerne le paiement des vacances, E\_\_\_\_\_ a rappelé que l'entreprise comptait 130 postes de travail, toutes catégories d'activités confondues, à plein temps ou à temps partiel; elle employait en moyenne 400 personnes au cours d'une année. L'entreprise comportait un secteur entretien, essentiellement de bureaux, un secteur nettoyage de chantiers et un secteur conciergerie. Les horaires du personnel fluctuaient principalement en raison des remplacements dans la conciergerie. Le planning de travail était établi en principe une fois par mois pour tous les employés, avec un horaire de 40 heures et une marge de 4 heures pour les imprévus. f. T\_\_\_\_\_ a pour sa part soutenu qu'elle faisait le même travail que son mari, les époux étant appelés à se remplacer dans les immeubles où ils intervenaient. Elle n'a toutefois pas prétendu avoir travaillé dans d'autres secteurs que celui de la conciergerie ou du nettoyage de bureaux, et avoir travaillé sur les chantiers ni avoir été habilitée à conduire le véhicule de l'entreprise. Elle avait précédemment travaillé durant au moins cinq ans comme femme de ménage dans diverses familles pour 20 fr. l'heure. Chez E\_\_\_\_\_ elle effectuait un horaire de travail fixe et prenait quinze jours de vacances par année, en septembre, avec son mari. T\_\_\_\_\_ a encore précisé que le temps de déplacement pour se rendre à son travail était pris en charge par

l'employeur, mais elle a soutenu que le temps de déplacement pour se rendre d'un immeuble à l'autre, dans le cours de la journée de travail, ne l'était pas. E\_\_\_\_\_ a contesté cela et a ajouté que l'abonnement de bus était payé aux employés. g. A\_\_\_\_\_ a confirmé qu'il avait été essentiellement affecté à la conciergerie et qu'ensuite, après une période de maladie, il avait été affecté au nettoyage sur les chantiers, activité qu'il avait déjà exercée pour un précédent employeur. En outre il continuait à intervenir dans la conciergerie, à titre de remplaçant. Il a admis avoir conduit la camionnette de l'entreprise, mais avoir aussi utilisé sa voiture dans le cadre de son travail. Devant la Cour d'appel A\_\_\_\_\_ a encore indiqué avoir effectué durant trois ans et demi un apprentissage comme tôlier en carrosserie, sans terminer cet apprentissage ; ensuite il avait travaillé quatre ans dans une entreprise de nettoyage depuis lors en faillite, entreprise qui appartenait au patron actuel de E\_\_\_\_\_ ; il intervenait sur les chantiers et était payé 19 fr. l'heure, puis 21 fr. 50 et finalement 23 fr. 15 lorsqu'il a eu son permis de conduire. A\_\_\_\_\_ n'a jamais suivi de cours dans le domaine du nettoyage. h. Des décomptes de salaire versés au dossier il résulte que T\_\_\_\_\_ a effectivement été payée au tarif de 20 fr. 40 brut l'heure. Elle a travaillé 2'229,5 heures en 2004, 1'787 heures en 2005 et 1'592 heures en 2006 et qu'elle a ainsi effectué en moyenne environ 156 heures par mois, soit 36 heures par semaine. Elle a notamment été amenée à s'absenter de son travail pour rester au chevet de son mari durant la maladie de ce dernier. Chaque décompte de salaire est circonstancié et comporte en particulier une rubrique afférente à l'indemnité pour vacances, mentionnant le pourcentage du salaire brut (8.33 %) et le montant exact ajouté à ce salaire à ce titre. i. Des témoignages recueillis par le Tribunal il ressort que les époux ont tous deux travaillé comme concierges et effectuant les mêmes horaires dans l'immeuble \_\_\_\_\_ (témoin B\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ travaillait aussi comme concierge pour les dix entrées de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ à \_\_\_\_\_ ; elle venait tous les jours ouvrables et effectuait un horaire régulier, notamment chaque matin entre 08 et 11 heures pour ce qui concerne l'entrée n° 16 (témoins C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_). j. Lors de l'audience du 16 septembre 2009 devant la Cour d'appel A\_\_\_\_\_ a confirmé que lui-même et son épouse n'avaient pris que deux semaines de vacances par an, en septembre, parce que l'employeur avait besoin d'eux et leur avait dit qu'ils ne pouvaient pas s'absenter quatre semaines à cette période-là. Le représentant de E\_\_\_\_\_ a contesté cela. T\_\_\_\_\_ a alors ajouté que s'ils ne pouvaient pas partir quatre semaines en vacances c'est qu'ils ne pouvaient pas se le payer. Les époux ont par ailleurs indiqué que lors de la signature du contrat ils n'avaient pas posé de questions concernant l'article afférent au salaire, qui prévoit l'insertion de 8.33 % pour les vacances et que rien ne leur avait été expliqué à ce sujet. Le représentant de E\_\_\_\_\_ l'a contesté, affirmant qu'à la signature du contrat des explications sont données en ce qui concerne les vacances et que les employés reçoivent copie de la CCT-Ge applicable. EN DROIT : 1. Déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art. 59 LJP, l'appel est recevable. 2. La réclamation formée par l'employée concernant le paiement des heures supplémentaires (point 6 du dispositif) n'est plus litigieuse, l'employeur ayant admis devoir la somme de 1'169 fr. 10 à ce titre et ne remettant ainsi pas en cause le point 6 du dispositif du jugement déféré, qui sera confirmé en tant que de besoin. 3. Bien que l'appelante remet en cause dans ses conclusions l'entier du point 2 du dispositif du jugement, seul le premier paragraphe de ce chiffre, relatif au salaire complémentaire pour discrimination, est en réalité contesté, les paragraphes suivants - concernant le paiement des heures supplémentaires - n'étant aucunement discutés dans le corps des écritures d'appel. Par conséquent ce poste sera confirmé (point 2 al. 2 à 4 du dispositif). 4. Il découle de l'art. 8 al. 3 Cst. et de l'art. 3 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) que

travailleuses et travailleurs ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Si la personne qui se prévaut d'une discrimination à raison du sexe dans les rapports de travail rend l'existence de celle-ci vraisemblable, l'art. 6 LEg renverse le fardeau de la preuve, si bien qu'il incombe désormais à l'employeur d'établir l'inexistence de la discrimination. (ATF 127 III 207 ). Cette vraisemblance est rapportée lorsque des travailleurs de sexe opposé ont une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables. Il est alors présumé, s'il y a une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste, et l'employeur devra apporter la preuve de la non-discrimination (ATF 125 III 368 consid. 4 p. 372; ATF 125 II 541 consid. 6a/6b p. 550 s.) La jurisprudence considère comme non discriminatoires les différences de salaire qui reposent sur des motifs objectifs. Parmi ceux-ci figurent d'abord les motifs qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations et les risques encourus (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 373; ATF 124 II 409 consid. 9c p. 428, 436 consid. 7a p. 441 et les références). En règle générale, des motifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération que s'ils jouent un rôle véritablement important en regard de la prestation de travail et s'ils influent par conséquent sur les salaires versés par le même employeur (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 374).

5. En l'espèce, l'intimée, qui dénonce une différence entre son salaire et celui de son mari, se borne au constat de cette différence et à affirmer, de manière contestée, qu'elle effectuait le même travail. Cela ne suffit pas à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination salariale fondée sur le sexe et intervenue à son détriment. En effet, il résulte des informations – non contestées – fournies par l'employeur que le cahier des charges de l'intimée et celui de son mari n'étaient pas les mêmes. Certes ce dernier était également concierge et il arrivait qu'il remplace l'intimée dans cette tâche, mais d'autres activités, non équivalentes, lui avaient aussi été confiées, comme la responsabilité de conduire le véhicule de l'entreprise et le nettoyage sur les chantiers, qui suppose des nuisances et des risques accrus, notamment lorsqu'il s'agit de monter sur des échafaudages et des ponts roulants. D'autre part, il résulte des explications données par le mari de l'intimée que celui-ci avait depuis l'année 2002 une expérience dans le domaine du nettoyage des chantiers, ce qui explique que l'appelante a assimilé son cas à celui d'un employé qualifié. L'employeur n'a ainsi pas à rapporter la preuve d'une non discrimination; ce nonobstant, il ressort des pièces qu'il a produites, en particulier de la grille salariale et des contrats d'autres employés masculins que le salaire versé à l'intimée était conforme aux minima conventionnels d'une part et que la différence entre ce salaire et celui du mari ne s'expliquait nullement pour des motifs liés au sexe. Le jugement sera donc réformé sur cette question et le point 2 al. 1 de son dispositif, annulé.

6. Le contrat conclu entre les parties le 1<sup>er</sup> janvier 2004 prévoit en son art. 6 un droit de l'employé à quatre semaines de vacances durant les quatre premières années de travail, qui devaient être prises en accord avec l'employeur, conformément à l'art. 19 de la CCT-Ge applicable à ce contrat. L'art. 19 al. 5 de cette convention précise que le paiement des vacances se fait au terme de la période de paie durant laquelle elles ont été prises et l'art. 19 al. 6 rappelle que le montant du salaire afférent aux vacances est de 8.33% pour les travailleurs ayant droit à quatre semaines de vacances. L'art. 329d al. 1 CO prescrit que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. L'art. 329d al. 2 CO prescrit de manière impérative que, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. L'art. 239d al. 1 CO a pour effet de prohiber les clauses stipulant que le

salaires afférents aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises, mais qu'il est versé de manière différée et compris dans le salaire global (ATF 116 II 515 consid. 4a). Le Tribunal fédéral a toutefois admis des exceptions à ce principe dans des cas particuliers, notamment lorsque le travail est très irrégulier et à temps partiel ou lorsqu'il s'agit de travail intérimaire. Une partie de la doctrine ajoute que ces exceptions ne sauraient s'appliquer lorsque le contrat prévoit un horaire fixe ou un salaire fixe (Eric Cerottini, *Le droit aux vacances*, p. 212/213 ; Rémy Wyler, *Droit du travail*, Berne 2008 p. 357). Le Tribunal fédéral a statué que la forte variabilité du salaire n'était pas un motif de déroger au principe de la non inclusion (TF 06.08.1992 ; SJ 1993 p. 355). En tout état, le contrat de travail et le décompte de salaire doivent préciser clairement la part du salaire destinée à l'indemnisation des vacances (ATF 118 II 136 ; 116 II 515 consid. 4a ; JAR 1996 p. 146 ; JAR 1992 p. 342). Cette exigence est également valable lorsque le travailleur a effectivement pris des vacances; en effet, le travailleur pourrait alors croire faussement, en présence d'une clause imprécise, que le salaire convenu le dédommage uniquement pour le travail effectué, avec le risque qu'il utilise prématurément la part du revenu destiné aux vacances. Conformément au principe de la confiance, le travailleur faisant preuve d'une attention raisonnable doit pouvoir déterminer, tant au moment de la conclusion du contrat que lors de la remise des décomptes de salaire, quel est le supplément afférent au droit aux vacances (TF 24.02.1997). L'indication du seul pourcentage du droit aux vacances sur la fiche de paie n'est pas suffisante (JAR 1994 p. 171 ; Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail*, Lausanne 2001, n° 2.4. à 2.6 p. 117, ad art. 329d CO). Le Tribunal fédéral, dans un arrêt relativement récent, a posé – et laissé ouverte – la question de savoir s'il ne conviendrait pas, vu les difficultés soulevées, de supprimer la faculté pour l'employeur de déroger à l'art. 239d al. 1 CO (ATF 119 III 493 consid. 3). Si les conditions restrictives pour une indemnisation différée des vacances ne sont pas remplies, l'employeur doit payer le salaire des vacances en sus de la rémunération globale dont les parties ont convenu (TF 4C.147/2005 du 26 septembre 2005 ; ATF 118 II 136 consid. 3b p. 137; ATF 129 III 493 consid. 3.4 p. 497). Une partie de la doctrine souligne toutefois la nécessité d'éviter une double indemnisation du travailleur (Rémy Wyler, *op.cit.* p. 358 et la doctrine citée). 7. En l'espèce, l'appelante souligne que son entreprise compte 130 postes de travail et environ 400 employés l'an, ce qui suppose une importante fluctuation et partant une grande difficulté pour elle lors du calcul du salaire afférent aux vacances. C'est pourquoi elle a opté pour inclure une indemnité dans le salaire de base. Nonobstant l'éventuelle pertinence de cette argumentation, qui concerne l'ensemble du personnel de l'appelante, la Cour doit présentement résoudre la question posée eu regard à la situation particulière de l'intimée. Cette dernière a été engagée pour un horaire de 44 heures hebdomadaires en moyenne ; de fait elle a travaillé durant trois ans pour l'appelante, à raison de 36 heures hebdomadaires en moyenne et les fluctuations de son horaire ne sont dans leur ensemble pas très importantes, contrairement à ce que soutient l'appelante. Cette situation ne s'apparente en tout cas pas au cas du travailleur temporaire ni à celui du travailleur à temps partiel, avec un horaire très irrégulier. Dès lors force est de retenir que la première des trois conditions posées par la jurisprudence pour la validité de l'exception fait défaut. Cela étant, il sied toutefois de relever que les deux autres conditions sont remplies ; il n'est certes pas établi qu'à la conclusion du contrat l'employée a reçu des explications détaillées à propos de l'insertion à son salaire de l'indemnité de vacances, mais le texte du contrat n'en est pas moins clair à ce propos et les relevés de salaire mensuels sont quant à eux sans équivoque sur cette question. A cela s'ajoute que lorsqu'elle a pris ses vacances, soit deux semaines par an pendant toute

la durée du contrat, l'employée a bien évidemment observé qu'aucun salaire ne lui était versé pour ces périodes. L'intimée serait ainsi mal venue de soutenir qu'elle n'a pas compris le régime applicable au paiement de ses vacances. 8. Au vu de ce qui précède, ainsi que pour tenir compte des développements doctrinaux susrappelés – selon lesquels au terme du contrat l'employé ne doit être ni lésé ni sur-indemnisé - la Cour retiendra ce qui suit : L'intimée a perçu, en connaissance de cause et selon les modalités contractuelles, le salaire différé afférent aux deux semaines de vacances qu'elle a effectivement prises chaque année et elle n'est pas fondée à en réclamer une seconde fois le paiement. Pour les deux autres semaines, qu'elle n'a pas prises, il est possible qu'elle ne se soit pas crue autorisée à les prendre pour tenir compte des besoins de son employeur. En effet, le contrat rappelle, de manière sommaire, que la prise de vacances est subordonnée à l'autorisation de l'employeur. L'intimée a pu donner de bonne foi à cette clause une signification erronée, dès lors qu'elle recevait par ailleurs le paiement desdites vacances de manière différée. En d'autres termes elle pouvait croire que l'employeur, en différant le paiement du salaire afférent aux vacances, était ainsi fondé à restreindre la durée de celles-ci. C'est en tout cas une possibilité qui ne peut pas être écartée, même si un refus formel de l'employeur n'est en l'espèce pas avéré. Par conséquent, au terme du contrat, il restait à l'employée six semaines de vacances à prendre, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2006, et ces vacances, qu'elle n'a pas pu prendre, doivent lui être payées. En tenant compte d'un taux d'occupation moyen quasi constant de 36 heures par semaine, cela représente une indemnité de (6 sem. x 36 h. x 20 fr. 40 = ) 4'406 fr. 40 brut. Les chiffres 3 à 5 du dispositif du jugement entrepris seront annulés et l'employeur condamné à verser à l'employée la somme de 4'406 fr. 40 brut, sous imputation des charges sociales, légales et usuelles, avec intérêts à 5% l'an du 1<sup>er</sup> juillet 2005, date moyenne. 9. Compte tenu du montant litigieux, il n'y a pas lieu de fixer d'émolument.

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