

## **GE\_GERICHTE C/4215/2018 vom 12. März 2020**

GE Cour de justice, 2020-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_4215\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_4215_2018)

FR: GE\_GERICHTE C/4215/2018 du 12 mars 2020

IT: GE\_GERICHTE C/4215/2018 del 12 marzo 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 49**

CO est infondé, de sorte que ses prétentions en versement d'une indemnité pour tort moral d'un montant de CHF 10'000.-, en remboursement de frais médicaux non remboursés d'un montant de CHF 2'129.- et EUR 390.-, en versement d'un montant de CHF 2'960.90.- à titre de perte de gain ainsi qu'en remboursement d'honoraires d'avocat engagés dans le cadre du recours contre la Commission d'examen, d'un montant de CHF 2'225.-, seront rejetées. 6. Dans un troisième grief, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir interprété le contrat de travail de manière contraire à sa lettre puisque, selon elle, seul le temps de mise à disposition durant le service de garde était inclus dans le salaire mensuel convenu contractuellement. D'après l'appelante, a contrario, l'activité effective durant le service de garde, notamment les tâches de secrétariat, n'étaient pas comprises dans le salaire mensuel et devaient donc être rémunérées comme des heures supplémentaires au sens de l'article 321c al. 3 CO. 6.1 A teneur de l'article 321c al. 3 CO, 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. Conformément à la jurisprudence en la matière, le temps d'attente ne doit être rémunéré que lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas si ce dernier doit se tenir prêt à intervenir à brève échéance, soit dans un délai de quinze à vingt minutes (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_523/2010 du 22 novembre 2010 ; arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 20 décembre 2017 CAPH/209/2017 ; SECO, Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail). Le contrat individuel de travail, respectivement la convention collective de travail peuvent prévoir que l'indemnité pour le service de piquet est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (JdT 1999 I, p. 275). Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'attacher à rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO ; interprétation dite subjective). Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1 ; 140 III 86 consid. 4.1 ; 107 II 417 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 7.1). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance (interprétation dite objective). Il doit alors

rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 135 III 410 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_665/2010 du 1er mars 2011 consid. 3.1). Le fardeau de la preuve de l'existence et du contenu de la volonté subjective des parties est à la charge de la partie qui s'en prévaut (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 7.1). 6.2 En l'espèce, l'appelante se fourvoie et ne parvient pas à convaincre que le Tribunal aurait violé le droit et interprété le contrat de travail de manière contraire à sa lettre. Bien au contraire, il ressort expressément du contrat que « [le praticien] D\_\_\_\_\_ assistant est payé à la commission. Son salaire brut représente un pourcentage des honoraires qu'il facture aux clients. Le salaire mensuel comprend la rémunération du service de garde, pour le temps de mise à disposition » (pièce 4 dem., page 3). De surcroît, le contrat dispose explicitement que « [I] es heures supplémentaires ne sont pas rémunérées et doivent être prises en temps libre » (pièce 4, dem., page 4). Le contrat prévoyait encore que « [le praticien] D\_\_\_\_\_ assistant doit assumer toutes les tâches subalternes à sa position hiérarchique au sein de la permanence, en particulier des tâches de secrétariat » (pièce 4, dem., page 2). Au demeurant, il ne ressort pas des éléments de la procédure que Madame A\_\_\_\_\_ n'aurait pas saisi la teneur de son contrat de travail. Il ne ressort pas non plus que cette dernière ait démontré ne pas avoir pu récupérer, en temps libre, toutes éventuelles heures supplémentaires effectuées. Par conséquent, c'est à bon droit que les premiers juges ont conclu que l'appelante n'était pas fondée à réclamer le paiement d'heures supplémentaires, dans la mesure où son salaire mensuel comprenait expressément la rémunération du temps de mise à disposition durant les périodes de garde, y compris le temps effectué pour d'éventuelles tâches administratives de secrétariat. Au surplus, la Cour relève également que le Tribunal a, à juste titre, retenu que les heures de consultations éventuelles intervenues durant la nuit, les week-ends et les jours fériés étaient majorées à un taux supérieur à 50%, tel que cela ressort également du contrat de travail (pièce 4, dem., page 5 ; cf. également : audition de M. Q\_\_\_\_\_, audience du 08.10.2019). Cet aspect n'est au demeurant pas contesté par l'appelante. En regard de ce qui précède, le grief de l'appelante et sa prétention en versement du montant de CHF 1'339.45.-, à titre de rémunération pour heures supplémentaires, seront ainsi rejetés. 7. Dans un dernier grief, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir violé l'article 329d CO, en ce sens qu'il a considéré, à tort, que toutes les conditions cumulatives prévues par la jurisprudence fédérale pour inclure exceptionnellement le salaire afférent aux vacances dans la rémunération mensuelle de l'employé, étaient réalisées en l'espèce. Or, la première condition nécessaire pour déroger à la règle impérative de l'article 329d CO faisait manifestement défaut. C'est de manière erronée que les premiers juges ont considéré que son occupation constituait une activité irrégulière du fait que le nombre de consultations avec les patients pouvait être variable. 7.1 L'article 329d al. 1 CO dispose que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Conformément à l'article 362 al. 1 CO, cette disposition est relativement impérative, en ce sens qu'il ne peut y être dérogée au détriment du travailleur. A teneur de la jurisprudence fédérale en la matière, 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. Le Tribunal fédéral a d'abord admis que, dans des situations particulières, ce par quoi il faut entendre une activité très irrégulière, notamment dans le cas d'occupation à temps partiel ou de travail intérimaire, 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 ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 et 3.2). 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). Laisant 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). 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 et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 ; ATF 129 III 493 consid. 3.3 p. 496 ; TF 4A\_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 ; ATF 129 III 664 consid. 7.2 p. 673 ; TF 4A\_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_478/2009 du 16 décembre 2009, le seul caractère variable de la rémunération de l'employé ne permet pas de justifier un accord dérogatoire au principe prévu par l'article 329 al. 1 CO (consid. 4). Le fait d'exiger le salaire afférent aux vacances au terme des rapports contractuels de travail, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1 ; ATF 129 III 493 consid. 5.2 ; TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.1). Le droit au salaire afférent aux vacances revêt un caractère impératif selon l'art. 362 al. 1 CO, de sorte que l'employé ne peut y renoncer pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (art. 341 CO). Le fait pour l'employé de n'avoir soulevé ses prétentions fondées sur l'art. 329d al. 1 CO qu'à l'expiration des rapports de travail ne saurait donc constituer, à lui seul, un abus de droit manifeste, sous peine de vider de son sens l'art. 341 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1 ; ATF 129 III 618 consid. 5.2 ; TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.1). Le travailleur a droit à ce que l'employeur lui accorde, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances, tout en lui versant son salaire durant cette période (art. 329a al. 1 et 329d al. 1 CO). Lorsqu'au cours d'une année de service le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois, l'employeur est autorisé à réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence (art. 329b al. 1 CO). En cas d'empêchement non-fautif de travailler pour une raison inhérente à la personne du travailleur, l'employeur peut opérer la même réduction, mais seulement après l'échéance d'un délai de grâce d'un mois qui ne donne lieu à aucune réduction (art. 329b al. 2 CO). Afin de calculer le salaire afférent aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut pour quatre 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 ss, ad art. 329d CO, Wyler, Droit du travail, Berne 2014, p. 400 ss ; Aubert, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>ème</sup> éd. 2012, N 5 ad art. 329d CO ; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, N 1.2 ad art. 329d CO ; Subilia/Duc, Droit du travail, Lausanne 2010, N 7 ad art. 329d CO). 7.2 En l'espèce, le Tribunal des prud'hommes a considéré que la dérogation au principe de

l'article 329d al. 1 CO, à savoir l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total de l'appelante était valable, aux motifs que sa rémunération constituait en un pourcentage des honoraires facturés aux patients et que le nombre de consultations avec ceux-ci pouvait être variable, de sorte que l'occupation du travailleur devait être considérée comme irrégulière. Ce raisonnement ne peut être suivi. En effet, le contrat de travail - d'une durée indéterminée - prévoyait expressément que la durée contractuelle de travail est de quarante-deux heures par semaine (pièce 4, dem., page 4). La [praticienne] D\_\_\_\_\_ assistant devait également effectuer un minimum de dix consultations hebdomadaires avec les patients et assumait, durant les horaires d'ouverture de la permanence de 8h00 à 20h00, un temps de mise à disposition ainsi que des tâches administratives entre les consultations (pièce 4, dem., pages 2 à 4). Ces éléments sont, pour le surplus, confirmé par les témoins auditionnés dans le cadre de l'instruction de première instance (auditions de M. U\_\_\_\_\_, de Mme AB\_\_\_\_\_, de M. Z\_\_\_\_\_, audience du 08.10.2019 ; auditions de Mme AC\_\_\_\_\_, audience du 09.10.2019 ; auditions de M. Y\_\_\_\_\_ et de M. AA\_\_\_\_\_, audience du 14.10.2019) En outre, il ressort du contrat de travail que Madame A\_\_\_\_\_ exerçait son activité au taux de 100% (pièce 4, dem.), ce qui n'est au demeurant pas contesté par l'intimée. Il convient par ailleurs de rappeler qu'à teneur du contrat de travail, le salaire mensuel brut était payé à la commission et représentait un pourcentage des honoraires que la [praticienne] D\_\_\_\_\_ assistant facturait aux clients. Durant la première année des rapports contractuels, ce pourcentage correspondait à 17.5% des honoraires facturés aux clients, puis 20.5% durant la deuxième année et enfin, 23.5% durant la troisième année (pièce 4, dem., page 3). Sur la base de l'ensemble de ces éléments, il appert manifestement que l'activité de Madame A\_\_\_\_\_ ne peut être qualifiée d'irrégulière ou de très irrégulière au sens de la jurisprudence fédérale. Si, certes il y a lieu de constater que les deuxième et troisième conditions pour déroger au principe de l'article 329 al. 1 CO sont réunies - à savoir : l'indication explicite dans le contrat qu'une indemnité de vacances, in casu à hauteur de 8.33% du salaire brut, était versée (pièce 4, dem.) et que cela figurait également sur les décomptes de salaire (pièce 7, dem.) -, la première condition fait défaut. En l'occurrence, seul le caractère variable du nombre de consultations, respectivement des honoraires encaissés par le travailleur en pourcentage de ces consultations, ne pouvait manifestement pas amener les premiers juges à conclure que l'occupation de l'appelante était irrégulière. A cet égard, la Cour relève que les arguments soulevés par l'intimée ne peuvent être suivis. Si, certes il ressort des fiches de salaire (pièce 7, dem.) que Madame A\_\_\_\_\_ a perçu un salaire net moins élevé durant l'année 2013 qu'au cours de l'année 2016, l'intimée omet de préciser que cette fluctuation est précisément due au fait que sa rémunération a augmenté en fonction des pourcentages perçus sur les honoraires, à savoir : 17.5% durant la première année de travail, puis 20.5% la deuxième année et 23.5% la troisième année ; ce qui était explicitement prévu dans le contrat (pièce 4, dem., page 3). Par ailleurs, il importe peu, en l'espèce et au vu des éléments pertinents exposés précédemment, de savoir s'il est d'usage dans le domaine d'activité en question que les [praticiens] D\_\_\_\_\_ assistants soient payés à la commission. En tout état, cet aspect n'est, à lui seul, pas déterminant pour justifier de qualifier l'occupation de l'appelante comme étant irrégulière. Force est de constater qu'en l'espèce, l'activité de Madame A\_\_\_\_\_ est loin d'être irrégulière, voire très irrégulière, au sens de la jurisprudence fédérale, de sorte que les conditions permettant d'admettre à titre dérogatoire l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total ne sont pas réunies. De ce fait, il importe peu que l'appelante ait pris tout ou partie de ses vacances durant les rapports de travail, dans la mesure où B\_\_\_\_\_ est tenue de verser le salaire afférent aux

vacances dès lors que les conditions pour l'inclusion de celui-ci dans le salaire total ne sont pas réalisées. En l'espèce, aucune circonstance n'indique que l'employée adopterait ici un comportement abusif en faisant valoir sa prétention moins d'une année après la fin des rapports contractuels. Le grief de l'appelante est, par conséquent, fondé. Il ressort de l'instruction que les salaires bruts versés par B\_\_\_\_\_ SA à son employée se sont élevés à CHF 266'196.45.- du 1<sup>er</sup> juin 2013 au 31 décembre 2016, étant précisé que l'intimée a admis que les salaires bruts de l'appelante du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 30 septembre 2016 se chiffraient à un montant de CHF 179'475.65.- (pièce 7, dem., fait admis par les parties : cf. allégué n°106 déf., mémoire de réponse du 19 novembre 2018). L'appelante peut ainsi prétendre au versement d'une indemnité à titre de salaire afférent aux vacances, correspondant à 8.33% de la somme de CHF 266'196.45.-, à savoir un montant de CHF 22'174.16.-. A cela s'ajoute l'indemnité à titre de salaire afférent aux vacances pour le mois de grâce non soumis à la réduction du droit aux vacances en cas d'empêchement non fautif pour cause de maladie, conformément à l'article 329b al. 2 CO, soit un montant de CHF 515.70.- (équivalent à 8.33% de la somme de CHF 6'190.60.-, celle-ci correspondant au salaire brut moyen pour un mois (à savoir : CHF 266'196.45.- / 43 mois)). 7.3 Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre la prétention de Madame A\_\_\_\_\_ et l'intimée sera ainsi condamnée à lui verser le montant brut de CHF 22'689.85.- à titre d'indemnité de salaire afférent aux vacances, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 19 avril 2017. Le jugement entrepris sera réformé en conséquence. 8 . Enfin, la Cour relève que l'intimée n'a pas formé appel joint, ni formulé aucune conclusion en ce sens. Partant, sa prétention « en restitution de l'indu par voie de compensation » (allégués 68 à 72, mémoire de réponse du 15.06.2020) doit manifestement être rejetée. Par ailleurs, l'instruction menée par le Tribunal des prud'hommes, complète et exhaustive, a pleinement permis à la Cour de forger son appréciation, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une nouvelle audition des parties. En ce sens, la conclusion de l'intimée est rejetée. 9. En définitive, l'appel est partiellement admis. La valeur litigieuse en appel étant inférieure à CHF 50'000.-, il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 116 al. 1 CPC ; art. 19 al. 3 let. c LaCC ; art. 71 RTFMC). Il n'est pas alloué de dépens conformément à l'article 22 al. 2 LaCC. \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 12 mai 2018 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/101/2020 rendu le 12 mars 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4215/2018-5. Déclare irrecevable la conclusion amplifiée de A\_\_\_\_\_ de CHF 15'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, en tant qu'elle dépasse le montant au dernier état des conclusions, et doit être ramenée au montant de CHF 10'089.90.-. Au fond : Annule le chiffre 6 du dispositif jugement JTPH/101/2020 rendu le 12 mars 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4215/2018-5. Cela fait et statuant à nouveau : Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à Madame A\_\_\_\_\_ la somme brute de CHF 22'689.85.- à titre d'indemnité de salaire afférent aux vacances, avec intérêts moratoire à 5% l'an dès le 19 avril 2017. Invite B\_\_\_\_\_ SA, respectivement la partie qui en avait la charge, à opérer les déductions sociales et légales usuelles. Confirme pour le surplus le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais.: Dit que la procédure est gratuite et qu'il n'est perçu aucuns frais judiciaires. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Monsieur Yves BONARD, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, 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.