

GE_GERICHTE C/8510/2004 vom 4. Februar 2009

GE Cour de justice, 2009-02-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_8510_2004

FR: GE_GERICHTE C/8510/2004 du 4 février 2009

IT: GE_GERICHTE C/8510/2004 del 4 febbraio 2009

Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; BOULANGERIE; CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL; RÉSILIATION IMMÉDIATE; JUSTE MOTIF; PROCÉDURE PÉNALE; GRATIFICATION; MANIFESTATION DE VOLONTÉ; VOLONTÉ RÉELLE; VACANCES | Contrairement aux premiers juges, la Cour retient comme justifié le licenciement immédiat de T, employée d'une boulangerie-pâtisserie et tea-room, suite au fait que T, entendue par la police, a admis ne pas typer systématiquement toutes les ventes et/ou consommations servies aux clients. D'ailleurs, E avait pu s'assurer de cela avant le prononcé du licenciement, notamment en visionnant les images prises à l'aide de la caméra video installée par la police suite aux doutes de E. Le fait que le chiffre d'affaires ait fortement diminué pendant la période d'engagement de T avant d'augmenter dès son départ et les explications contradictoires et confuses de T, dont l'époux est officier de police, s'agissant de la manière dont elle avait découvert la présence de la caméra dans l'établissement, rendaient sa thèse peu crédible. La Cour relève enfin que le fait que la procédure pénale dirigée contre T ait été classée ne constitue pas un obstacle pour nier le caractère justifié du renvoi immédiat, ce à plus forte raison que la Cour constate que la décision de classement, confirmée par la Chambre d'accusation, ne tient pas compte de tous les éléments pertinents, notamment des enregistrements videos dans lesquels on peut voir T ne pas typer toutes les ventes, mais également encaisser de l'argent sans le placer dans la caisse. La Cour constate par ailleurs que bien que le contrat de travail prévoyait que le salaire afférant aux vacances de T lui était payé avec son salaire horaire, E demeure débiteur de cette rémunération puisque ni le contrat de travail, ni les fiches de salaire remises à T n'expliquent le calcul de la part effective de la rémunération destinée aux vacances. Enfin, la Cour confirme le droit de T à une gratification conformément à la CCT applicable, en revoyant toutefois le calcul des premiers juges. | CO 337 ; CO 337.a11 ; CO 337.a13 ; CO 53 ; LPC 196 ; CO 329a.a11 ; CO 329d ; CO 322d ; CCT 38

Erwägungen

E. 25

avril 2005 sont ceux qui se trouvaient rangé du côté magasin derrière le paquet de papier pour le pain à une hauteur d'environ deux mètres. Elle indique à la Cour que la séquence de la découverte de la caméra, qui aurait due être enregistrée selon la description qu'elle a faite de sa position au moment de cette découverte ne se trouve pas dans sa description du 26 octobre 2007 parce qu'elle ne l'a pas trouvée dans les enregistrements en question. b) Concernant ses dernières demandes d'enquête du 21 décembre 2007, l'appelante a indiqué à la Cour, qu'elle se satisferait que la police confirme que son enregistreur rembobine automatiquement la bande une fois celle-ci complètement enregistrée et recommence à enregistrer après le rembobinage. En cas de réponse négative, l'appelante souhaite clarifier

les raisons pour lesquelles il manque 3 minutes d'enregistrement le 12 mars 2004 entre 10h56 et 10h59 et pour quelle raison le temps d'enregistrement recoupé est d'une heure trente le 12 mars pour plus de trois heures recoupées le 10 mars. L'intimée s'est déclarée d'accord avec cette proposition. K. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige. EN DROIT 1. 1.1 Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 56 de la Loi sur la juridiction des Prud'hommes (LJP), l'appel est formellement recevable. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce. 1.2 A teneur des articles 356 et suivants CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention (CCT d'entreprise), les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'article 356b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT ; RS 221.215.311), auquel cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement un contrat-type, mais pas par la convention collective, et ce même si celle-ci contient une clause faisant obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ses dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (ATF 123 III 129, consid. 3 ; ATF 102 Ia 16 = JdT 1977 I, p. 256 ; ATF 98 Ia 563 = JdT 1974 I, p. 657 ; FF 1954 I 156). 1.3 L'art. 5 al. 1 de la Convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse valable dès le 1^{er} janvier 2001 prévoit que la convention est applicable « à tous les employés de sexe masculin ou féminin (le terme d'«employés» comprend également les employées) qui travaillent dans la production en tant que boulangers, boulangers-pâtisseries ou pâtisseries-confiseurs qualifiés, pour autant qu'ils soient en possession d'un certificat fédéral de capacité correspondant ». Aux termes de l'art. 5 al. 3, la convention est également applicable « aux employés de sexe masculin ou féminin (le terme d'«employés» comprend aussi les employées) qui travaillent dans la vente et qui sont titulaires d'un certificat fédéral de capacité ou qui sont au bénéfice d'au moins 4 ans de pratique professionnelle ou de vente dans la boulangerie-pâtisserie-confiserie ». 1.4 L'intimée a commencé de travailler chez l'appelante le 16 août 2000, soit depuis moins de quatre ans au moment du litige. Elle n'était pas titulaire d'un certificat fédéral de capacité de vendeuse de sorte que la CCT de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse ne s'applique pas de manière générale aux relations entre les parties. Les parties ont cependant, dès le 7 avril 2001, par signature d'un contrat sur une formule pré-imprimée de l'Association suisse des patrons boulangers-pâtisseries, décidé de soumettre certains aspects de leurs rapports contractuels aux règles de la CCT. Ainsi, sous chiffre 6 de ladite formule pré-imprimée concernant le salaire, il est renvoyé à l'art. 38 CCT pour la fixation de la gratification. 2. L'appelante soutient d'abord avoir été fondée à licencier l'intimée avec effet immédiat. Elle reproche à l'intimée de ne pas avoir typé toutes les boissons ou viennoiserie consommées dans son établissement et d'avoir ainsi provoqué une importante chute de son chiffre d'affaires. 2.1 Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérés comme de justes motifs, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne

foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923).

2.2 Doivent être considérés comme de justes motifs les faits propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée et qu'il n'y a d'autre issue que la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF du 2.9.1993, SJ 1995 p. 806 ; ATF 116 II 142 c. 5c ; ATF 112 II 41 c. 3a ; ATF 108 II 444 c. 2).

3. Une infraction pénale perpétrée au détriment de l'employeur constitue en principe un juste motif de résiliation immédiate, sans nécessité d'un avertissement préalable (ATF 117 II 560 = JdT 1993 I 148 cons. 3/b). La règle souffre néanmoins de quelques exceptions (ATF 116 II 145 = JdT 1990 I 581; ATF 117 II 560 consid. 3b; ATF du 23. 3. 1998 in: JAR 1999 p. 277; ATF 101 Ia 545 c. 2c; Stoll, *Mitarbeiterdelinquenz – Vermögensdelikte zulasten des Arbeitgebers*, Zurich, 1998, p. 71; Schneider, *La résiliation immédiate du contrat de travail*, *Le droit du travail en pratique*, Vol. 8 p. 61).

3.1 Les motifs d'une résiliation immédiate sont donnés lorsque les conditions essentielles de nature objective ou personnelle à la base de la conclusion du contrat de travail ont disparu (ATF 101 I a. 545 c. 2c). C'est notamment le cas lorsqu'une partie viole gravement ses obligations découlant du contrat de travail (ATF du 11.10.1994, JAR 1995 p. 193). Les faits invoqués doivent objectivement revêtir une certaine gravité (ATF 116 II 145 c. 5a) ; (ATF 111 II 245 c. 3) et le renvoi immédiat constitue une « ultima ratio » par rapport à l'éventualité d'un congé ordinaire, qui ne peut être admise que si la situation exclut de manière absolue la continuation des rapports de travail jusqu'au terme ordinaire du contrat (CAPH du 4.05.1993, H. c/ S., cause No VII/187/92).

3.2 Seuls des manquements particulièrement graves du travailleur à ses obligations découlant de son contrat de travail, en particulier à son obligation d'exécuter le travail ou son devoir de fidélité (321a CO), justifient la résiliation immédiate du contrat (ATF du 29.06.1999, SARB 2000 p. 923 ; ATF du 21.10.1996, SJ 1997 p. 149 ; ATF 117 II 72 c. 3). Le comportement du travailleur doit être apprécié de manière globale même si les manquements pris séparément ne présentent pas chacun un caractère de gravité suffisant pour justifier une résiliation abrupte du contrat de travail (CAPH du 30.03.1999, JAR 2000 p. 131). La fonction et les responsabilités du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, le genre et la gravité des griefs articulés par l'employeur, la longueur du délai de congé ordinaire sont autant de critères qui doivent être pris en considération (ATF 23.12.1998, JAR 1999 p. 271 ; ATF 111 II 245 c. 3 ; ATF 104 II 28 c. 1).

3.3 Lorsque le manquement est moins grave, il peut néanmoins donner lieu à une résiliation immédiate du contrat de travail lorsque le comportement est moins grave, il doit être précédé de vains avertissements de l'employeur, constituant une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable d'exécution au sens de l'art. 107 CO, soit une démarche nécessaire, sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur que cette sommation serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO; ATF non publié du 3.1.95 N. c/ S. cause n° 4C.327/94). L'avertissement préalable doit être déclaré en termes clairs. La personne menacée du licenciement immédiat doit clairement comprendre, à travers l'avertissement, quels risques elle encourt. Il est nécessaire d'indiquer distinctement la sanction à laquelle le destinataire s'expose en cas de persistance du comportement critiqué (Schneider, *La résiliation immédiate du contrat de travail : les justes motifs*, *Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale*, p. 56-57; CAPH du 4.7.95 en la cause no VI/402/94). 337.8 Ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une

menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que le comportement imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 127 III 153, consid. 1 c).

3.4 L'art. 53 CO, qui est applicable à tout le droit privé, régit l'indépendance du juge civil envers le droit pénal et les décisions du juge pénal en général. Cette indépendance concerne les dispositions du droit pénal en matière d'imputabilité et l'acquiescement lorsqu'il s'agit de juger de la culpabilité ou de l'innocence en droit civil (al. 1^{er}). L'indépendance concerne aussi l'appréciation du tribunal pénal en ce qui concerne la faute et la fixation du dommage (al. 2). Dans ces deux domaines, il est exclu, dans l'intérêt du droit matériel fédéral, que le juge civil soit lié par un jugement pénal antérieur. Dans les autres domaines, les cantons sont libres de prévoir que le juge civil est lié par un jugement pénal, en ce qui concerne la constatation d'un acte en tant que tel et son illicéité (ATF 125 III 401 = JdT 2000 I 110). Le droit genevois prescrit, selon l'art. 196 LPC, que le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires, sauf disposition légale contraire. Il découle de ce qui précède que la Cour appréciera librement les agissements de l'intimée, indépendamment du classement de la procédure pénale par le Procureur général, confirmé par la Chambre d'accusation, de l'infraction de vol ou d'abus de confiance.

3.5 Dans une espèce similaire, certes déjà ancienne, la Cour d'appel des prud'hommes a admis une rupture du rapport de confiance et en conséquence le renvoi immédiat d'une employée qui avait omis de typer un certain nombre de consommations et ce alors même qu'il n'avait pas été établi à l'évidence que les actes reprochés à l'employée concernée auraient procédé d'une intention délictuelle. Dans cette espèce, l'employée s'était prévalu du stress provoqué par ses conditions de travail. La Cour a considéré que ses manquements étaient propres à entraîner une sérieuse rupture du rapport de confiance, « étant donné que les serveurs savent, ou doivent savoir, sans qu'il y ait besoin d'instruction concrète et précise de l'employeur, qu'il faut délivrer spontanément un ticket de caisse pour chaque consommation » (JU-TRAV 1995, p. 76 et ss).

4.1 Les premiers juges ont considéré que la violation des obligations contractuelles par l'intimée, sans être insignifiante, ne saurait être qualifiée de particulièrement grave et justifier un licenciement immédiat. En particulier, ils ont retenu que les manquements reconnus par l'intimée s'expliquaient par le fait que cette dernière se trouvait à certains moments surchargée et qu'elle ne pouvait à la fois servir les clients, enregistrer les consommations et faire face à de nouvelles commandes. Ils ont aussi considéré que les différences de caisse dans la boulangerie concernée étaient, hormis à une occasion, en excédent et pas en déficit de caisse. Enfin, ils ont retenus que l'appelante n'avait signifié aucun avertissement à l'intimé.

4.2 Les enquêtes complémentaires diligentées par la Cour d'appel des prud'hommes ont d'abord mis en évidence que le rapport de synthèse de la police du 26 avril 2004, rapport de police à l'origine du classement de la procédure pénale, reflète imparfaitement les observations qui pouvaient être tirées du visionnement des enregistrements vidéo. Elles ont aussi fait apparaître les explications confuses et contradictoires de l'intimée quant à la date et aux circonstances qui lui ont permis d'avoir connaissance de la présence de la caméra de surveillance.

4.3 Le visionnement des enregistrements met d'abord en évidence que, contrairement au rapport synthèse de police du 26 avril 2004, il est arrivé à plusieurs reprises à l'intimée de déposer de l'argent ailleurs que dans la caisse, notamment le 5 mars 2004 à 9h43. Cependant, comme le relève le rapport de police du 26 avril 2004, les enregistrements ne permettent pas de conclure que l'intimée a soustrait des montants concernés. Le visionnement des enregistrements vidéo permet aussi de faire les constats

suivants: le champ de vision de la caméra ne comprend pas la machine à boissons chaudes, comme l'a indiqué l'intimée; le champ de vision de la camera comprend les paniers où sont entreposés les sachets de sucre et les pots de crème; un certain nombre de consommations a été servi et n'a pas été typé, ce qui correspond aux déclarations de l'intimée à la police le 2 avril 2004 ; il n'est pas possible de retenir sans autre le comptage effectué par l'appelante dans son écriture du 12 octobre 2007 pour les 3, 4, 5, 10, 11 et 12 mars 2004; toutefois le nombre des consommations qui n'ont pas été typées est relativement important certains des jours pendant lesquels la surveillance était en place avant que l'intimée n'en apprenne l'existence, notamment supérieur à dix, les 3 et 10 mars 2004; il n'apparaît pas - pendant les périodes enregistrées tout au moins - qu'une surcharge de travail soit à l'origine des omissions observées. Il résulte de ces constatations que l'intimée a omis de typer plusieurs dizaines de consommations pendant la période d'observation par la police. Il résulte aussi de ces mêmes constatations que ces omissions ont cessé immédiatement après que l'intimée a appris l'existence de la caméra et de l'enregistreur vidéo. La Cour n'a pas pu constater une surcharge de travail qui pourrait expliquer les omissions susmentionnées. Ces constats sont corroborés par les éléments comptables relevés par la fiduciaire de l'appelante qui font apparaître une forte diminution du chiffre d'affaires de l'établissement concerné en 2002, 2003 et au premier trimestre 2004, soit pendant les période ou travaillait l'intimée, suivi d'une forte progression de ce même chiffre d'affaires dès le deuxième trimestre 2004. Ils sont aussi corroborés par les excédents de caisse constatés par la fiduciaire.

4.4 Sur un autre plan, la Cour d'appel des prud'hommes retiendra encore que l'intimée n'a pas dit la vérité en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles elle a appris la présence de la caméra. En effet, dans sa déclaration à la police le 2 avril 2004, l'intimée ne situe pas dans le temps la date de découverte de la caméra. Elle décrit seulement les circonstances de la découverte de celle-là de la manière suivante : « J'avais un carton de sacs poubelles à ranger. Comme l'armoire était pleine, je suis allée poser le surplus derrière le rideau, à proximité du frigo. C'est à cette occasion que j'ai remarqué la présence d'un enregistreur. En suivant le fil qui y était attaché, j'ai découvert la présence d'une caméra orientée sur la caisse. J'en ai été très surprise et même inquiétée. J'en ai parlé à ma patronne le lendemain pour savoir pour qu'elle raison elle avait mis cette camera. Elle m'a fait part de problèmes avec la caisse. Elle a ajouté qu'il y avait un « surplus » de caisse, sans plus de détail ». Dans son rapport de synthèse du 26 avril 2004, l'inspecteur B_____ indique que l'intimée a informé l'appelante le samedi 13 mars 2004 qu'elle avait découvert la caméra. Puis, dans sa demande en justice du 26 avril 2004, l'intimée a expliqué qu'elle était en train de travailler dans la boulangerie le 19 mars 2004 lorsqu'elle a découvert, dissimulé dans un berlingot de thé froid vide en haut d'un rayonnage pour le pain, l'objectif d'une caméra. Elle a aussi expliqué que le magnétoscope était caché sous les cartons, derrière le rideau à côté d'un frigidaire. Selon cette demande, c'est le samedi 20 mars qu'elle a téléphoné à l'appelante pour lui demander des explications au sujet de la présence de cette caméra. Par la suite, lors de sa première audition devant la Cour d'appel des prud'hommes le 25 avril 2005, soit à une date où la production des enregistrements vidéo n'avait pas encore été ordonnée par la Cour, T_____ a expliqué qu'elle avait découvert la caméra un mercredi matin au moment où un des livreurs amènent les packs de lait et d'autres boissons. En rangeant cette marchandise dans la zone qui se trouve derrière l'étagère où était installée la camera, elle aurait vu un point lumineux rouge. En regardant de plus près, elle aurait vu qu'il s'agissait d'un enregistreur d'où partait une série de câbles qui conduisaient aux berlingots. Elle a expliqué qu'elle était allé voir de l'autre côté les berlingots et qu'elle avait alors vu un trou. Selon ses dires elle n'a pas vu la

caméra. C'est E2_____ qui lui en a indiqué la présence de celle-ci lors de son téléphone du samedi. Elle a aussi indiqué en avoir parlé à son conjoint, sans se souvenir si c'était le vendredi ou le samedi. Elle n'a alors pas contesté les déclarations figurant dans le rapport de police et dans les écritures de l'appelante selon lesquelles elle avait téléphoné à cette dernière le 13 mars pour lui faire part de la présence de la caméra. Enfin, lors de la dernière comparution personnelle des parties du 9 janvier 2008, l'intimée est revenue sur ses déclarations du 25 avril 2006 en alléguant qu'elle avait fait une erreur concernant le jour de la découverte qui aurait eu lieu le vendredi 19 mars 2004 et non un mercredi comme elle l'avait soutenu. Selon ses dires, l'appelante se trompe lorsqu'elle affirme qu'elle l'a appelée le 13 mars 2004 à ce sujet. L'appelante soutient, depuis le début de la procédure, que l'intimée l'a informé le 13 mars 2004 qu'elle avait découvert la caméra le jour précédent, soit deux jours après que l'inspecteur B_____ lui avait fait part de son mécontentement concernant la décision qui avait été prise par ses collègues d'installer cette caméra de surveillance. Pour l'appelante, l'intimée n'a pas découvert la camera mais en a été informée. La Cour relèvera d'abord que les dernières explications données par l'intimée concernant la découverte de la camera ne correspondent pas au dossier. En premier lieu, le rapport de police du 26 avril 2004 indique précisément que l'appelante a informé les inspecteurs en charge du dossier que l'intimée leur avait téléphoné le 13 mars 2004 pour leur indiquer qu'elle connaissait la présence de la camera. Ensuite, le 19 mars 2004, l'enregistreur ne fonctionnait plus de sorte que les explications de l'intimée selon lesquelles elle aurait été alertée par la lumière rouge de celui-ci ne peuvent être retenues. Enfin, la description faite à la Cour le 26 avril 2004 des circonstances de la découverte de la caméra n'est pas corroborée par les enregistrements produits à la procédure. A aucun moment en effet, il n'apparaît que l'intimée aurait, un mercredi ou un vendredi, cherché à trouver derrière la caisse où aboutissaient les fils qu'elle a déclaré avoir suivis de l'autre côté de l'étagère, l'appelante signalant seulement à ce sujet un regard furtif en direction de la camera le vendredi 12 mars 2004 à 11h03.27 L'explication de l'appelante selon laquelle l'intimée n'a pas découvert la présence de la camera comme elle le soutient mais en a été informée entre le 10 et 12 mars 2004 paraît plus crédible que les versions changeantes et contradictoires de cette dernière. 4.5 L'application de la jurisprudence de la Cour d'appel des prud'hommes susmentionnée à la présente cause conduit la présente Cour à retenir que le licenciement immédiat de l'intimé était justifié et n'avait pas à être précédé d'un avertissement. E2_____ a pu constater elle-même les agissements de l'intimée en visionnant au ralenti la première bande vidéo dans les locaux de la police de sûreté le 25 mars 2004. Le lendemain l'inspecteur C_____ lui a téléphoné pour lui indiquer qu'il avait décompté 35 transactions non typées dans la matinée du 3 mars 2004. Enfin, elle a appris le 2 avril 2004 de l'inspecteur B_____ que l'intimée reconnaissait ne pas avoir typer toutes les consommations. Il en découle que le jugement du 21 novembre 2005 doit être annulé sur ce point et l'intimée déboutée de ses conclusions en paiement du salaire pendant le délai de congé et en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. L'intimée a cependant droit à son salaire du mois de mars 2004, soit fr. 2'148.75 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 7 avril 2004 (95h30 à fr. 22.50 de l'heure). 5. L'intimé réclame le paiement aussi fr. 8'287.55 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature. 5.1 L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1^{er} CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1^{er} CO). A teneur de l'article 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. Selon la jurisprudence, cette disposition

prohibe en particulier les clauses stipulant que le salaire relatif aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises mais qu'il est compris dans le salaire global. Un tel accord est nul et, partant, le travailleur conserve le droit de faire valoir une prétention en paiement de ses vacances (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF 107 II 430, consid. 3a). Le paiement d'une indemnité de vacances avec le salaire global présente en effet le risque qu'un employé rencontrant des difficultés financières dépense l'indemnité immédiatement et renonce par conséquent à prendre des vacances en nature. Le but de l'article 329a al. 1^{er} CO, soit le repos du travailleur, est alors compromis (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003). L'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global est toutefois admissible dans des situations très particulières ; tel sera par exemple le cas d'un travailleur à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement, d'un travailleur intérimaire (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF du 6 août 1992 en la cause 4C.18/1992, publié in SJ 1993 355, consid. 2a ; ATF 107 II 430, consid. 3a ; Message du Conseil fédéral, FF 1982 III, p. 210 ; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 15 ad art. 329 d CO ; Rehbindler, Berner Kommentar, n. 15 ad art. 329 d CO et Basler Kommentar, n. 2 ad art. 329 d CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 9 ad art. 329 d CO), ou encore d'un travailleur au service de différents employeurs simultanément. Dans de tels cas en effet, il peut être très difficile pour l'employeur de calculer en cours d'année le montant du salaire afférent aux vacances, afin de le verser au moment où elles sont prises (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003, consid. 2.3). Encore faut-il cependant que le contrat de travail et les décomptes de salaire mentionnent clairement la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances. Le juge doit en effet être en mesure de contrôler si la part convenue du salaire afférent aux vacances garantit l'entier du salaire dû pour cette période (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; SJ 1993, p. 355 ; Cerottini, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, pp. 202-204). 5.2 En l'espèce, il est établi que le contrat de travail prévoyait explicitement que l'indemnité de vacances de 8.33% était incluse dans le salaire horaire. Ni le contrat de travail, ni les décomptes de salaires n'indiquent explicitement la part effective du salaire global destinée aux vacances de sorte que même s'il est établi que l'intimée ne travaillait pas, à sa demande, durant les mois de juillet et août ainsi que pendant une semaine en février où la boulangerie était fermée, elle n'a pas été en mesure de contrôler objectivement si la part convenue de son salaire afférent aux vacances garantissait l'entier du salaire. En outre, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, l'appelante n'a pas démontré que l'intimée connaissait le mode de calcul utilisé pour le paiement de salaire et, par là, la part en chiffres servant à la rémunération des vacances, quant bien même le pourcentage était mentionné, à la main, sur le contrat de travail du 7 avril 2001, signé huit mois après le début des relations contractuelles. Il en découle que le jugement du 21 novembre 2005 sera confirmé sur ce point. Selon le calcul opéré par les premiers juges, l'intimée peut prétendre à ce titre à un montant brut total de fr. 8'287.55. Ce calcul inclut cependant les vacances non prises en nature entre le 4 avril et le 30 juin 2004. Pour les motifs développés au chiffre précédent, l'intimée n'a pas droit à une quelconque rémunération pour la période qui suit son licenciement immédiat. Il en découle que l'appelante sera condamnée à payer fr. 7'776.60 bruts, plus intérêts de 5% l'an dès le 7 avril 2004 correspondant aux vacances non prises en nature jusqu'au 31 mars 2004. 6. L'intimée réclame aussi fr. 7'214.20 à titre de gratification pour les années 2000 à 2004. 6.1 Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année.

Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. Dans les deux cas, la gratification peut consister dans une somme d'argent ou dans des prestations en nature. En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, ce caractère facultatif (ATF 129 III 276 consid. 2).

6.2 La gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réserve le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus considérables; dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (même arrêt, consid. 2.1).

6.3 La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Il faut tout d'abord se reporter au texte du contrat. Sa portée se détermine sur la base de la volonté réelle ou objectivement concordante des parties, et non pas sur des désignations ou expressions utilisées à tort par elles. La réserve du caractère facultatif de la gratification n'a aucune portée si elle n'est qu'une formule vide et si l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé d'en verser une (ATF 129 III 410 ; ATF 128 III 165 = JdT 2003 p. 113 ; ATF 127 III 444 = JdT 2002 p. 213 ; ATF 126 III 119 = JdT 2000 p. 613). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance. Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1;). Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; 128 III 419 consid. 2.2 et les références doctrinales). Pour trancher cette question, il faut se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent en revanche du fait (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 586 consid. 4.2.3.1; 130 III 417 consid. 3.2). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 131 III 377 consid. 4.2 p. 382 et l'arrêt cité), à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 118 II 365 consid. 1 p. 366; 112 II 337 consid. 4a).

6.4 L'art. 38 al. 1 CCT prévoit que l'employé qui est encore en place le 31 décembre a droit à une gratification en décembre. Elle est payable en règle générale le 15 décembre, mais au plus tard le 31 décembre. La gratification s'élève pour les mois entiers de l'année civile à 50% pour la première année de service et à 100% pour la deuxième année de service et les suivantes de la moyenne du salaire convenu contractuellement pour les mois donnant droit à la gratification. (art. 38 al. 2 CCT). Il n'existe aucun droit à la gratification pour les contrats de travail qui débutent le 1er octobre ou pour ceux qui ne durent pas plus de trois mois, ou qui se terminent à la fin de l'année civile, suite à la résiliation par l'employé ou aux termes d'un accord contractuel (art. 38 al. 3 CCT). En cas d'entrée en service au cours de l'année civile, le droit à la gratification n'existe

que proportionnellement à la durée de l'engagement; il ne sera tenu compte que des mois entiers. Si le contrat de travail commence au plus tard le 6e jour d'un mois, ce mois sera entièrement pris en considération pour le calcul de la gratification (art. 38 al. 4 CCT). Enfin, l'art. 38 al. 6 CCT prévoit en outre que l'employé, dont le contrat de travail prend fin avant le 31 décembre, n'a pas droit à la gratification s'il quitte son emploi pendant la première année de service. A partir de la deuxième année de service, il y a droit au pro rata, même s'il quitte avant le 31 décembre (dans ce cas la prétention porte aussi sur les mois de la première année de service). La gratification est accordée proportionnellement aux mois entiers. 6.5

En l'occurrence, les premiers juges ont considéré que l'intimée n'avait pas apporté la preuve qu'une gratification avait été convenue entre les parties à la conclusion du contrat en août 2000, ce qui la privait de toute gratification en 2000. Il a également retenu que dès le 7 avril 2001, les parties avaient décidé de soumettre à la réglementation conventionnelle certains points non réglés expressément par le contrat, notamment la gratification. Sur cette question, la formule pré-imprimée du contrat signé renvoie explicitement à l'art. 38 CCT. Sur cette base, les premiers juges ont calculé que l'intimée avait droit à fr. 6'296.05 à titre de gratification due pour la période du 1^{er} avril 2001 au 30 juin 2004. Si le raisonnement des premiers juges doit être pleinement approuvé, le calcul de la gratification due doit être corrigé dès lors que l'intimé n'a droit à aucune gratification pro rata temporis pour la période du 1^{er} avril au 30 juin 2004 en raison de son licenciement immédiat. Il en découle que fr. 560.20 devront être retranchés du montant retenu par le Tribunal des prud'hommes. L'appelante reste ainsi devoir fr. 5'735.85 à titre de gratification 7. En résumé, l'appelante devra verser à l'intimée : fr. 2'148.75 bruts, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 7 avril 2004, à titre de salaire pour le mois de mars 2004 ; fr. 7'776.60 bruts, plus intérêts de 5% l'an dès le 7 avril 2004, à titre de vacances non prises en nature jusqu'au 31 mars 2004 ; fr. 5'735.85 bruts, plus intérêts de 5% l'an dès le 7 avril 2004, à titre de gratification du 1^{er} avril 2001 au 31 mars 2004 ; soit au total fr. 15'661.20 bruts plus intérêts de 5% l'an dès le 7 avril 2004. 8. La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à fr 30'000.-, il se justifie de condamner chacune des parties à la moitié de l'émolument d'appel de fr. 440.- dont l'appelante s'est acquittée. L'intimée, qui succombe partiellement, sera ainsi condamnée à rembourser à l'appelante la moitié de l'émolument d'appel, soit fr. 220.-.

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