

VD_FINDINFO HC / 2013 / 512 vom 5. September 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-09-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2013___512

FR: VD_FINDINFO HC / 2013 / 512 du 5 septembre 2013

IT: VD_FINDINFO HC / 2013 / 512 del 5 settembre 2013

Regeste

RÉSILIATION, RÉSILIATION ABUSIVE, RÉSILIATION EN TEMPS INOPPORTUN, GROSSESSE, INCAPACITÉ DE TRAVAIL, PROVISION{COMMISSION}, DROIT AU SALAIRE, LOI FÉDÉRALE SUR L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, ÉGALITÉ ENTRE HOMME ET FEMME, PREUVE | 324a CO, 336 CO, 42 al. 2 CO, 3 LEg

Erwägungen

E. 1

let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). b) Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al.

E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135).

E. 3

a) Tout d'abord, en invoquant une violation de l'art. 336 CO, l'appelante fait valoir que le congé donné par l'intimé était abusif. b) Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit suisse pose ainsi le principe de la liberté de résilier le contrat de travail, cette liberté n'étant limitée que par la prohibition du licenciement abusif (ATF 132 II 115 c. 2.1; 131 III 535 c. 4.1; 130 III 699 c. 4.1). L'art. 336 CO énumère les cas où le congé est abusif. D'après l'art. 336 al. 1 CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie: a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise; b. en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise; c. seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail; d. parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail; e. parce que

l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer. L'énumération prévue à l'art. 336 CO — qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail — n'est pas exhaustive. La jurisprudence admet d'autres situations constitutives d'un tel abus, qui doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO. Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 c. 2.1 à 2.5; 131 III 535 c. 4.2). Lorsqu'un premier congé a été donné durant une période de protection et que la nullité du congé a été admise par l'employeur, les faits ayant entouré ce premier licenciement sont sans pertinence pour déterminer le caractère abusif d'un congé donné postérieurement (cf. TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c.4.1.3). Conformément à l'art. 8 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 c. 4.1.3). c) L'appelante prétend que les faits prouvés par l'instruction et leur chronologie démontrent que le motif de licenciement de l'appelante est sa grossesse et non un chiffre d'affaires insuffisant. Or, si l'appelante était bien enceinte au moment de la première résiliation de son contrat intervenue le 25 août 2009, elle ne l'était pas au moment du deuxième licenciement signifié le 25 août 2010. En faisant valoir que, si son chiffre d'affaires avait été si médiocre, elle aurait été licenciée avant le 25 août 2009, l'appelante tente en réalité de remettre en question le premier licenciement. L'intimée ayant reconnu la nullité de ce congé, il n'y a pas lieu d'y revenir (TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c.4.1.2). En l'espèce, il est constant que l'appelante a réalisé un chiffre d'affaires de 41'075 fr. pour onze mois d'activité auprès de l'intimée. Or, ce résultat est bien en deçà de l'objectif de 400'000 fr. par année prévu par le contrat de travail. Certes, ce faible rendement est dû, du moins en partie, aux absences de l'appelante. Toutefois, il n'en demeure pas moins que l'intimée pouvait résilier le contrat de travail au vu des prestations de l'appelante. Le contrat de travail du 21 juillet 2008 précisait en effet expressément que l'engagement de l'appelante trouvait "sa contrepartie dans la réalisation des objectifs de chiffre d'affaires". Ainsi, il n'apparaît pas que le congé donné à l'appelante le 25 août 2010 soit abusif.

E. 4

a) L'appelante invoque également une violation de l'art. 3 LEg (Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, RS 151.1) pour prétendre au versement d'une indemnité à la suite de son licenciement. b) L'art. 3 LEg interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. L'interdiction porte non seulement sur les inégalités salariales, mais également sur tous les aspects du rapport de travail, y compris l'accès à l'emploi et le licenciement. Ainsi, aux termes de l'art. 3 LEg, il est interdit de

discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (al. 1). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (al. 2). Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cet allègement du fardeau ne s'applique qu'aux situations exhaustivement énumérées, dont, notamment, l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail et la résiliation des rapports de travail, la présomption valant également s'agissant du caractère éventuellement abusif de la résiliation. Si la partie demanderesse parvient à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination, le fardeau de la preuve est renversé et il appartient alors à l'employeur d'établir l'inexistence de la discrimination (Wyler, Droit du travail, 2 e éd., Berne 2008, pp. 723-724). Un licenciement intervenu après un congé maternité, n'implique pas ipso facto qu'il consacre une discrimination à raison du sexe (TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2). c) En l'occurrence, comme on l'a vu, l'intimée disposait de motifs objectifs de se séparer de l'appelante, à savoir l'insuffisance du chiffre d'affaires réalisé par celle-ci qui n'était pas lié à son statut de futur mère et qui ôte tout caractère discriminatoire au licenciement. En conclusion, le congé donné le 25 août 2010 n'est ni abusif ni discriminatoire.

E. 5

a) L'appelante fait ensuite grief aux premiers juges d'avoir considéré que le droit au salaire en cas de maladie se limitait au salaire fixe. Dans la mesure où elle était en incapacité de conclure des affaires, elle avait droit au salaire minimum prévu par le contrat, soit 3'000 fr. à titre de salaire fixe et 2'500 fr. dus au titre d'avance sur commissions. b) Pendant la période d'incapacité de travail, l'employé doit recevoir le même salaire que s'il travaillait (cf. Aubert, Commentaire romand, CO I, n. 44 ad art. 324a CO; Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, n. 9 ad art. 324a CO; Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, 2 e éd., Lausanne 1996, n. 10 ad art. 324a CO; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, n. 48 ad art. 324a CO), y compris, notamment, le treizième salaire (Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, PJA 2003, p. 323 ss, spéc. p. 327; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2 e éd., Lausanne 2010, n. 1.22 ad art. 324a CO; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7 e éd., Zurich 2012, n. 9 ad art. 324a/b CO). Lorsque la rétribution est composée de commissions, l'employeur doit calculer le salaire en fonction de la moyenne obtenue durant l'année écoulée (cf. ATF 125 III 14 c. 2b p. 16; Aubert, op. cit., n. 44 art. 324a CO). Si l'emploi n'a pas duré autant, il faut tenir compte de la moyenne de tous les gains perçus. Un tel système n'est cependant applicable que dans la mesure où l'on parvient ainsi, de manière précise et concrète, à approcher autant que possible le salaire probable qui aurait été alloué en l'absence d'incapacité de travail (cf. ATF 125 III 14 c. 2b p. 17; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.21 ad art. 324a CO). Le cas échéant, il convient de procéder à une estimation, en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (cf. Rehbinder/Portmann, op. cit., n. 9 ad art. 324a CO) (TF 4A_556/2012 et 4A_564/2012 du 9 avril 2013; TF 4C.173/2004 du 7 septembre 2005 c. 4.2 ; TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004 c. 4.3). c) Les premiers juges ont retenu que pour la période précédant la première tentative de licenciement, l'appelante, qui avait subi de nombreuses incapacités de travailler, avait uniquement droit à son salaire mensuel brut de 3'000 fr., ainsi qu'aux commissions de 6'586 fr. 80 réalisées sur l'ensemble

de son activité. Or, cette appréciation ne saurait être suivie. En effet, conformément à la jurisprudence susmentionnée, le travailleur en congé maladie peut prétendre au versement du salaire qui aurait été le sien, sans incapacité de travail, part variable du salaire comprise. Par ailleurs, les premiers juges ont estimé qu'une part de rémunération variable était due à l'appelante à partir du 24 août 2009 dès lors qu'elle avait été libérée de ses obligations contractuelles par l'intimée à partir de cette date et ainsi empêchée de travailler "sans faute de sa part". Or, les incapacités de travailler, découlant d'infections broncho-pulmonaires, ne sont pas davantage imputables à l'appelante et il ne se justifie pas de traiter les deux situations différemment. L'appelante a dès lors droit au salaire qui aurait été le sien si elle n'avait pas été empêchée d'exercer son activité, rémunération variable comprise, tant pour la période du 1^{er} septembre 2008 au 23 août 2009, que pour la période suivante. Le moyen de l'appelante doit être admis sur ce point. d) Il reste toutefois à déterminer si l'appelante a droit à une part de salaire variable de 2'500 fr. comme elle le soutient. Dans la mesure où l'on a considéré qu'il ne se justifiait pas de traiter différemment les périodes, selon que l'appelante était en congé maladie ou libérée de son obligation de travailler, il convient d'arrêter la quotité du salaire variable pour l'ensemble des rapports de travail. Pour la période durant laquelle l'appelante avait été libérée de ses obligations contractuelles, les premiers juges ont arrêté sa part de salaire variable à 1'266 fr. 70 par mois. Afin de déterminer ce montant, ils se sont basés sur les gains réalisés par l'appelante depuis son engagement, le 1^{er} septembre 2008, jusqu'à sa libération de son obligation de travailler, le 23 août 2009, soit une période de 300 jours, de laquelle ils ont retranché 143 jours d'incapacité de travailler. L'appelante ayant réalisé des commissions d'un total de 6'586 fr. 80 sur 157 jours, les premiers juges ont retenu un montant mensuel moyen de 1'266 fr. 70 (157 jours équivalant à

E. 5.2

mois). L'appelante soutient que le montant des commissions pris en considération n'est pas représentatif dès lors qu'étant régulièrement en incapacité de travailler, elle n'a pas été en mesure de conclure de nombreuses affaires. Une activité entrecoupée à plusieurs reprises de périodes d'incapacité serait forcément moins productive qu'une activité exercée durant une période identique mais sans interruption, ce d'autant plus dans une activité telle que le courtage où le suivi des clients et des affaires ainsi que la réactivité est essentielle. Dans ces conditions, elle soutient que l'art. 42 al. 2 CO doit être appliqué par analogie. Selon elle, en fixant un chiffre d'affaires minimum de 400'000 fr. et en prévoyant le versement d'une avance sur commissions de 2'500 fr., les parties estimaient qu'il s'agissait d'un seuil inférieur que l'appelante aurait atteint si elle n'avait pas été empêchée de travailler. e) Selon l'art. 42 al. 1 CO, la preuve du dommage incombe au demandeur. Lorsqu'il est très difficile, voire impossible d'apporter la preuve du dommage, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO ; Werro, in Commentaire romand CO I, Bâle 2012, n. 24 ad art. 42 CO). Cette dernière disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de son existence qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais il ne dispense cependant pas le lésé de toute preuve; au contraire, celui-ci doit alléguer et établir tous les éléments de faits constituant des indices de l'existence du dommage et de l'évaluation de son montant, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive. Savoir si c'est à bon droit que le juge a – ou non – fait usage de la règle

de l'art. 42 al. 2 CO est une question de droit fédéral, de même que le point de savoir si les faits allégués, en la forme prescrite et en temps utile, permettent de statuer sur la prétention déduite en justice; par contre, la détermination équitable de l'existence et du montant du dommage sont des questions de fait; le pouvoir d'estimation élargi découlant de cette disposition n'est pas un pouvoir d'appréciation juridique au sens de l'art. 4 CC (TF 4A_383/2010 du 11 août 2010 c. 2.1 et les réf.; TF 4C_74/2005 du 16 juin 2005 c. 5.1). En l'espèce, l'appelante se réfère uniquement à son contrat de travail pour faire valoir qu'elle aurait été en mesure de réaliser un objectif de 400'000 fr. et de percevoir des commissions de 2'500 fr. par mois. L'appelante n'a pas tenté de démontrer le dommage par un autre moyen, par exemple en faisant état du chiffre d'affaires réalisé pour son activité de courtière auprès de l'agence Z._____ ou en requérant de l'intimée qu'elle produise les chiffres d'affaires réalisés par ses courtiers. Seul le chiffre d'affaires réalisé par le responsable de l'agence de Montreux X._____, qui s'élève à 219'620 fr. sur treize mois, figure au dossier. Or, d'une part, ce chiffre est largement inférieur à l'objectif de 400'000 fr. que l'appelante aurait selon elle pu atteindre, et d'autre part, il concerne un responsable d'agence — et non un courtier moyen — et n'est par conséquent pas représentatif. Ainsi, l'appelante n'a pas fourni suffisamment d'indices permettant d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO et de procéder à une estimation de sa part de rémunération variable. En conséquence, il y a lieu de se référer à la moyenne calculée par les premiers juges et de retenir que l'appelante a droit à une rémunération sur commission qui s'élève à 1'266 fr. 70 par mois, aussi bien pour la période du 1^{er} septembre 2008 au 23 août 2009, que pour les périodes du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010. Contrairement aux premiers juges, il n'y a pas lieu de retenir qu'il s'agit d'un montant net puisque les commissions de 6'588 fr. 80 versées par l'intimée n'ont pas fait l'objet de déductions sociales tel que cela ressort du décompte du 15 juillet 2009. Pour la période du 1^{er} septembre 2008 au 23 août 2009, soit 11 mois et 24 jours (11.8 mois), le montant dû à titre de rémunération sur commission s'élève à 14'947 fr. 05, charges sociales réservées, ce montant comprenant les commissions de 6'586 fr. 80 effectivement réalisées par l'appelante.

E. 6

L'appelante conclut à la suppression du chiffre III du jugement entrepris constatant que l'intimée a déjà versé la somme nette de 83'132 fr. 10. Il résulte des conclusions du mémoire d'appel que l'appelante a déjà déduit ce montant de ses prétentions. Par souci de simplicité, il y a lieu de se référer à la forme du dispositif du jugement entrepris et de maintenir ce chiffre III, le montant de 83'132 fr. 10 n'étant pas contesté et ressortant effectivement des fiches de salaire de l'appelante, ainsi que de son relevé de compte bancaire.

E. 7

a) En conclusion, l'appel doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé en ce sens que l'appelante a droit à une part de rémunération variable de 14'947 fr. 05 pour la période du 1^{er} septembre 2008 au 23 août 2009. Dans le dispositif du jugement attaqué, les premiers juges ont qualifié les montants dus à titre de commissions de "salaire net" qu'ils ont alloué avec la mention "charges sociales éventuelles réservées". Cette formulation apparaît contradictoire et il y a lieu de la préciser en qualifiant ces montants de "rémunération sur commission" et de réserver les charges sociales. En effet, il ne ressort pas du dossier que des déductions ont été opérées sur les commissions de 6'586 fr. 80 effectivement versées à l'appelante. Il en découle que le dispositif du jugement entrepris doit être réformé à ses chiffres I et II en ce sens que l'appelante a droit pour la période du 1

er septembre 2008 au 23 août 2009 à un salaire de 35'400 fr., sous déduction des charges sociales, ainsi qu'à une rémunération sur commission de 14'947 fr. 05, charges sociales réservées (I) et pour les périodes du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010, à un salaire de 35'200 fr. brut, sous déduction des charges sociales usuelles, et à une rémunération sur commission de 14'655 fr. 65, charges sociales réservées (II). Pour les mêmes raisons, le dispositif doit être modifié à son chiffre IV, dès lors qu'il prévoit que les allocations de maternité en faveur de la demanderesse doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70, soit 3'000 fr. brut et 1'266 fr. 70 net. Ce dernier montant correspondant à la rémunération sur commission et non à un salaire net, il y a lieu de le préciser et de réformer le chiffre IV en ce sens que les allocations maternité doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70, soit 3'000 fr. brut à titre de salaire fixe et 1'266 fr. 70 à titre de rémunération sur commission. b)

L'appelante n'obtenant que partiellement gain de cause, la répartition par moitié des frais judiciaires de première instance peut être maintenue. De même, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens de première instance. Dès lors qu'il s'agit d'un litige relevant en partie de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg, RS 151.1), il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. a CPC). Vu l'issue du litige, la charge des dépens de deuxième instance évaluée à 1'500 fr. (art. 7 al. 1 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010]) pour chaque partie doit être mise à la charge de l'appelante à raison de quatre cinquièmes et de l'intimée à raison d'un cinquième. L'appelante versera en définitive à l'intimée la somme de 900 fr. à titre de dépens.

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