

# VD\_FINDINFO HC / 2018 / 128 vom 14. Februar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-02-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2018\\_\\_\\_128](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2018___128)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 128 du 14 février 2018

IT: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 128 del 14 febbraio 2018

## Regeste

RÉSILIATION ABUSIVE, CONGÉ DE REPRÉSAILLES, INCAPACITÉ DE TRAVAIL, CONTRAT DE TRAVAIL, JUSTE MOTIF, HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES | 321c CO, 335 al. 1 CO, 336 al. 1 let. d CO, 336c al. 1 let. b CO

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, dans les causes exclusivement patrimoniales, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée auprès de l'instance d'appel (art. 311 CPC), soit en l'occurrence de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RS 173.01]). Formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

### E. 3

.2.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive (ATF 132 III 115 consid. 2.1). Un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2). 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. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec

des égards. En particulier, elle ne peut pas se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif (ATF 132 III 115 consid. 2.2 ; ATF 131 III 535 consid. 4.2 ; ATF 125 III 70 consid. 2b). Une incapacité de travail subséquente à l'annonce de résiliation ne suffit toutefois pas à établir l'illicéité du comportement de l'employeur (CACI 14 mars 2014/128 consid. 4.d).

### **E. 3.1**

L'appelante soutient que le congé serait abusif, car il lui aurait été signifié parce qu'elle s'était plainte du harcèlement qu'elle aurait subi de la part de sa supérieure, notamment en ce qui concernait l'adjudication de travaux à la maison I. \_\_\_\_\_ SA. Contrairement à ce qui a été retenu par les premiers juges, l'atteinte à sa personnalité aurait été établie car elle résulterait du certificat médical produit sous pièce 19. Pour l'appelante, une maladie dont la conséquence est une incapacité de travail de six mois constituerait une atteinte à l'intégrité. En outre, le motif invoqué par l'intimée à l'appui du licenciement, à savoir à cause du mandat [...], serait manifestement faux. Enfin, l'intimée se serait accommodée des retards accumulés.

### **E. 3.2.2**

Afin de pouvoir dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (TF 4A\_408/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.3). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 ; ATF 131 III 535 consid. 4.3 ; ATF 130 III 699 consid. 4.1). Il n'y a pas de présomption légale du caractère abusif d'un congé lorsque la motivation invoquée est fautive. La violation de l'obligation de motiver (art. 335 al. 2 CO) ne peut entraîner que des sanctions indirectes dans le procès opposant employeur et travailleur, que ce soit au niveau de la répartition des frais et dépens ou de l'appréciation des preuves (ATF 121 III 60 consid. 3b). Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a admis précisément que le juge pouvait présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvenait à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Cet allègement de la preuve permet de tenir compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve du motif réel du licenciement (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les arrêts cités ; TF 4C.282/2006 du 1 er mars 2017 consid. 4.3). Si cette présomption facilite la preuve, elle n'a cependant pas pour effet d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une sorte de « preuve par indices ». Le point de savoir si une telle présomption est établie ou non relève de l'appréciation des preuves et non de l'application du droit fédéral (TF 4A\_485/2016 et 4A\_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 2.3 ; TF 4A\_190/2011 du 6 juin 2011 consid. 2.2 et les références, publié in JdT 2012 II 206). De son côté, l'employeur ne peut pas 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 consid. 4.1 ; TF 4C.27/1992 du 30 juin 1992, publié in SJ 1993 p. 360, consid. 3a, confirmé in TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003, consid. 3.2 ; TF 4C.121/2001 du 16 octobre 2001, consid. 3b). Si l'employé parvient à faire apparaître les motifs invoqués par l'employeur comme non réels, et si, en plus, le motif véritable du licenciement est établi, c'est bien ce motif-ci qui est déterminant pour juger du caractère abusif ou non de la résiliation. Le fait que les motifs avancés par l'employeur étaient des prétextes ne revêt alors plus aucune pertinence. En particulier, un licenciement signifié pour un motif, par hypothèse licite, ne saurait devenir abusif parce que l'employeur a invoqué – faussement –

d'autres motifs (TF 4C.282/2006 du 1<sup>er</sup> mars 2017 consid. 4.3).

### **E. 3.2.3**

Aux termes de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé-représailles (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne, 2011, n° 7 ad art. 336 CO) et tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le salarié d'avoir fait valoir de bonne foi des prétentions auprès de son employeur, peu importe du reste qu'elles soient réellement fondées (TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.2 et les nombreuses références). S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier ; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au salarié (TF 4C.27/1992 du 30 juin 1992 consid. 3a, in SJ 1993 p. 360). L'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle (ATF 130 III 699 consid. 4.1). En résumé, un travailleur n'est protégé contre un congé-représailles (art. 336 al. 1 let. d CO) que s'il peut supposer de bonne foi que les prétentions qu'il fait valoir sont fondées. Il n'est pas nécessaire qu'elles le soient effectivement. La résiliation n'est toutefois pas abusive dès lors que l'employé fait valoir des prétentions qui n'ont joué aucun rôle causal dans la décision de le licencier (ATF 136 III 513 consid. 2.4 et 2.6).

### **E. 3.3**

En l'espèce, les causes du licenciement invoquées par l'employeur sont les retards récurrents dans le travail et l'insatisfaction du principal client. Contrairement à ce que semble soutenir l'appelante, la lettre de licenciement ne mentionne pas le mandat [...], si bien que les déclarations du témoin G. \_\_\_\_\_ ne sont d'aucune utilité. L'insatisfaction de certains clients ressort à tout le moins de l'ensemble du dossier – notamment les courriels J. \_\_\_\_\_ des 1<sup>er</sup> février, 21 mars et 8 avril 2011, le courriel de H. \_\_\_\_\_ à sa propriétaire le 23 juin 2011, celui de N. \_\_\_\_\_ le 22 août 2011, etc. –, de même que le retard chronique de l'intéressée dans la gestion de ses dossiers. Ces motifs sont donc bien réels. Contrairement aux allégations de l'appelante, le simple fait qu'elle se soit retrouvée en incapacité de travail après la signification du congé ne démontre pas que le licenciement serait abusif sur le fond ou quant à la manière dont il a été signifié, conformément aux principes exposés ci-dessus. Il est enfin inexact de prétendre que l'intimée se serait accommodée des retards accumulés, étant noté à cet égard que l'appelante ne conteste pas avoir accumulé du retard. D'une part, l'intimée avait proposé à l'appelante de transférer certains de ses dossiers à d'autres gérants pour alléger sa tâche, ce que cette dernière avait refusé. D'autre part, il ressort d'un courrier de l'intimée du 29 mars 2012 que des délais ont été impartis à l'assistant de l'appelante en vue de combler le retard pris dans le traitement des dossiers. Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que le licenciement n'était pas abusif. La prétention de l'appelante tendant à l'octroi d'une indemnité doit dès lors être rejetée.

### **E. 4.1**

L'appelante fait valoir que ce serait à tort que les premiers juges ont retenu que les salaires des mois de novembre et décembre 2012 n'étaient pas dus. Elle invoque une mauvaise

appréciation des preuves et fait valoir que si elle n'était pas venue travailler durant cette période, ce serait parce qu'elle était encore en incapacité de travail, comme l'établirait le certificat médical produit sous pièce 19.

#### **E. 4.2**

Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service (al. 1 let. b). Le congé donné pendant cette période est nul (art. 336c al. 2 CO).

#### **E. 4.3**

En l'espèce, contrairement aux affirmations de l'appelante, les premiers juges ont tenu compte du certificat médical du 10 janvier 2013. Ils ont en effet expliqué pour quel motif ils ne retenaient pas une incapacité de travail pendant ces deux mois, à savoir que les parties avaient toutes les deux allégué et admis en procédure que l'appelante avait été en incapacité de travail à 100 % du 26 juin au 31 octobre 2012, ce que cette dernière ne conteste d'ailleurs pas. Cela résulte en particulier du courrier du 16 novembre 2012 de la protection juridique de l'appelante. Le certificat de travail en cause, établi plus de deux mois après la fin de l'incapacité de travail, n'était par conséquent pas susceptible de changer la durée de l'incapacité admise par les parties. L'appelante ne peut pas prétendre au paiement du salaire au-delà du 31 octobre 2012 et le jugement querellé peut être confirmé sur ce point.

#### **E. 5.1**

L'appelante conteste enfin qu'elle n'aurait pas établi le nombre d'heures supplémentaires effectuées. Elle relève que la citation du règlement afférent au travail supplémentaire serait erronée. Elle a en outre requis de l'intimée l'apport des données informatiques relatives à son activité en ses locaux, pièces que l'intimée a admis détenir. Or la destruction de ces pièces par l'intimée serait restée sans conséquence. L'appelante y voit dès lors une violation de son droit à la preuve. Le directeur de l'intimée aurait admis qu'il voyait bien qu'elle travaillait plus que la moyenne, sans pouvoir quantifier le nombre d'heures réelles. Sa supérieure ne lui aurait jamais dit de ne pas faire d'heures supplémentaires alors qu'elle savait qu'elle en faisait. Si la quotité ne pouvait pas être établie précisément par le Tribunal, alors il lui appartenait d'« établir une cote mal taillée et trancher la prétention en tenant compte du refus injustifié de M. \_\_\_\_\_ SA de collaborer à l'administration des preuves ».

#### **E. 5.2.1**

Les heures supplémentaires représentent la différence positive entre le temps de travail convenu ou habituel et le temps de travail effectif (ATF 116 II 69 consid. 4a, résumé in JdT 1990 I 384 ; Müller, Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, thèse Zurich 1986, p. 4 ; Rehbinder, Commentaire bernois, n. 1 ad art. 321c CO). La rétribution des heures supplémentaires dépassant l'horaire contractuel est réglée par l'art. 321c CO. Lorsque l'accomplissement d'heures supplémentaires est expressément ordonné par l'employeur, il n'y a pas de place pour une contestation relative à leur justification et à leur ampleur. Le travailleur agit en conformité avec une instruction expresse de son employeur, au vu et au su de ce dernier. A cette situation, il faut assimiler le cas où des heures supplémentaires sont objectivement nécessaires et où l'employeur a suffisamment d'indices lui permettant de

constater que le temps de travail convenu ou habituel ne suffit pas pour exécuter les tâches confiées. Dans ce cas, les heures supplémentaires doivent être traitées comme si elles avaient été expressément ordonnées par l'employeur (TF 4A\_46/2008 du 30 avril 2008 ; TF 4A\_464/2007 du 8 janvier 2008 consid. 3 ; Carruzzo, Le contrat individuel de travail, Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, n. 4 ad art. 321c CO). Ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures supplémentaires contrairement à la volonté de son employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prête à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4b, résumé in JdT 1990 I 384 ; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 10 ad art. 321c CO). Elles ne constituent alors des heures supplémentaires que si elles sont objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, qu'elles sont justifiées et qu'elles sont portées à la connaissance de ce dernier ou qu'il ne peut ignorer leur accomplissement. Ne constituent pas des heures supplémentaires celles qui sont accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que des circonstances exceptionnelles les justifient dans l'intérêt de l'employeur. Par exemple, le travailleur soucieux et inquiet, qui travaille régulièrement le soir, le week-end ou durant ses vacances, par seul souci de méticulosité, n'effectue pas des heures supplémentaires (TF 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2 ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3 e éd., Berne 2014, pp. 93 et 101). Dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et où il n'a pas de raison de savoir que de telles heures supplémentaires ont été effectuées, le Tribunal fédéral admet que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 consid. 2.3, JdT 2003 I 241). Lorsque des heures supplémentaires sont objectivement nécessaires et justifiées, mais que l'employeur l'ignore, le travailleur doit les annoncer dans un délai utile, soit en principe avant la prochaine échéance de paiement du salaire (« in der ersten Lohnperiode »), de manière à ce que l'employeur puisse prendre les mesures organisationnelles pour éviter un travail supplémentaire à l'avenir, pour approuver lesdites heures ou s'y opposer (TF 4A\_86/2007 du 5 juin 2007 consid. 4.2 ; ATF 129 III 171 consid. 2.3 ; TF 4C.337/2001 du 1 er mars 2002 consid. 2 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 100). Au contraire, si l'employeur a connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, le travailleur ne doit pas nécessairement les annoncer avant la prochaine échéance de paiement ; dans un tel cas, il est autorisé à attendre, avant d'annoncer les heures supplémentaires, de savoir si et dans quelles proportions à long terme il aura besoin de temps supplémentaire pour accomplir les tâches confiées (ATF 129 III 171 consid. 2.4).

### **E. 5.2.2**

Le fardeau de la preuve des heures de travail supplémentaires accomplies incombe au travailleur (TF 4C.14112006 du 24 août 2006 consid. 4.2.2). Il appartient au travailleur de prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires et qu'elles ont été annoncées à l'employeur ou que celui-ci avait connaissance ou devait avoir connaissance de leur existence. Concrètement, le travailleur doit prouver que des heures dépassant l'horaire normal ont réellement été effectuées et qu'elles étaient nécessaires, dans l'intérêt de l'employeur, pour accomplir le travail demandé (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 102). Une preuve stricte étant à cet égard impossible, ou pouvant difficilement être exigée du travailleur, le fardeau de la preuve peut être allégé, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO ; dans un tel cas, le travailleur doit rendre vraisemblable le nombre d'heures accomplies (TF 4C\_142/2005 du 15 juin 2006 consid. 5, publié in Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2007 pp. 281 ss). Afin toutefois de ne pas détourner

la règle de la preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (TF 4A\_431/2008 du 12 janvier 2009 consid. 5.2.1 ; TF 4A\_86/2008 du 23 septembre 2008 consid. 4.2 ; TF 4C\_141/2006 du 24 août 2006 consid. 4.2.2 et les références citées).

### **E. 5.2.3**

L'art. 321c CO prévoit que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces ; plus précisément, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3).

L'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature (ATF 123 III 84 consid. 5a). Un accord du travailleur est nécessaire. Il incombe à l'employeur de prouver l'existence d'une telle convention, qui peut être tacite (TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, en l'absence d'un accord formellement valable et antérieur à l'accomplissement des heures supplémentaires en cause, le droit à la rémunération de telles heures revêt un caractère impératif, si bien que l'art. 341 al. 1 CO (en lien avec l'art. 321c al. 3 CO) s'oppose à ce que le travailleur renonce à ses prétentions à ce titre pendant le contrat et le mois qui suit la fin de celui-ci (TF 4C.364/2001 du 19 juillet 2002 consid. 2.2 ; ATF 124 III 469 consid. 3a ; ATF 126 III 337 consid. 7b ; CACI 14 avril 2016/182 consid. 4.2).

### **E. 5.2.4**

Enfin, une distinction doit être faite entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible. Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages « bloquées ») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps (TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2 ; Subilia/Duc, Droit du travail, 2010, n. 12 ad art. 321 CO). En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2 ; ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible ; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur. Et dans ce cas, une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des

plages bloquées (TF 4A 611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2 et les références citées). Dans l'arrêt ATF 130 V 309, le Tribunal fédéral a considéré qu'en présence d'un horaire flexible et vu la souveraineté du travailleur quant à l'organisation de son temps de travail, il appartenait à ce dernier de s'assurer qu'il fournissait son travail dans le cadre du nombre d'heures contractuellement dues. Ainsi, dans le cas où il effectuait, de sa propre initiative, du travail supplémentaire qui n'était pas ordonné par l'employeur ni rendu nécessaire par les besoins de l'entreprise, il devait compenser celui-ci pendant la période de référence. Un accord entre les parties aux termes duquel seul un nombre déterminé d'heures pouvait être reporté d'une période à l'autre était admissible : dans l'hypothèse où le travailleur dépassait cette marge, ses prétentions correspondantes (en compensation ou indemnisation) étaient ainsi perdues.

### **E. 5.3**

L'appelante a allégué en procédure qu'elle devait rattraper un retard important accumulé dans ses dossiers, qu'elle ne disposait pas de soutien efficace, ce qu'elle aurait mentionné à son supérieur sans qu'il y donne suite, et qu'elle travaillait de 5h45 jusqu'à 20h00 sans prendre de pause du lundi au vendredi et le samedi de 7h00 à 12h00 en sus. Elle aurait dûment averti l'intimée de ses dépassements. L'appelante aurait été dans l'impossibilité de prendre des vacances ou de compenser les heures supplémentaires en raison de sa charge de travail. Pour tous ces allégués, l'appelante a offert la preuve par témoin et audition des parties, par la réquisition de production de la pièce 51 – soit l'impression de ses calendriers Outlook – et par expertise. L'expert mis en œuvre en cours de procédure n'a pas pu confirmer ou infirmer les allégués qui lui étaient soumis ; il a constaté qu'il n'existait en l'état aucune trace informatique permettant de retracer l'activité de l'employée de manière à constater une durée de travail quotidienne, hebdomadaire ou annuelle. Quant à la pièce requise, l'intimée a expliqué que les calendriers Outlook étaient des documents personnels qui avaient été détruits dans le mois suivant la fin des rapports de travail, conformément aux directives internes dont l'appelante avait connaissance. Ces deux éléments de preuves n'ont ainsi pas permis de prouver les allégués de l'appelante. Il résulte des auditions anticipées des parties et des témoignages que l'appelante arrivait entre 6h30 et 7h00 le matin, qu'elle ne prenait pas une véritable pause à midi et qu'elle était souvent encore là après 17h00. Aucun n'a toutefois pu confirmer la présence de l'appelante le samedi matin. L'intimée avait par conséquent suffisamment d'indices pour constater que le temps de travail convenu de 42 heures ne suffisait pas à accomplir les tâches confiées. Un autre gérant senior s'est d'ailleurs trouvé dans la même situation que l'appelante. Il semblerait qu'il s'agissait d'une culture d'entreprise, ce qui pourrait expliquer que l'appelante n'ait pas souhaité être déchargée d'un certain nombre de dossiers. Elle n'a donc pas pris l'initiative d'accomplir ces heures contre la volonté de son employeur mais bien avec son accord tacite, celui-ci ne pouvant pas ignorer la charge de travail qui incombait à son employée – l'appelante gérait un parc immobilier important, avec mission de résorber le retard accumulé par ses prédécesseurs. D'un autre côté, l'appelante avait le profil de l'employé soucieux et méticuleux et, dans une certaine mesure, les heures de travail supplémentaires effectuées n'étaient pas indispensables. Il résulte en effet des déclarations des témoins que l'appelante faisait refaire à ses assistants des courriers qu'elle corrigeait à plusieurs reprises, qu'elle les surveillait et contrôlait tout de manière générale. En cinq ans, au vu de son comportement, l'appelante a eu cinq assistants différents – soit un taux de rotation supérieur à celui de ses collègues –, ce qui a contribué aux retards qui lui étaient reprochés. Cela étant, si l'on peut admettre que l'employeur avait suffisamment d'indices sur la nécessité des heures

supplémentaires effectuées par l'appelante et que celle-ci n'avait donc pas à les annoncer dans la première période de salaire (« in der ersten Lohnperiode »), l'appelante ne pouvait toutefois pas attendre aussi longtemps, soit la fin des rapports de travail, pour réclamer plus de 7'000 heures de travail supplémentaires effectuées depuis 2007 (cf. ATF 129 III 171 consid. 2.3, cité supra consid. 5.2.1). Ce dernier moyen doit également être rejeté.

#### **E. 6**

Pour ces motifs, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'714 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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