

VD_FINDINFO HC / 2024 / 46 vom 7. Februar 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-02-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2024___46

FR: VD_FINDINFO HC / 2024 / 46 du 7 février 2024

IT: VD_FINDINFO HC / 2024 / 46 del 7 febbraio 2024

Regeste

DROIT DU TRAVAIL, PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ, INDEMNITÉ DE VACANCES, EXPERTISE, EXPERTISE MÉDICALE, EXPERTISE PRÉSENTÉE PAR UNE PARTIE, EXPERTISE PSYCHIATRIQUE | 321c CO, 328 al. 1 CO, 329d al. 2 CO, 49 al. 1 CO

Erwägungen

E. 1.1

L'appel est ouvert contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al.

E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable. Déposée dans le délai imparti à l'intimée pour ce faire, la réponse est également recevable.

E. 2

et réf. cit.). Sous réserve des vices manifestes, l'application du droit d'office ne signifie pas que l'autorité d'appel doive étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office (cf. ATF 147 III 176 consid. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF 5A_873/2021 du 4 mars 2022 consid 4.2 applicable en appel).

E. 3.1

Dans la première partie de son appel, intitulée « Etablissement arbitraire des faits », l'appelante critique la constatation des faits opérée par les premiers juges. Elle estime que le tribunal a constaté de manière arbitraire que le rapport d'expertise serait essentiellement fondé sur les certificats médicaux et le rapport intermédiaire établi par le médecin traitant. Pour l'appelante, l'expert s'est aussi fondé sur les pièces du dossier médical de l'appelante auprès du [...], et en particulier sur les IRM. Il serait également arbitraire de constater, comme l'a fait le tribunal, que le rapport d'expertise ne discute pas les conclusions des Drs [...] et [...] alors que des passages de l'expertise démontrent que l'expert a tenu compte des avis de ces deux praticiens. Ensuite, l'appelante, en relation avec sa prétention en tort moral, estime arbitraire de constater, comme l'ont fait les premiers juges, qu'elle n'apporterait pas la preuve qu'elle a souffert en raison des conditions de travail que lui a imposées l'intimée.

Enfin, et en rapport avec la preuve des heures supplémentaires effectuées, l'appelante relève une contradiction du jugement de première instance lorsqu'il retient en page 20 que les rapports d'entretien annuels ne mentionnent pas d'heures supplémentaires, alors que les extraits de ces mêmes rapports, cités en page 8 du jugement attaqué, portent expressément sur les heures supplémentaires, et cela pendant plusieurs années consécutives, jusqu'en 2012.

E. 3.2

; ATF 133 II 384 consid. 4.2.3 ; TF 5A_501/2013 du 13 janvier 2014 consid. 6.1.3.2 ; TF 5D_14/2020 du 28 octobre 2020 consid. 6.1). En conséquence, lorsque le juge considère que l'expertise judiciaire qu'il a ordonnée ne répond pas aux exigences attendues, il ne peut pas d'emblée faire supporter l'échec de la preuve à la partie qui entend démontrer un fait sur la base de cette preuve. Il doit au contraire requérir un complément d'expertise ou ordonner une seconde expertise (TF 5A_727/2020 du 31 mars 2021 consid. 5.2 ; pour un cas d'application CACI 29 novembre 2021/555). En outre, lorsque d'autres spécialistes émettent des opinions contraires aptes à mettre sérieusement en doute la pertinence des déductions de l'expert, on ne peut pas exclure, selon les cas, une interprétation divergente des conclusions de ce dernier par le juge ou, au besoin, une instruction complémentaire sous la forme d'une nouvelle expertise (ATF 125 V 351 consid. 3b/aa ; TF 9C_986/2008 du 29 mai 2009 consid. 4.2 ; TF 9C_298/2009 du 3 février 2010 consid. 2.2 ; TF 9C_603/2009 du 2 février 2010 consid. 3.2 ; TF 9C_719/2016 du 1^{er} mai 2017 consid. 5.2.1). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut pas trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. Ce qui compte à cet égard, c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (TF 4A_481/2014 du 20 février 2015 consid. 2.4.1 ; TF 4A_318/2016 du 3 août 2016 consid. 6.2 ; TF 5A_266/2017 du 29 novembre 2017 consid. 6.3 ; TF 8C_490/2021 du 11 février 2022 consid. 3.2). Une expertise privée n'a pas valeur de moyen de preuve mais de simple déclaration de partie (ATF 140 III 24 consid. 3.3.3, JdT 2016 II 308 ; ATF 132 III 83 consid. 3.6 ; TF 4A_286/2011 du 30 août 2011 consid. 4, RSPC 2012 p. 116). Dès lors qu'elle n'est en principe produite que si elle est favorable au mandant et que son auteur est dans un rapport de fidélité avec le mandant qui le rémunère, elle doit être appréciée avec retenue. Cela vaut également lorsqu'elle est établie par un spécialiste établi et expérimenté, qui fonctionne par ailleurs comme expert judiciaire (ATF 141 IV 369 consid. 6.2). Les expertises des compagnies d'assurance établies sur la base du dossier constituent des expertises privées (TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017 consid. 2.2.2). Selon les circonstances, l'expertise privée peut fonder des doutes sur le caractère probant d'une expertise judiciaire ou fonder la nécessité d'une expertise complémentaire. S'il en résulte que des aspects pertinents pour le sort de la cause n'ont pas été suffisamment examinés dans l'expertise judiciaire, ceux-ci doivent être élucidés. Comme pour chaque contestation motivée, le tribunal doit dès lors examiner si l'expertise privée peut ébranler les conclusions de l'expertise judiciaire de telle sorte qu'il y aurait lieu de s'écarter de cette dernière (ATF 141 IV 369 consid. 6.2 ; ATF 141 IV 305 consid. 6.6.1 ; TF 5A_629/2015 du 27 mars 2017 consid. 4.3).

E. 4.1

L'appelante s'en prend ensuite à « [l']application erronée du droit » et critique en premier lieu le fait que le tribunal ait écarté l'expertise judiciaire et se soit rallié aux conclusions selon lesquelles la seconde incapacité de travail était identique à la première. Il s'agit donc d'apprécier la force probante de l'expertise. On rappellera que l'expertise a été proposée par l'appelante et ordonnée pour que l'expert se détermine sur les allégués 153 et 159 de la réplique, à savoir : - all. 153 : « la demanderesse a subi deux incapacités de travail distinctes », et - all. 159 : « cette incapacité de travail [dès le 9 février 2015] était consécutive à des douleurs dorsales ». Après réception de l'expertise, le président de première instance a refusé les compléments d'expertise requis par les deux parties, en estimant que la cause était en état d'être jugée.

E. 4.2

Le juge apprécie librement la force probante des preuves en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis (art. 157 CPC ; ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; ATF 133 I 33 consid. 2.1 ; TF 5A_250/2012 du 18 mai 2012 consid. 7.4.1). Il lui appartient d'apprécier dans leur ensemble tous les moyens de preuve apportés, en évaluant la crédibilité de chacun d'eux (TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2 ; TF 4A_394/2009 du 4 décembre 2009 c. 2.4, RSPC 2010 p. 147). Abstraction faite de certaines exceptions, l'expertise n'est qu'une mesure probatoire parmi d'autres. Le juge doit l'ordonner lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne bénéficie pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer ou encore lorsqu'il ne dispose d'aucun élément de preuve sur des faits pertinents pour la décision ; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.1, RSPC 2012 p. 231). L'appréciation in concreto de la valeur probante d'une expertise ressortit au fait. Le juge n'est en principe pas lié par les conclusions de l'expert. Il doit apprécier le rapport en tenant compte de l'ensemble des autres preuves administrées. Toutefois, il ne saurait s'en écarter sans raison sérieuse et doit motiver sa décision à cet égard (ATF 129 I 49 consid. 4 ; ATF 128 I 81 consid. 2 ; TF 5A_146/2011 du 7 juin 2011 consid. 4.2.1 ; TF 5A_802/2014 du 7 novembre 2014 consid. 4.1). Des justes motifs pour s'écarter de l'expertise peuvent être réalisés lorsque celle-ci ne satisfait pas aux exigences de qualité imposées par la loi, notamment lorsqu'elle est lacunaire, peu claire ou insuffisamment motivée (TF 4A_177/2014 du 8 septembre 2014 consid. 6.2). Dans le domaine des connaissances professionnelles particulières de l'expert, le juge ne peut toutefois s'écarter de ses conclusions que lorsque des circonstances ou des indices importants et bien établis qu'il lui incombe d'indiquer en ébranlent sérieusement la crédibilité (ATF 141 IV 369 consid. 6.1 ; TF 5A_266/2017 du 29 novembre 2017 consid. 6.3 ; TF 4A_51/2019 du 14 mai 2019 consid. 5.1 ; TF 4A_270/2020 du 23 juillet 2020 consid. 5.1.2). Le magistrat pourra ainsi dénoncer les contradictions entachant les explications de l'expert, arguer que les autres moyens de preuve et les allégations des parties ébranlent sérieusement le tranchant de ses conclusions, ou encore objecter qu'il n'accorde pas la même portée ou la même force probante à des pièces ou témoignages dont l'expert se prévaut (TF 4A_440/2021 du 25 mai 2022 consid. 4.2 ; TF 5A_94/2019 du 13 août 2019 consid. 3.2.3). Lorsque les conclusions d'une expertise apparaissent douteuses sur des points essentiels, le juge doit cas échéant mettre en œuvre des preuves supplémentaires pour dissiper ces doutes. Le fait de se fonder sur une expertise non concluante, respectivement de ne pas mettre en œuvre des preuves supplémentaires,

peut constituer une appréciation arbitraire des preuves (ATF 146 IV 114 consid. 2.1 ; ATF 141 IV 369 consid. 6.1 ; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1 ; ATF 136 II 539 consid.

E. 4.3.1

En l'occurrence, le tribunal a constaté qu'il y avait une divergence manifeste entre, d'une part, l'avis des médecins de l'assurance perte de gain, et, d'autre part, l'avis de l'expert. Il a ensuite apprécié la valeur probante de l'expertise judiciaire mise en œuvre dans le cadre de la procédure et a décidé de s'en écarter pour plusieurs motifs.

E. 4.3.2

Le tribunal a d'abord considéré que l'examen de la situation de l'appelante tant sur le plan personnel que médical avait été effectué par les soins de l'expert plus de cinq ans après l'incapacité de travail litigieuse. L'état de santé de l'appelante ayant évolué depuis lors, les premiers juges ont estimé que les constatations de l'expert sur ces points n'étaient pas concluantes pour répondre aux questions qui lui avaient été adressées dans le cadre de son mandat (page 23 du jugement entrepris). Cependant, au moment d'ordonner l'expertise, le tribunal savait pertinemment que l'expertise intervenait plus de cinq ans après l'incapacité de travail litigieuse. Il l'a malgré tout considérée comme admissible et apte à prouver les allégués concernés qui ne portaient pas sur l'état de santé actuel de l'appelante, mais sur le fait de savoir s'il y avait bien eu deux arrêts de travail distincts – l'un ayant duré d'août 2014 à janvier 2015 et l'autre de février 2015 à juin 2015 – et quelles en étaient les causes. L'évolution de l'état de santé de l'appelante par la suite n'est pas pertinente et l'expert ne s'est d'ailleurs pas fondé exclusivement sur un examen de celle-ci, mais sur l'étude de son dossier médical et celui de l'assurance [...] constitué au moment des faits. A l'instar de l'appelante, on peut constater que l'expert a en particulier pris en compte des IRM datant de 2011, 2012 et 2013, ainsi que les dix-sept rapports du [...] établis régulièrement entre 2012 et 2016. S'il mentionne également quelques pièces datant de 2016 à 2020, et en particulier des rapports médicaux dudit centre, il n'en tire pas d'autres conclusions que celles que la seconde incapacité de travail n'aurait pu durer que jusqu'en septembre 2015 puisque les traitements de balnéothérapie et de physiothérapie avaient permis de stabiliser l'état clinique de l'appelante. Dans le cadre d'une expertise judiciaire, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas possible de reconstituer l'état de santé d'un patient ou son évolution à une période donnée sur la base de son dossier médical qui contient des pièces établissant la situation à divers moments. C'est d'ailleurs souvent le cas tant il est vrai que les procédures judiciaires interviennent des mois voire des années après les faits à juger. A suivre les premiers juges, on ne pourrait jamais apprécier sur la base d'une expertise médicale une incapacité de travail ancienne, l'état de santé des expertisés évoluant nécessairement depuis lors. L'écoulement du temps et l'évolution de l'état de santé de la patiente ne sauraient ainsi fonder des doutes sur le caractère probant de l'expertise judiciaire ou sur la pertinence des déductions de l'expert.

E. 4.3.3

Ensuite, le tribunal retient que l'appréciation de l'expert sur les causes de l'incapacité de travail de l'appelante se fonderait principalement sur les déclarations de cette dernière et les certificats médicaux établis par le Dr [...], soit le médecin généraliste de l'intéressée dont l'avis ne peut pas être considéré comme objectif et neutre (page 23 du jugement entrepris). La lecture de l'expertise permet de douter de ces considérations. L'expert, aux pages 4 à 17 de son expertise, énonce toutes les pièces dont il a tenu compte et en résume le contenu. De

même, en page 59 de son rapport, l'expert établit une liste des annexes au dossier médical sur lesquelles il s'est fondé. Sous réserve d'échanges de courriels avec le médecin traitant de l'appelante, il s'agit exclusivement des IRM et des rapports établis par le [...]. On peut ainsi constater que l'expert s'est prononcé sur la base du dossier médical complet de l'appelante portant sur ses douleurs dorsales, en particulier ses IRM, dont certains remontent à 2011, ainsi que le suivi de celle-ci par la Dre [...] [...] entre avril 2012 et le mois d'août 2016, auprès duquel l'appelante a été envoyée par le Dr [...]. L'expertise est fondée également sur l'expertise du Dr [...], mandaté par l'assureur [...]. L'expert a donc construit son avis et son rapport sur un dossier médical complet et il a pris en compte un grand nombre de pièces qui n'émanaient pas exclusivement du médecin traitant de l'appelante. Il appartenait à l'expert de se prononcer sur la force probante des certificats et rapports établis par le médecin traitant de l'appelante, tout comme sur les autres éléments du dossier. Le fait que l'expert soit parvenu à la même conclusion que le médecin traitant – à savoir que la première incapacité de travail du 14 août 2014 au 15 janvier 2015 et que la seconde incapacité de travail, dès le 9 février 2015, étaient dues à une nouvelle cause – ne signifie pas encore qu'il a occulté l'ensemble des autres éléments à sa disposition. Ses conclusions sont motivées et convaincantes. On ne saurait retenir que l'expert s'est principalement ou uniquement fondé sur les déclarations de l'appelante ou les certificats médicaux établis par le Dr [...] et le travail de l'expert ne saurait être remis en question en rapport avec les pièces qu'il a appréciées.

E. 4.3.4

Le tribunal a ensuite retenu que le rapport n'était pour le reste pas circonstancié dans la mesure où l'expert n'indiquait pas pour quels motifs il s'écartait de l'avis médical émis par le Dr [...] et ne tenait pas compte de l'évaluation du Dr [...] du 7 août 2015, qui figurait pourtant dans le dossier médical produit par [...]. Les premiers juges estiment que l'expert se serait contenté de résumer l'évolution médicale de l'appelante sans émettre son avis et aurait formulé des conclusions insuffisamment motivées (pages 23 et 24 du jugement entrepris). L'avis des premiers juges ne peut pas être suivi. A la lecture du rapport d'expertise judiciaire, on se rend compte que l'expert analyse le rapport du Dr [...] et en tient compte (en particulier aux pages 4, 5, 41, 52, 53 ou encore 55 de l'expertise). L'expert reprend d'ailleurs les conclusions auxquelles le Dr [...] est parvenu s'agissant de la première incapacité de travail, à savoir une symptomatologie anxieuse et dépressive réactionnelle à un « mobbing » subi, qui a causé une incapacité de travail d'août 2014 à janvier 2015. A noter que le Dr [...] parle de « mobbing », le Dr [...] de « burnout » et l'expert judiciaire retient quant à lui une incapacité de travail d'origine psychique sans se prononcer sur la différence entre « burnout » et « mobbing ». S'agissant du rapport du Dr [...], il s'agit d'un simple formulaire d'évaluation, sans motivation, contenant une seule mention, à savoir un « oui » en réponse à la question : « s'agit-il toujours de la même pathologie qu'en 2014 ? ». Il n'y a pas d'autres commentaires ou discussions. Il paraît difficile de retenir que ce document pourrait remettre en question les conclusions de l'expert judiciaire. D'ailleurs, l'expert judiciaire a expressément évoqué ce document en page 54 de son rapport puisqu'il explique que si le Dr [...] a retenu que la seconde incapacité de travail était liée à la même pathologie que celle de 2014, c'est en raison de l'absence de données sur les lombalgies chroniques dans le dossier de l'assurance. En effet, en page 53 de son rapport, l'expert judiciaire a constaté que les certificats médicaux établis pour cette deuxième incapacité de travail n'en indiquent pas la cause et qu'aucune mention d'un deuxième diagnostic ne figurait dans le dossier de l'assurance. On en déduit que pour l'expert, si le Dr [...], qui était

médecin conseil d[...], a considéré que l'arrêt de travail de 2015 avait les mêmes causes que l'arrêt de travail de 2014, c'est parce qu'il n'avait pas en main les éléments liés aux douleurs dorsales et en particulier les documents du [...]. Cette conclusion motivée paraît plausible et constitue un motif suffisant de s'écarter de l'évaluation du Dr [...] du 7 août 2015.

E. 4.4

Au vu de ce qui précède, les premiers juges ne pouvaient pas considérer que le rapport d'expertise ne répondait pas aux exigences posées par la jurisprudence s'agissant de la valeur probante d'un rapport médical. L'expertise n'apparaît pas lacunaire, contradictoire, peu claire ou insuffisamment motivée. Si tel avait été vraiment le cas, le tribunal aurait dû mettre en œuvre des preuves supplémentaires pour dissiper ses doutes sur le rapport. Lorsque le juge considère que l'expertise judiciaire qu'il a ordonnée ne répond pas aux exigences attendues, il ne peut pas d'emblée faire supporter l'échec de la preuve à la partie qui entend démontrer un fait sur la base de cette preuve. Il doit au contraire requérir un complément d'expertise ou ordonner une seconde expertise. Or, en l'occurrence, le président du tribunal n'a pas ordonné de complément d'expertise ou de nouvelle expertise, respectivement a refusé les requêtes de compléments d'expertise présentées par les parties. On rappellera que le juge ne peut pas s'écarter sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale judiciaire, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné. Les avis médicaux des Drs [...] et [...] sur lesquels ont été fondées les conclusions d[...], conclusions auxquelles le tribunal s'est rallié (page 24 du jugement entrepris), doivent être assimilés à de simples déclarations de partie tant il est vrai que l'assureur avait en l'occurrence un intérêt à l'issue de la cause. Ces avis devaient être appréciés avec retenue, également au moment où ils fondaient des doutes sur le caractère probant d'une expertise judiciaire.

E. 4.5

En conclusion, le tribunal a considéré à tort que l'expertise judiciaire ne disposait pas de la force probante nécessaire et s'est éloigné de ses conclusions aux profits de celles de l'assurance [...]. A cet égard, il importe peu que l'appelante n'ait pas recouru contre la décision de l'assurance du 5 janvier 2015, ni requis qu'une décision formelle soit rendue à réception du courriel du 7 août 2015. Les premiers juges devaient retenir et suivre les conclusions de l'expert selon lesquelles l'appelante avait souffert d'une incapacité de travail du 14 août 2014 au 15 janvier 2015 en raison d'un trouble anxio-dépressif lié à ses conditions de travail, et qu'elle s'était ensuite retrouvée en incapacité de travail, dès le 9 février 2015 et jusqu'à la fin des rapports de travail, pour une nouvelle cause sans rapport avec la précédente.

E. 5.1

Selon l'art. 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. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Des prestations en argent peuvent toutefois remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent pas être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut pas exiger qu'elles le soient (ATF 131 III 623 consid. 3.2 ; ATF 128 III 271 consid. 4a/aa et réf. cit., JdT 2003 I 606 ; TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 consid. 7.2). La maladie du travailleur durant le délai de congé est précisément un événement

propre à empêcher l'octroi en nature du solde de vacances (Cerottini, Le droit aux vacances : étude des articles 329a à d CO, thèse Lausanne 2001, p. 304 ; CACI 2 mai 2023/180). Une incapacité de travail peut, selon son intensité et sa durée, rendre impossible toute réalisation du but des vacances (Cerottini, op. cit., p. 304). Certaines atteintes à la santé, tels que les troubles psychologiques comme un état de dépression, empêchent tout particulièrement la récupération physique et psychique du travailleur (Cerottini, op. cit., p. 264). L'atteinte doit durer plusieurs jours qui se suivent pour que l'empêchement donne droit à une restitution des jours de vacances (Cerottini, op. cit., pp. 267 ss et réf. cit. ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4 e éd., 2019, op. cit., p. 387).

E. 5.2

Conformément à ce qui précède, il convient de distinguer l'incapacité de travail de l'incapacité de bénéficier des vacances. En effet, l'incapacité de bénéficier des vacances et l'incapacité de travail ne sont pas synonymes et il est des circonstances qui entraînent une incapacité de travail mais n'empêchent pas le travailleur de bénéficier de ses vacances. Il s'agit en l'occurrence d'examiner si l'incapacité de travail et l'intensité de l'atteinte étaient suffisamment importantes pour entraver le but des vacances au point d'empêcher la récupération physique ou psychique du travailleur. Pour la période en question (soit de février à juin 2015), l'expert a retenu une incapacité de travail totale pour une employée de bureau, soit un poste sans activité physique particulièrement pénible pour le dos (« [I] faut considérer qu'une incapacité de travail totale à caractère transitoire s'est produite à partir du 09.02.2015 en raison d'une exacerbation des lombalgies chroniques. » , « A partir du 09.02.2015, l'assurée aurait pu assumer dans l'activité exercée 0 heure par jour. » , « La capacité de travail dans cette activité était à l'époque de 0% (100% d'incapacité de travail). »). L'incapacité était durable puisqu'évaluée jusqu'en septembre 2015 (« Une incapacité de travail transitoire à 100% se laisse justifier à partir du 09.02.2015 jusqu'à fin septembre 2015 » , « En d'autres termes, il paraît vraisemblable que l'expertisée, si elle avait dû se représenter au travail, aurait pu regagner son activité à partir de septembre 2015 »). L'intensité de l'atteinte décrite et les douleurs évoquées (« [L]'intensité de la douleur du dos était quantifiée par l'expertisée entre 8 et 9/10 à l'échelle visuelle analogique de la douleur » , « Une prise en charge par la Dre [...] [...] s'est à nouveau avérée nécessaire en juin 2015, mettant en évidence un état après burnout, ainsi qu'un déconditionnement musculaire. » , « [Les] décompensations douloureuses au fil du temps, [...] à partir de février 2015 [...] s'étaient présentées en raison des trois éléments pathogéniques ») apparaissent suffisamment importantes pour entraver le but des vacances au point d'empêcher la récupération physique ou psychique de l'appelante. En effet, un mal de dos peut être particulièrement handicapant au moment de faire des activités de détente. Même s'il y a eu une évolution favorable, au début de la décompensation en février 2015, les douleurs décrites étaient assez intenses. Après lecture des pages 41 à 51 de l'expertise en particulier, on peut sans autre retenir que l'appelante était alors incapable de bénéficier de ses vacances de février à juin 2015. Par la suite, les choses se sont certes améliorées et ces conclusions ne seraient vraisemblablement plus correctes depuis août-septembre 2015, où l'atteinte paraît moins entravante, mais le rapport de travail était alors éteint. Il en découle donc que l'intimée n'était pas en droit de compenser comme elle l'a fait le solde de vacances de l'appelante avec le salaire versé pendant la période allant du

E. 9

février 2015 au 30 juin 2015. Au 30 juin 2015, l'appelante avait accumulé 259 jours de vacances, soit 2'072 heures, ce qui représente un montant de salaire de 103'600 fr. (259 jours x 8 heures x 50 fr./heure). L'intimée n'a toutefois versé à l'appelante qu'un montant de 71'427 fr. pour solde de tout compte relativement aux vacances non prises, si bien qu'elle lui doit un solde de 32'173 fr. (103'600 fr. – 71'427 fr.). A toutes fins utiles, on relève qu'en se fondant sur les chiffres de l'intimée (figurant aux allégués 95 et 96 de sa réponse), le solde auquel on parvient, soit 44'460 fr. (117 jours de vacances non prises entre le 19 janvier et le 30 juin 2015 x 47.5 fr. x 8 heures), est supérieur à celui allégué par l'appelante.

6. 6.1 Se référant en particulier au rapport d'expertise judiciaire selon lequel les raisons de la première incapacité de travail sont d'ordre psychique uniquement et en relation avec sa situation au travail, ainsi qu'au rapport des Drs [...] et [...], l'appelante estime que la pression qu'elle subissait de la part de son employeur a fini par peser sur sa santé et que ce dernier n'a pris aucune mesure pour protéger sa personnalité. Elle réclame à cet égard une indemnité pour tort moral d'un montant de 10'000 francs.

6.2 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. L'employeur doit organiser le travail de manière à ménager ses employés d'un stress inutile. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail, qui peuvent notamment résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une surcharge ou d'un manque de travail ou de conflits sur le lieu de travail. Une surcharge de travail liée à un manque chronique de personnel peut également constituer une violation par l'employeur de son devoir de protéger et de respecter la personnalité de ses employés (Dunand, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, nn. 44 à 46 ad art. 328 CO et réf. cit.). En cas de violation de l'art. 328 al. 1 CO, l'employé peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO. Selon cette disposition, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte ne justifie pas une indemnité (ATF 125 III 70 consid. 3a) ; l'atteinte doit revêtir une certaine gravité objective et être ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation (TF 4A_326/2020 du 1^{er} décembre 2020 consid. 3.2 et réf. cit.). Des prétentions en manque à gagner et en perte de gain peuvent être fondées sur l'art. 328 CO ou sur les art. 41 ou 97 CO. Quel que soit le fondement de ces prétentions, l'employeur n'est susceptible de répondre des atteintes causées à la santé de son employé que si celui-ci subit un dommage et qu'il existe un rapport de causalité naturelle et adéquate entre les manquements de l'employeur et ledit dommage (CREC I 13 mai 2011/175 : lien de causalité nié en l'espèce au vu de l'expertise). En pratique, le Tribunal fédéral retient notamment que des difficultés au travail peuvent fréquemment entraîner une dépression ou d'autres troubles psychologiques, qui ne sont pas constitutifs d'une maladie directement causée par l'employeur (TF 4A_396/2022 du 7 novembre 2023, destiné à la publication, consid. 3.1.3). Lorsqu'une incapacité de travailler est à l'origine d'une action en dommages-intérêts, il appartient à la victime, en vertu de l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que le comportement de l'employeur, par exemple la prétendue omission d'adopter des mesures destinées à protéger sa personnalité et sa santé, a été la condition sine qua non du résultat, soit du dommage subi, par exemple son invalidité. Il s'agit donc de démontrer que si l'employeur avait pris les mesures qu'on pouvait attendre de lui, la victime ne serait pas dans l'incapacité de travailler (Dunand, op. cit., n. 82 ad art. 328 CO).

6.3 A l'instar du tribunal

(page 16 du jugement entrepris), il convient de constater que l'appelante, à l'appui de ses prétentions en tort moral, produit uniquement trois pièces, à savoir un courriel qu'elle a adressé à T. _____ le 11 août 2014, un courrier qu'elle a adressé à UNIA Centrale le 27 avril 2015 ainsi que le certificat du Dr [...] du 23 juillet 2015. Les deux correspondances ont été rédigées par l'appelante elle-même et les allégations qui s'y trouvent ne sont nullement confirmées par d'autres éléments au dossier ou par les témoignages. L'appelante n'apporte pas la preuve que son travail aurait été mis en doute par son employeur. Sous réserve d'une dispute durant une partie d'un après-midi avec le successeur de l'appelante K. _____, le dossier ne met pas en évidence de comportement illicite de l'employeur qui aurait perduré. Une attitude peu diplomate de l'intéressé ne saurait être considéré comme un harcèlement. D'ailleurs, dans son arrêt du 7 novembre 2023 (TF 4A_396/2022 déjà cité consid. 3.1.3), le Tribunal fédéral a considéré qu'on « ne saurait exiger de l'employeur qu'il prenne toutes les mesures envisageables pour éviter » un conflit avec un nouveau supérieur hiérarchique, a fortiori un nouveau collègue. Quant au courrier adressé à UNIA Centrale le 27 avril 2015, l'appelante informe le membre du comité d'UNIA d'ouï-dire la concernant partiellement sur le lieu de travail alors qu'elle était en incapacité de travail depuis le 13 août 2014. La plupart des faits relevés dans cette lettre ne concernent pas directement l'appelante et n'ont pas été vécus directement par cette dernière. Comme déjà évoqué, aucun reproche à l'encontre de l'intimée ne ressort des entretiens d'évaluation produits. Si l'on peut retenir que l'appelante était en « burnout » et souffrait d'un état anxio-dépressif sur la base des documents médicaux du dossier, on ne saurait retenir sur cette base que ces troubles seraient exclusivement liés à des pressions psychologiques qu'elle aurait subies au travail, notamment de la part de ses supérieurs ou à une pression qui lui aurait été mise. Au contraire, de telles pressions sont infirmées par les témoignages. Ainsi, même si les médecins attestent que l'appelante était en incapacité de travail pour une cause d'origine psychique, cela ne signifie pas encore qu'il y ait eu atteinte à sa personnalité de la part de son employeur. L'appelante n'a ainsi pas apporté la preuve que l'atteinte à la personnalité dont elle se prévaut présente une certaine gravité objective et qu'elle ressent subjectivement celle-ci de manière suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de lui octroyer une réparation. L'appelante ne démontre aucunement que l'intimée aurait manqué à ses obligations pour protéger la personnalité de son employée. En outre, elle ne prouve pas avoir été maltraitée par son employeur ou par des collègues. Elle n'apporte pas non plus la preuve d'un quelconque harcèlement psychologique à son égard. Bien qu'il ressorte des rapports d'évaluation de fin d'année que la charge de travail au sein de la gérance était considérable, cela ne suffit pas à mettre en cause l'employeur ou sa gestion de la filiale. Dès lors le comportement reproché à l'employeur, et contesté par ce dernier, ne saurait constituer une atteinte à la personnalité de l'appelante, faute de preuve.

7. 7.1 Les heures supplémentaires, dont il est question à l'art. 321c CO, correspondent aux heures de travail accomplies au-delà de l'horaire contractuel, soit au-delà du temps de travail prévu par le contrat, l'usage, un contrat-type ou une convention collective. Conformément à l'art. 8 CC, il appartient au travailleur de prouver qu'il a accompli des heures supplémentaires et, en plus, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier. Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées ; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la

rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Le travailleur doit non seulement démontrer qu'il a effectué des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, mais également prouver la quotité des heures dont il réclame la rétribution (TF 4A_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3 et réf. cit. ; CACI 30 janvier 2023/41). En principe, les propres notes ou contrôles d'heures de l'employé, lorsqu'ils ne sont pas contresignés par l'employeur, ne permettent pas d'apporter la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires, mais il s'agit d'allégations de partie (TF 4A_254/2021 du 21 décembre 2021 consid. 4.3). La jurisprudence admet toutefois que, dans certains cas, le tribunal puisse se fonder sans autre sur le décompte établi par l'employé lorsque ce décompte dispose d'une crédibilité apparente particulièrement forte, notamment parce que son contenu est corroboré par d'autres moyens de preuve (cf. TF 4A_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.2 ; cf. également Wyler/Heinzer, op. cit., p. 144).

7.2 7.2.1 Le tribunal a constaté que l'appelante était un cadre et a raisonné en expliquant qu'en tant que tel, celle-ci disposait d'une semaine de vacances en plus qui compensait les heures supplémentaires qu'elle exécutait du fait de sa fonction. L'appelante estime qu'il n'est pas possible de considérer que, comme on peut le faire avec les véritables cadres, les conditions d'engagement suffisaient à l'indemniser pour toutes les heures supplémentaires qu'elle a été amenée à réaliser dans le cadre de son travail. Le contrat de travail signé le 20 août 2004 concerne, par renvoi à l'art. 1.3 des conditions d'engagement, un poste de cadre administratif. Il faut donc admettre que l'appelante était bien un cadre. Les conditions d'engagement prévoient à leurs art. 5.4 et 5.5 que les heures supplémentaires doivent être ordonnées par le supérieur hiérarchique, soit, pour l'appelante, par T._____. Il ressort des déclarations de ce dernier que l'appelante pouvait ordonner ou autoriser les heures supplémentaires pour les employés et pour elle-même mais qu'elle devait lui en indiquer les motifs. Il a ajouté que l'appelante ne lui avait jamais remis de demande d'heures supplémentaires ni de décomptes y relatifs. [...] a également confirmé que toutes les heures supplémentaires devaient être annoncées à la direction et qu'elles devaient être ordonnées par un supérieur. Or, aucun document n'atteste de telles demandes formulées par l'appelante. En ce qui concerne les rapports d'entretiens annuels produits par l'appelante, on peut se référer au consid. 3.3 ci-dessus. Le tribunal a bien pris en considération les heures supplémentaires évoquées dans les rapports en estimant qu'elles rentraient dans le cadre des dédommagements accordés aux cadres ou que du moins le contraire n'avait pas été établi. Si ces documents attestent que l'appelante a effectué des heures supplémentaires, ils attestent aussi que l'employeur demandait que ces heures soient réduites et qu'elles n'étaient dès lors pas acceptées au-delà d'une certaine limite. En réalité, ni les témoignages, ni les preuves apportées au dossier ne permettent de corroborer les dires de l'appelante ou d'établir que l'appelante aurait effectué des heures supplémentaires ou du travail supplémentaire dans les quotités alléguées. De plus, l'appelante n'a jamais réclamé le paiement en nature ou en espèce des heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées depuis 2012 jusqu'à son incapacité de travail d'août 2014, comme en atteste les rapports d'entretien. Par ailleurs, elle n'a pas respecté les processus internes pour faire valoir des heures supplémentaires ou du travail supplémentaire. En définitive, le rejet des conclusions prises par l'appelante à cet égard doit être confirmé.

7.2.2 L'appelante évoque le devoir d'annonce de l'employeur. Elle considère que si l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, l'employé peut, de bonne foi,

déduire du silence de son employeur que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. En l'occurrence, les rapports d'entretien font justement état à deux reprises au moins d'heures supplémentaires qu'on demande à l'employé de réduire, ce qui tend à établir qu'elles n'étaient pas autorisées et acceptées au-delà d'une certaine limite. A nouveau, l'appelante bénéficiait d'un poste de cadre de sorte qu'il lui appartenait de planifier son temps de travail. Par ailleurs, elle avait, en cette qualité, droit à une semaine de vacances supplémentaire et à trois jours de congés au maximum à prendre dans le cadre d'un pont comme dédommagement d'heures supplémentaires. Comme l'ont retenu les premiers juges, rien ne permet donc d'établir dans le dossier que le travail effectué par l'appelante dépassait les jours qui lui avaient été alloués à titre de dédommagement d'heures supplémentaires (cf. consid. 3.2 supra). Afin toutefois de ne pas détourner la règle de 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. En l'occurrence, l'appelante ne parvient pas à apporter la preuve d'exécution de telles heures supplémentaires. Il n'est dès lors pas question de faire application de l'art. 42 al. 2 CO – permettant au juge de déterminer équitablement le montant du dommage lorsqu'il ne peut pas être exactement établi – pour en estimer la quotité, l'accomplissement d'heures supplémentaires non compensées par des congés n'étant pas prouvé. Le rejet de la conclusion prise par l'appelante tendant au paiement de ses heures supplémentaires doit être confirmé.

8. 8.1 En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le chiffre I du dispositif du jugement modifié en ce sens que l'intimée doit immédiatement verser à l'appelante la somme de 32'173 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2015.

8.2

8.2.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). En vertu de l'art. 106 al. 2 CPC, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause.

8.2.2 Pour répartir les frais, il convient de tenir compte de l'admission des prétentions de l'appelante principale par rapport au montant initialement réclamé. Les frais judiciaires sont répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC), de sorte qu'il convient de déterminer la part que chaque partie doit supporter. Sur les 90'798 fr. réclamés en première instance, l'appelante obtient en définitive gain de cause sur 32'173 fr., soit environ 35% de ses conclusions. Cela justifie de répartir les frais judiciaires de première instance selon la clé de répartition 35%-65%, soit 1/3-2/3. Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 12'403 fr. 10, doivent dès lors être répartis à raison de 8'268 fr. 70 (2/3 x 12'403 fr. 10) pour l'appelante et à hauteur de 4'134 fr. 40 (1/3 x 12'403 fr. 10) pour l'intimée. La charge des dépens de première instance de l'appelante doit être évaluée à 6'000 fr. compte tenu des difficultés de la cause (art. 4 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]). L'appelante ayant obtenu environ 35% de ses conclusions, il se justifie d'astreindre l'intimée à lui verser la somme de 2'000 fr. à titre de dépens réduits de première instance (1/3 x 6'000 fr.). L'intimée n'ayant pas été assistée en première instance, elle ne peut pas prétendre à l'allocation de dépens. L'intimée versera donc à l'appelante la somme de 6'134 fr. 40 à titre de remboursement partiel de son avance de frais judiciaires et à titre de dépens réduits de première instance.

8.2.3 En deuxième instance, l'appelante a réitéré les mêmes conclusions qu'en première instance, si bien qu'elle obtient gain de cause là aussi sur 35% de ses conclusions. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 952 fr. (art. 62 et 67 al. 3 TFJC (tarif des frais judiciaires

civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5), doivent dès lors être répartis selon la même clé de répartition qu'indiquée ci-dessus, soit à hauteur de 635 fr. ($\frac{2}{3} \times 952$ fr.) pour l'appelante et à hauteur de 317 fr. ($\frac{1}{3} \times 952$ fr.) pour l'intimée. La charge des dépens pour chacune des parties – l'intimée ayant été assistée en deuxième instance par un mandataire professionnel – peut être estimée à 6'820 fr. pour chacune des parties (art. 3 et 7 TDC [l'art. 7 TDC prévoit des dépens entre 1'500 fr. et 7'500 fr. pour une valeur litigieuse entre 30'0001 fr. et 100'000 fr.]). Ces dépens peuvent être répartis à hauteur de 2'273 fr. ($\frac{1}{3} \times 6'820$ fr.) pour l'appelante et à hauteur de 4'546 fr. ($\frac{2}{3} \times 6'820$ fr.) pour l'intimée. Après compensation, l'appelante reste devoir à l'intimée un montant de 2'273 fr. (4'546 fr. – 2'273 fr.) à titre de dépens compensés de deuxième instance.

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