

# VD\_GERICHTE PT11.033370 vom 5. September 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-09-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT11.033370](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT11.033370)

FR: VD\_GERICHTE PT11.033370 du 5 septembre 2013

IT: VD\_GERICHTE PT11.033370 del 5 settembre 2013

## Erwägungen

### E. 1

La défenderesse G. \_\_\_\_\_ SA est une société anonyme active dans le domaine de l'immobilier. T. \_\_\_\_\_ en est l'administrateur président avec signature individuelle. La demanderesse S. \_\_\_\_\_ est au bénéfice d'une formation d'employée qualifiée en immobilier, acquise en 2005. Elle a été active en qualité de gérante d'immeubles auprès des régies G. \_\_\_\_\_ et N. \_\_\_\_\_ de 2003 à 2007, puis en qualité de courtière auprès de l'agence Z. \_\_\_\_\_ pendant près d'une année.

- 4 -

### E. 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. Rehbindler/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.

- 16 - 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 1er 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 1er 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 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

- 17 - 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

- 18 - 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 1er 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 1er septembre 2008 au 23 août 2009, soit

## **E. 2**

a) La demanderesse a été engagée par la défenderesse en qualité de courtière. Le contrat de travail, signé le 21 juillet 2008, prévoyait en son chiffre VI ce qui suit: "Rémunération (valable jusqu'au 31 décembre 2008) A partir du 1er janvier 2009, les conditions habituelles G.\_\_\_\_\_SA seront appliquées ou discutées. En contrepartie de son activité, la salariée percevra une rémunération variable. a) Rémunération fixe : La collaboratrice bénéficiera d'une rémunération fixe de Fr. 3'000.- brut sur 12 mois. Une avance sur commissions dues à la courtière d'un maximum de Fr. 2'500.- mensuel complètera le salaire fixe. b) Rémunération variable : La collaboratrice bénéficiera d'une rémunération variable sur les commissions nettes perçues par la société pour les affaires menées par le courtier de la manière suivante : - apport d'un mandat de vente par la collaboratrice et vendu par un autre employé de G.\_\_\_\_\_SA (si le mandat est signé chez le notaire et la commission perçue par la société) : 9 % - vente d'un objet par la collaboratrice appartenant à G.\_\_\_\_\_SA ou à un autre employé de la société : 9 % Par le biais de [...] ou d'un apporteur d'affaire : 18 % de la commission nette perçue. Pour les promotions : 18 % Par commissions nettes perçues par G.\_\_\_\_\_SA, on entend les commissions hors taxes, déduction faite des montants revenant à des tiers (tels que partenaires impliqués dans les opérations de vente) et déduction faite de la commission de 5 % due à [...].

- 5 - N'entrent en considération dans le décompte que les affaires payées à G.\_\_\_\_\_SA, à l'exclusion des affaires pour lesquelles le débiteur est défaillant. Au cas où les rapports de travail seraient résiliés, les affaires payées à G.\_\_\_\_\_SA après la fin du contrat de travail, mais basées sur des opérations réalisées par Mademoiselle S.\_\_\_\_\_ pendant son activité, seront prises en considération dans le décompte du commissionnement arrêté à l'échéance des rapports de travail. La rémunération variable décrite ci-dessus s'entend sous déduction des charges sociales usuelles. OBJECTIFS 1/ Objectif chiffre d'affaires: Un objectif de chiffre d'affaires minimal de Fr. 400'000.-- annuel est demandé. Il est expressément convenu que le chiffre d'affaires indiqué est le chiffre correspondant aux encaissements. 2/ Objectif acquisition de mandat: Un objectif de 4 nouveaux mandats par mois est demandé. CONDITION ESSENTIELLE DU CONTRAT Il est expressément convenu entre les parties que l'engagement de la collaboratrice trouve sa contrepartie dans la réalisation de ces objectifs de chiffre d'affaires." b) La demanderesse est entrée en fonction le 1er septembre 2008 et a été rattachée à l'agence de Montreux. Elle a bénéficié d'un portefeuille clients, géré par son prédécesseur, comprenant des objets qui ne faisaient pas l'objet de contrats d'exclusivité.

## **E. 3**

La demanderesse a été en incapacité de travailler en raison d'infections broncho-pulmonaires du 23 septembre au 8 octobre 2008, du 12 décembre 2008 au 14 janvier 2009, du 9 mars au 20 mars 2009, du 4 juin au 24 août 2009 (avec hospitalisation),

puis du 17 mai au 31 mai 2010.

#### **E. 4**

a) Du mois de septembre 2008 au mois d'août 2009, la défenderesse a versé à la demanderesse un montant total de 43'584 fr.

- 6 - 30. Les postes du revenu ont changé au fil des mois et il ressort des fiches de paie ce qui suit: De septembre 2008 à février 2009, le salaire versé comprenait une part de salaire fixe de 3'000 fr. brut, une avance sur commissions de 2'500 fr. brut, ainsi que des indemnités de véhicules par 500 francs. Du mois de mars 2009 au mois de mai 2009, la part de salaire fixe a été réduite à 2'500 fr. brut, les autres montants demeurant inchangés. Du mois de juin jusqu'au mois d'août 2009, la demanderesse a uniquement perçu un montant de salaire fixe de 2'500 fr. brut, les avances de commissions et les indemnités de véhicule n'étant plus versées. b) Le 15 juillet 2009, la défenderesse a établi un décompte dont il ressort que la demanderesse a réalisé des commissions s'élevant à 6'586 fr. 80 entre le 24 septembre 2008 et le 30 juin 2009. En tenant compte des avances de commissions (9x 2'500 fr.) et de salaires versés en trop (2 x 500 fr. pour les mois de janvier à février 2009), la défenderesse a réclamé un montant de 16'913 fr. 20 à la demanderesse.

#### **E. 5**

a) La demanderesse a repris son activité le 24 août 2009 et a eu un entretien avec T. \_\_\_\_\_ au sujet de ses objectifs en présence d'H. \_\_\_\_\_, employé de la défenderesse. Au cours de cet entretien, la demanderesse a annoncé qu'elle était enceinte. b) Par courrier recommandé du 25 août 2009, la défenderesse a résilié le contrat de travail la liant à la demanderesse pour le 30 septembre 2009. La demanderesse s'est rendue le 31 août 2009 sur son lieu de travail où on l'a priée de partir, en lui indiquant qu'elle était libérée de ses obligations contractuelles.

- 7 - Par courrier recommandé du 1er septembre 2009, la demanderesse a contesté son licenciement en invoquant l'art. 336 c al. 1 let. c CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220). Elle y a joint un certificat médical daté du 27 août 2009 qui attestait de sa grossesse. Elle a rappelé avoir annoncé sa grossesse lors de l'entretien du 24 août 2009 et a demandé à la défenderesse de confirmer la nullité du congé. Elle a au surplus indiqué qu'elle était disposée à reprendre son activité. La défenderesse ne s'étant pas manifestée, la demanderesse l'a à nouveau interpellé par courrier du 1er octobre 2009 et a exigé que son salaire du mois de septembre lui soit versé. Par courrier de sa protection juridique du 8 octobre suivant, elle a en outre demandé à ce que la différence entre les parts variables et fixes prévues par le contrat de travail et celles effectivement versées lui soit payée. Par courrier de son conseil du 16 octobre 2009, la défenderesse a reconnu que le congé était nul en raison de la grossesse de la demanderesse. Elle a toutefois précisé que la résiliation était intervenue du fait que son employée n'avait pas réalisé ses objectifs. S'agissant du salaire dû, elle a indiqué qu'elle verserait un salaire d'un montant de 3'158 fr. 70 brut, soit 2'500 fr. de part fixe et 658 fr. 70 de part variable correspondant à la moyenne des commissions réalisées par la demanderesse sur dix mois.

#### **E. 6**

La défenderesse a versé à la demanderesse un seul montant de 4'832 fr. 05 net pour les mois de septembre et octobre 2009. Par courrier du 26 novembre 2009, la demanderesse a maintenu ses prétentions et réclamé le paiement du salaire du mois de novembre, tout en

maintenant l'offre de reprendre son travail. La demanderesse a reçu pour les mois de novembre et décembre 2009 un salaire mensuel net de 2'416 fr. 05. Du mois de janvier à avril 2010, un montant de 2'483 fr. 90 a été versé mensuellement à la

- 8 - demanderesse, la différence avec les mois précédents s'expliquant par une diminution des charges liées au deuxième pilier.

#### **E. 7**

La demanderesse a accouché le 10 avril 2010.

#### **E. 8**

Par courrier du 26 avril 2010, la demanderesse a à nouveau réclamé le paiement d'un salaire de 5'500 francs brut comprenant ses parts de salaire fixe et variable. Le 13 juillet 2010, le conseil de la demanderesse a mis en demeure la défenderesse de payer le salaire contractuel de 5'500 fr., charges sociales en rapport, pour toute la durée des relations de travail, selon des décomptes correctifs à établir.

#### **E. 9**

Le 30 juillet 2010, l'agence communale d'assurances sociales de la Ville de Lausanne a rendu une décision d'allocation de maternité fédérale, calculée sur la base d'un revenu annuel de 37'904 fr. 40. Les droits de la demanderesse ont été calculés comme suit : - allocation du mois de mai 2010 : 2'628 fr. 80 - allocation du mois de juin 2010 : 2'544 fr. - allocation du 1er au 16 juillet 2010 : 1'356 fr. 80.

#### **E. 10**

Par courrier recommandé du 25 août 2010, la défenderesse a résilié le contrat de travail de la demanderesse pour le 31 octobre 2010. Le 3 septembre 2010, la demanderesse a fait opposition au licenciement en contestant les motifs de celui-ci, soit un chiffre d'affaires insuffisant, justifiant ce manque par le nouveau marché à prospecter à Montreux et par ses absences involontaires dues à la maladie. Elle a également contesté l'existence d'un accord sur une baisse de salaire à compter du 1er janvier 2009. Elle a mis la défenderesse en demeure de payer le salaire contractuel pour toute la durée des rapports de travail, notamment pour les mois de juillet et août 2010, ainsi qu'une indemnité pour licenciement abusif.

- 9 - Le 24 septembre 2010, la défenderesse a versé un salaire net de 2'483 fr. 90 à la demanderesse pour le mois de septembre. Le 14 octobre 2010, elle lui a versé un montant de 1'186 fr. 15 pour le mois de juillet 2010 et 2'483 fr. 90 pour le mois d'août 2010. Le 26 octobre 2010, la demanderesse a reçu un montant de 2'260 fr. 70 net pour le mois en cours.

#### **E. 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. 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.

- 19 - 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. 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 1er 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 1er 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

- 20 - 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.