



E___ SA
Dom. élu : Me Michael RUDERMANN
Boulevard des Tranchées 36
1206 Genève

**Partie appelante et
Intimée sur incident**

Madame T___
Dom. élu : Me Roland JAEGER
Avenue Krieg 44
Case postale 45
1211 Genève 17

**Partie intimée et
Appelante sur appel incident**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 17 septembre 2010

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mmes Lucile DUMONT-DIT-VOITEL et Andrée HOPPE, juges employeuses

MM. Claudio PANNO et Philippe VACCARO, juges salariés

Mme Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 26 mars 2010, E___ SA (ci-après E___) appelle du jugement rendu par le Tribunal de ladite juridiction le 24 février 2010 et expédié pour notification par courrier recommandé du 24 février 2010.

Selon le dispositif de ce jugement, le Tribunal a déclaré recevable la demande formée par T___ contre E___, ainsi que son amplification (ch. 1), a déclaré recevable la demande reconventionnelle formée par E___ contre T___ (ch. 2), a condamné celle-là à payer à T___ la somme brute de CHF 4'602.90 plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 juillet 2009 (ch. 3), a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 4) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 5).

E___ conclut à l'annulation de ce jugement et à ce que T___ soit déboutée de toutes ses conclusions prises au terme de sa demande. A titre subsidiaire, elle requiert de pouvoir prouver par toutes voies de droit les faits allégués dans la procédure.

T___ a répondu à l'appel et formé appel incident le 12 mai 2010, concluant à la confirmation des ch. 1 à 4 du dispositif du jugement entrepris et, après avoir annulé le ch. 5, à ce que E___ soit condamnée à lui verser la somme brute de CHF 14'063.91 plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 juillet 2009.

E___ conclut à ce que T___ soit déboutée de toutes ses conclusions.

- B.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. T___ a été engagée, à partir du 23 juin 2007, par E___ en qualité d'esthéticienne.

En ce qui a trait au salaire mensuel, son contrat prévoyait qu'il se monterait à « 30 % or CHF 4'250.- » et serait versé douze fois l'an. Au surplus, il renvoyait à la Convention collective nationale des coiffeurs et au Code suisse des obligations à titre supplétif.

b. Par courrier remis en mains propres le 5 juin 2009, E___ a résilié les rapports de travail qui la liaient à T___ pour le 31 août 2009, en la libérant de son obligation de travailler.

Ne comprenant pas la retenue de 10 % qui avait été opérée sur son salaire dès le début des relations contractuelles, T___, par courrier du 29 juin 2009, a mis en demeure E___ de lui verser dans un délai de dix jours la somme de CHF 10'489.99 à titre de retenue indue sur ses salaires.

c. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 22 juillet 2009, T___ a assigné E___ en paiement des sommes de CHF 10'489.99 brut, à titre de retenue indue sur ses salaires des mois de juillet 2007 à mai 2009, et de CHF 2'000.- brut, à titre de retenue indue sur son salaire du mois de juin 2009, sommes auxquelles devaient s'ajouter les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 juillet 2009.

Elle a indiqué que E___ avait imputé sur ses salaires des montants qui n'avaient fait l'objet d'aucun accord. Partant, la retenue de 10 % sur tous ses salaires était indue. Les mêmes conclusions valaient pour le montant de CHF 2'000.- retenu sans cause par E___ sur son salaire du mois de juin 2009.

d. Par mémoire de réponse et demande reconventionnelle du 14 septembre 2009, E___ a conclu au déboutement de T___ . Reconventionnellement, elle a conclu à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer la somme de CHF 163.95 à titre de salaire versé en trop.

Elle a exposé que le système de rémunération avait été expliqué oralement à T___, laquelle l'avait compris et accepté. La retenue de 10 % sur le chiffre d'affaires de chaque employé était justifiée par le fait qu'elle devait s'acquitter de 7.6 % de TVA calculé sur son chiffre d'affaires brut et qu'elle était tenue de verser à son franchiseur, soit E___ Z___, 5 % de son chiffre d'affaires net (TVA déduite), à titre de royalties. L'employée n'avait jamais élevé de contestation à ce sujet. En ce qui concernait la retenue de salaire du mois de juin 2009, elle a précisé s'être trompée dans le calcul des salaires jusqu'en février 2009 et avoir versé CHF 4'602.90 en trop pour les périodes de juin 2008 à août 2009. Elle avait ainsi pris l'initiative de déduire ce montant en trois fois sur les salaires de juin, juillet et août 2009. Enfin, elle s'était rendue compte, suite à l'ouverture de la procédure, qu'un montant brut supplémentaire de CHF 163.95 avait été versé en trop pour la période de juin 2007 à mai 2008, dont elle réclamait ainsi le remboursement.

e. Par courrier du 17 novembre 2009, T___ a amplifié sa demande, réclamant désormais les sommes de CHF 9'461.01 brut, à titre de retenue indue sur ses salaires des mois de juillet 2007 à mai 2009, et de CHF 4'602.90 brut, à titre de retenue indue sur ses salaires des mois de juin, juillet et août 2009, sommes

auxquelles devaient s'ajouter les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 21 juillet 2009. L'employée a expliqué avoir revu et recalculé de manière plus précise les montants qui avaient été retenus sur ses salaires des mois de juillet 2007 à mai 2009. Elle réclamait, en outre, la restitution des retenues indues opérées sur ses salaires de juillet et août 2009.

f. A l'audience du 17 novembre 2009, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

T___ a allégué avoir interpellé plusieurs fois A___, l'administrateur de la société, pour obtenir des explications sur la retenue de 10 % sur le chiffre d'affaires, lequel lui avait répondu que cela correspondait au montant de la franchise qui devait être payé à E___ Z___. Elle a ajouté qu'entre décembre 2007 et janvier 2008, A___ lui avait soumis un avenant à son contrat de travail qu'elle avait refusé de signer.

E___ a allégué avoir expliqué à T___, lors de son engagement, le mode de calcul du commissionnement et tout particulièrement la déduction de 10 % sur salaire. Elle a précisé avoir fait entièrement confiance à sa fiduciaire quant au paiement des salaires et ne revoyait pas les décomptes mensuels à l'attention de ses employés.

B___, coiffeur, ancien employé de E___, actuellement en litige contre cette dernière, a déclaré que T___ s'était adressée à lui pour un problème concernant le salaire. Elle lui avait confirmé qu'une part de 10 % était retenue sur son salaire. Lors d'une réunion qui s'était déroulée au mois de juin 2008, plusieurs employés avaient interrogé A___ concernant le calcul du pourcentage de commission, mais également en ce qui concerne la retenue de 10 %. Il a allégué que cette retenue avait été opérée, dans son cas, dès le début de son engagement et mise par écrit dans un avenant au contrat de travail dès le mois de décembre 2007. T___ lui avait dit qu'elle avait refusé de signer cet avenant. Il avait pris des notes lors de la réunion, notes qui ont par ailleurs été versées au dossier (pièce 7 liasse Tribunal).

C___, ancienne coiffeuse auprès de E___, a déclaré que tous les employés, y compris T___, s'étaient plaints du fait qu'une retenue de 10 % était opérée sur le chiffre d'affaires personnel réalisé. Lors d'une réunion qui s'était déroulée au mois de juin 2008, la problématique de la retenue avait été abordée. Elle avait reçu comme réponse, ainsi que tous ses autres collègues, que cette retenue était reversée à la maison mère à Z___. Elle avait signé deux contrats de travail successifs. Seul le dernier, signé en fin d'année 2007, faisait mention d'une déduction de 10 % sur le chiffre d'affaires réalisé.

D___, employée de E___, a déclaré que cette dernière retenait 10 % de son chiffre d'affaires depuis le début de son engagement, soit depuis trois ans, dans le but de payer la TVA et les royalties. Elle-même ne savait pas précisément comment le calcul s'opérait, mais T___ le lui avait expliqué un jour. Lors de son engagement, le système salarial lui avait été expliqué. Il existait un système informatisé permettant aux employés de voir les rendez-vous et le chiffre d'affaires réalisé.

F___, experte financière, a déclaré s'occuper de la comptabilité et des travaux administratifs de E___ depuis 2007. Elle s'occupait de la gestion des salaires depuis le mois de mars 2009 ; elle déterminait les salaires et les transmettait à la fiduciaire, qui établissait les bulletins de salaire. Le calcul du salaire de T___ était le suivant : le salaire de base était de CHF 4'250.-. Chaque mois, le chiffre d'affaires réalisé par l'employée était déterminé, 10 % soustrait de celui-ci, puis le résultat multiplié par le taux de commission, qui avait été de 30 % jusqu'à juin 2008. Dès juin, un taux supplémentaire de 5 % était perçu sur la part du chiffre d'affaires, qui dépassait CHF 16'000.-. Lorsqu'elle avait repris la gestion des salaires, elle s'était aperçue que la fiduciaire, qui s'occupait avant de cette tâche, s'était trompée dans les calculs pour tous les employés. Tous les mois, elle calculait le salaire des employés en prélevant sur le chiffre d'affaires réalisé une participation de 10 %. Ce pourcentage servait à couvrir la TVA de 7.6 %, ainsi qu'une part de 5 % versée à la maison mère de Z___. La fiduciaire qui s'occupait des décomptes des employés avant elle avait fait des erreurs quant à la façon de calculer le salaire. Le témoin a établi deux tableaux démontrant les erreurs de calcul effectuées par la fiduciaire. Elle a souligné avoir repris les décomptes de salaire de tous les employés et avoir discuté avec chacun d'entre eux des erreurs. Elle leur avait proposé des arrangements de remboursement, selon leur disponibilité financière.

- C. Par jugement du 24 février 2010, le Tribunal a considéré tout d'abord qu'une retenue de salaire de 10 % sur le chiffre d'affaires des employés ne pouvait être déduite de la teneur du contrat de travail de T____. Il s'agissait toutefois d'une pratique usuelle au sein de l'entreprise, ce qui avait été confirmé par les témoins. La lacune du contrat de travail était confirmée par le fait que E____ avait proposé, dans le courant du mois de décembre 2007, un avenant prévoyant explicitement une telle retenue. Cet avenant n'était certes pas opposable à T____, celle-ci ayant refusé de le signer, mais il était établi qu'elle, ainsi que tous les employés, avaient reçu une explication lors d'une réunion de juin 2008. Il en résultait que T____, en continuant son activité pour E____, avait implicitement accepté cette retenue et qu'elle devait être déboutée de sa demande sur ce point.

En ce qui concernait la retenue sur les salaires de T____ des mois de juin, juillet et août 2009, le Tribunal a considéré que la créance dont se prévalait E____ pour opérer une compensation au sens de l'art. 120 CO n'était pas exigible. L'erreur de calcul alléguée par cette dernière, qui n'était par ailleurs pas une erreur de calcul au sens de l'art. 24 al. 3 CO, ne l'autorisait pas à compenser ladite créance. Elle ne pouvait pas non plus invoquer l'art. 63 CO pour répéter ces montants, vu que son erreur ne portait pas sur l'idée que la dette n'était pas due, mais bien plutôt sur un mauvais calcul opéré par elle. Il était par ailleurs choquant de faire supporter l'erreur de calcul de E____ à ses employés, dès lors que les opérations complexes pour déterminer le salaire étaient confiées à un professionnel de la branche et qu'elles n'étaient pas aisément susceptibles de vérifications par le travailleur. Partant, l'art. 63 CO n'était pas applicable et E____ ne pouvait pas répéter les montants des mois de juin, juillet et août 2009 et devait être condamnée à les verser à T____. Le Tribunal a appliqué le même raisonnement en ce qui concernait la demande reconventionnelle de E____ et débouté cette dernière de sa demande en paiement de salaire versé en trop.

- D. Devant la Cour d'appel, E____ fait valoir que le raisonnement opéré par le Tribunal dans le jugement querellé concernant les salaires versés en trop est insoutenable. Elle allègue que les conditions de l'art. 63 CO sont remplies, en particulier la condition de l'erreur et que, partant, elle était fondée à répéter le montant de CHF 4'602.90 versé à tort en raison d'un enrichissement illégitime de la part de T____. Pour les mêmes motifs, elle s'estime également fondée à réclamer à T____ le montant de CHF 163.95.

T___ rétorque que E___ n'est titulaire d'aucune créance envers elle. En cas d'admission d'une erreur de calcul de E___ en sa faveur, T___ renvoie au raisonnement tenu par le Tribunal. En tout état, elle oppose la prescription à la créance de CHF 163.95 réclamée par E___, l'erreur de calcul portant sur les salaires de septembre 2007 à mars 2008 et la demande de répétition n'ayant été introduite que le 14 septembre 2009. Sur appel incident, T___ relève que son contrat de travail ne prévoyait aucune retenue de salaire de 10 % sur le chiffre d'affaires, que cette retenue n'a pas non plus fait l'objet d'une explication orale lors de la conclusion du contrat et que le principe d'une retenue faisait globalement l'objet d'une incompréhension de la part des salariés, ce qui est attesté par les déclarations des différents employés entendus. Elle souligne avoir refusé de signer un avenant prévoyant explicitement une telle retenue. En outre, elle allègue que tous les employés ont été informés par E___, lors de la réunion de juin 2008, qu'ils allaient dorénavant bénéficier d'une rémunération de 35 % calculée sur la totalité du chiffre d'affaires, pour peu que ce dernier dépasse CHF 16'000.-. Par la suite, elle s'est rendue compte du fait que E___ calculait la rémunération de 35 % uniquement sur la part de chiffre d'affaires dépassant CHF 16'000.-. Le tableau Excel qu'elle a réalisé et qui récapitule les chiffres d'affaires réalisés entre juillet 2007 et mars 2009 démontre sa totale méconnaissance de la retenue de 10 % ainsi que de la commission de 35 % portant uniquement sur la part du chiffre d'affaires dépassant CHF 16'000.-. Elle relève enfin que la problématique du calcul de la commission de 35 % n'a pas été abordée par le Tribunal.

Dans sa réponse à l'appel incident, E___ soutient que le système d'une retenue de salaire de 10 % sur le chiffre d'affaires des employés a été dûment expliqué à T___ au moment de son engagement. Le fait que cette dernière avait conscience du système de rémunération est confirmé par le tableau Excel réalisé par elle. Le raisonnement développé par le Tribunal dans son jugement ne saurait être critiqué.

Lors de l'audience du 1^{er} septembre 2010, E___ (ci-après l'appelante) ainsi que T___ (ci-après l'intimée), toutes deux absentes et représentées par leurs Conseils respectifs, ont déclaré persister dans leurs conclusions.

A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel principal et l'appel incident sont recevables. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 LJP).
2. Lors de l'audience du 1^{er} septembre 2010, les parties ne se sont pas présentées en personne.

2.1. A teneur de l'art. 12 al. 1 LJP, les parties comparaissent en personne. L'art. 13 al. 1 LJP précise qu'exceptionnellement, le président du Tribunal peut autoriser une partie à se faire représenter par un proche, par un avocat ou par un autre mandataire professionnellement qualifié.

L'exception à la règle de l'art. 13 al. 1 LJP est appliquée restrictivement (CAPH/237/2006 du 6 décembre 2006). Le législateur, lors des travaux préparatoires, a envisagé de préciser le caractère exceptionnel des motifs pouvant permettre au président d'autoriser la représentation par un Conseil ou un tiers, en mentionnant, à titre d'exemple, la maladie de longue durée ou le départ à l'étranger (Mémorial des séances du Grand Conseil n° 9/II, du 19 mars 1998, p. 1244), deux causes d'empêchement incontestablement durables. Enfin, la marge de manœuvre appartenant aux présidents, auxquels l'art. 13 al. 1 LJP permet, sans les y obliger, d'autoriser ce mode de comparution découle également de la police de l'audience et de la maxime inquisitoire (art. 29 LJP).

2.2. Dans le cas d'espèce, l'intimée séjourne pour une durée indéterminée aux Etats-Unis. La Cour ayant été avertie de son absence par courrier de son avocat reçu le 8 juillet 2010, elle l'a dispensée de comparaître. Concernant l'appelante, son Conseil a expliqué, lors de l'audience, qu'il venait d'apprendre que l'administrateur de la société avait été récemment victime d'un accident de la route et ne pouvait ainsi se présenter à l'audience. La Cour a alors également dispensé l'appelante de comparaître.

3. Pour la bonne compréhension de la cause, il convient de traiter d'abord de l'appel incident. En effet, l'examen de la retenue de 10 % sur les salaires de l'intimée des mois de juillet 2007 à mai 2009 précède logiquement la question du bien-fondé de la compensation opérée par l'appelante concernant les salaires des mois de juin, juillet et août 2009.

L'intimée réclame à l'appelante la somme de CHF 9'461.01 brut à titre de retenue indue sur ses salaires des mois de juillet 2007 à mai 2009. Elle fait valoir en premier lieu que l'appelante n'était pas autorisée à retenir 10 % sur son chiffre d'affaires personnel. En second lieu, l'intimée affirme que la commission de 35 % qui lui a été versée à partir de juin 2008 devait porter sur l'entier de son chiffre d'affaires personnel, si celui-ci dépassait CHF 16'000.-, et non uniquement sur la part dépassant ce dernier montant, comme l'appelante le soutient.

3.1. Selon la lettre de l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat type de travail ou par une convention collective.

Conformément à l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance ; ATF 125 III 435 consid. 2a ; 122 III 118 consid. 2a ; 118 II 342 consid. 1a ; 112 II 245 consid. II/1c).

3.2. En l'espèce, concernant le montant de la rémunération prévu en faveur de l'intimée, son contrat de travail signé le 26 juin 2007 contient la précision « 30 % *or* CHF 4'250.- ». Force est de constater qu'à la seule lecture de celui-ci, il n'est pas possible de déterminer le montant de la rémunération de l'intimée. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'appelante, par souci de clarification, a proposé à ses employés, dans le courant du mois de décembre 2007, un avenant prévoyant explicitement cette retenue. L'avenant n'ayant pas été signé par l'intimée, il ne lui est pas opposable.

Il n'est cependant pas contesté que l'intimée pouvait prétendre à un salaire garanti de CHF 4'250.- par mois et que, si le 30 % du chiffre d'affaires dépassait cette somme, son salaire était fonction de celui-ci. Les parties divergent toutefois sur la question de savoir si l'intimée pouvait prétendre au 30 % du chiffre d'affaires « brut » ou si celui-ci devait encore être réduit de 10 %, comme le soutient l'appelante.

Aucune des parties ne saurait rien tirer du tableau Excel réalisé par l'intimée et relatant l'ensemble des chiffres d'affaires réalisés par cette dernière durant la durée de son engagement. Ce tableau n'est ni révélateur de l'ignorance de l'intimée, comme celle-ci le prétend, ni constitutif d'un quelconque aveu judiciaire, comme le soutient l'appelante. Ce tableau a juste servi à l'intimée pour étayer le calcul l'ayant amenée à réclamer le montant initial de CHF 10'489.99.

Il ressort des déclarations des témoins que le système de retenue avait été systématiquement mentionné à chaque employé au moment de son engagement et faisait donc partie intégrante du contenu initial des contrats de travail liant les employés à l'appelante (témoins B___, C___ et D___). Même si aucun témoin n'était présent lors de l'entretien de l'intimée, il paraît hautement vraisemblable que le système de rémunération comprenant la déduction de 10 % lui a également été expliqué. L'intimée avait d'ailleurs parfaitement compris le système de sa rémunération, puisqu'elle l'avait expliqué à une collègue (témoin D___). L'intimée avait manifesté son mécontentement à cet égard (témoin D___), ce qui démontre également qu'elle connaissait les critères de rémunération. Le calcul des commissions a, en outre, fait l'objet d'une séance d'information en juin 2008. Par ailleurs, l'intimée avait accepté cette rémunération, puisqu'elle a continué à travailler pour l'appelante. Elle a, certes, refusé de signer un avenant contenant une clause explicite sur le système de rémunération. Contrairement à ce que laisse entendre l'intimée, celui-ci ne modifiait toutefois en rien sa rémunération. Les développements relatifs à une modification du contrat de travail n'ont ainsi pas à être examinés. Derechef, les auditions des témoins ont clairement confirmé que la retenue de 10 % sur le chiffre d'affaires était une pratique usuelle dans l'entreprise de l'appelante, que l'intimée a parfaitement saisie, même si elle la désapprouvait. Elle ne peut donc pas soutenir qu'elle ignorait l'existence de cette clause lors du début de son activité pour l'appelante.

Reste à examiner si, dès juin 2008, la commission de l'intimée devait s'élever à 35 % sur l'ensemble du chiffre d'affaires ou si un pourcentage de 5 % lui revenait sur la part du chiffre d'affaires dépassant CHF 16'000.- par mois.

Avant la réunion de juin 2008, le témoin B___ a pris des notes dont il ressort que le taux de 35 % ne devait s'appliquer qu'à la part dépassant CHF 16'000.- du chiffre d'affaires et non à l'ensemble du chiffre d'affaires mensuel. Le témoin a précisé qu'il avait pris ces notes dans le but d'expliquer la nouvelle grille salariale aux autres employés. Ainsi, le fait que ces notes devaient servir de support à d'éventuelles demandes ultérieures d'explications et qu'elles n'ont pas été modifiées démontre que leur contenu reflète fidèlement ce qui s'est dit lors du

meeting du mois de juin 2008. Le témoin C___ a d'ailleurs confirmé que, lors de la réunion, il avait été expliqué aux employés que « tout ce qui dépassait ce chiffre donnait droit à une commission supplémentaire de 5 % » et qu'elle-même avait discuté de cela avec l'intimée pour « savoir si elle [le témoin] avait bien compris ». Il convient donc de retenir que lors de la réunion de juin 2008, l'appelante s'est engagée à verser 5 % sur le chiffre d'affaires dépassant la somme de CHF 16'000.-, et non, comme le soutient l'intimée, 35 % sur l'ensemble du chiffre d'affaires mensuel.

En conséquence, le Tribunal a rejeté à juste titre la demande de l'intimée en tant qu'elle réclamait le versement des 10 % retenus sur son salaire ainsi que le 35 % du chiffre d'affaires réalisé dès juin 2008. Partant, le jugement querellé sera confirmé sur ce point.

4. Sur appel principal, l'appelante conteste devoir payer à l'intimée la somme brute de CHF 4'602.90 se rapportant aux montants retenus sur les salaires de juin à août 2009. L'appelante conteste également le rejet par le Tribunal de sa demande reconventionnelle à ce que l'intimée soit condamnée à lui verser la somme de CHF 163.95 perçue en trop durant la période de juin 2007 à mai 2008. Selon l'appelante, c'est à tort que le Tribunal a jugé que les conditions de l'art. 63 CO permettant de réclamer ces sommes n'étaient pas remplies.

4.1. L'intimée abonde dans le sens du jugement querellé.

4.2. Lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles (art. 120 al. 1 CO).

L'art. 63 al. 1 CO, qui complète l'art. 62 CO, prévoit que celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé. L'erreur a pour objet le devoir de payer à l'enrichi (PETITPIERRE, Commentaire romand, n. 8 *ad* art. 63 CO). Est dans l'erreur celui qui s'exécute en partant de l'idée fausse que la dette est due ; il suffit que l'erreur ait été déterminante pour le paiement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit excusable ou essentielle (SJ 1994 p. 269 consid. 4a/bb ; ATF 64 II 121 consid. 5), de fait ou de droit (ATF 107 II 255 consid. 4 ; 98 Ia 187 consid. 4b).

L'art. 120 CO permet la compensation qui est un mode d'extinction de dettes. Elle

suppose la réunion quatre conditions : a) Identité et réciprocité des sujets des obligations juridiques, b) Identité des prestations dues, c) Exigibilité des dettes que l'on entend compenser, et d) Déclaration de compensation (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, p. 671). La condition de l'exigibilité ne vise cependant que la créance compensante (JEANDIN, Commentaire romand, n. 11 *ad art.* 120 CO).

L'art. 323b al. 2 CO, de droit impératif en vertu de l'art. 361 CO, interdit à l'employeur de compenser la part insaisissable du salaire affectée en particulier à l'entretien du travailleur ou de ses proches, sous réserve du dommage que l'intéressé cause intentionnellement (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, n. 5 *ad art.* 323b CO ; WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., p. 269-270).

Selon la lettre de l'art. 24 al. 3 CO, de simples erreurs de calcul n'infirmant pas la validité du contrat ; elles doivent être corrigées. Par erreur de calcul au sens de cette disposition, il faut entendre une erreur de calcul externe, par opposition à une erreur de calcul interne. L'erreur de calcul est dite externe si la base de calcul a été intégrée par les parties dans leur contrat et qu'elle peut par conséquent être clairement vérifiée. L'erreur d'une partie est par contre dite interne ou cachée, et n'est par conséquent pas visée par l'art 24 al. 3 CO, si la base de calcul ne fait pas partie du contrat et ne peut par conséquent pas être reconnue par l'autre partie. L'art 24 al. 3 CO nécessite donc uniquement une base de calcul faisant partie du contrat et une erreur des deux parties (ATF 4C.58/2006 du 13 juin 2006 consid. 5 ; ATF 116 II 685 consid. 2b/bb ; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, n. 533 et 534 *ad art.* 23/24 CO).

- 4.2. 4.2.1.** En l'espèce, il est admis que l'erreur de calcul de l'appelante ayant conduit au versement de la somme de CHF 4'602.90 ne peut pas être qualifiée d'erreur externe au sens de l'art. 24 al. 3 CO, mais doit bien plutôt être comprise comme une erreur interne, ce que l'intimée ne conteste d'ailleurs pas. En effet, une mauvaise compréhension du système de calcul des commissions de la part de la fiduciaire, chargée de l'établissement des fiches de salaires, est à l'origine des erreurs concernant le salaire de l'intimée.

S'agissant de la compensation, les conditions de l'identité et de la réciprocité des sujets des obligations juridiques et de l'identité des prestations dues telles que rappelées ci-dessus ne posent pas de problème. La déclaration de compensation ressort avec suffisamment de clarté des bulletins de salaires de l'intimée des mois de juin 2009 à août 2009. Ceux-ci contiennent à chaque fois la mention « Corr. de salaires ». Il convient ensuite d'examiner si la créance compensante de CHF 4'602.90 était exigible. L'appelante invoque l'art. 63 CO. Le fait de savoir si

l'erreur de calcul à l'origine du montant précité aurait pu être évitée n'est pas pertinent, dès lors que l'erreur n'a pas besoin d'être excusable pour entraîner un droit à la répétition de la part de l'appauvri. Par ailleurs, l'intimée n'a pas allégué, ni *a fortiori* démontré, qu'elle n'était plus enrichie, voire que, croyant le transfert de patrimoine définitif, elle avait pris des mesures qui avaient diminué son patrimoine (art. 64 CO). Il ne paraît pas non plus que l'application de l'art. 63 CO heurterait à ce point le sens de l'équité, qu'il se justifierait de s'écarter de la solution prévue par le législateur. Cela est d'autant plus vrai que ce dernier a précisément pensé à l'existence possible de situations injustes en introduisant l'art. 64 CO qui cherche à éviter que l'enrichi de bonne foi subisse un dommage du fait de son devoir de restitution. Partant, il convient de retenir que l'appelante disposait d'une créance de CHF 4'602.90 envers l'intimée et que c'est à bon droit qu'elle a invoqué la compensation.

Le même raisonnement peut être tenu *mutatis mutandis* en ce qui concerne la somme de CHF 163.95.

4.2.2. L'intimée se réfère, sans autre développement, à l'art. 323b al. 2 CO. Cette disposition prévoit que l'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre l'employé que dans la mesure où le salaire est saisissable. La question de savoir si la retenue sur salaire opérée par l'appelante a porté atteinte à la quotité saisissable du salaire de l'intimée peut cependant demeurer indéterminée en l'espèce. En effet, l'intimée n'a fourni aucune indication quant à sa situation financière ni à la quotité saisissable de son salaire. Par ailleurs, il apparaît que les déductions opérées en juillet et août 2009 ont abouti à un salaire net d'environ CHF 3'100.-, soit un salaire net légèrement inférieur à ceux qu'elle avait réalisés certains mois (notamment de janvier à mai 2008 ou au mois de novembre 2008). En outre, si la retenue de CHF 2'300.- environ opérée en juin 2009 est susceptible d'avoir porté atteinte à ladite quotité - ce que l'intimée n'a cependant pas démontré ni même allégué - celle-ci resterait acceptable au vu de l'atteinte ponctuelle et de très courte durée portée au minimum vital.

4.2.3. En dernier lieu, l'intimée invoque la prescription s'agissant des créances précitées, en particulier concernant le montant de CHF 163.95. A suivre son argumentation, cette créance résultant d'une erreur de calcul des salaires pour la période de septembre 2007 à mars 2008 et la demande en répétition n'ayant été introduite par l'appelante que le 14 septembre 2009, cette dernière créance serait prescrite.

Selon l'art. 67 al. 1 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit à répétition. Le délai court du jour où le lésé a connu, et non pas aurait dû connaître, son droit de répétition (ATF 4A_53/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.6).

In casu, la comptable actuelle de l'appelante a repris la tâche de l'établissement des salaires des employés de la société en mars 2009. C'est alors qu'elle s'est rendue compte qu'une erreur avait été commise par la fiduciaire précédente. Cette erreur avait conduit au versement indu à l'intimée de la somme totale de CHF 4'602.90 (témoin F___). La répétition a été opérée sur les salaires de l'intimée des mois de juin, juillet et août 2009, soit entre trois et six mois après la découverte de l'erreur; elle n'est donc pas affectée de la prescription. S'agissant de la somme de CHF 163.95, c'est seulement à l'issue de l'ouverture de la procédure de première instance que l'appelante dit s'être rendue compte de son erreur, soit entre les mois de juillet et septembre 2009. Le délai de prescription d'une année courant à partir de mars 2009 n'était donc pas non plus échu lors de l'introduction par l'appelante de sa demande reconventionnelle en répétition, le 14 septembre 2009. Partant, l'exception de prescription doit être rejetée pour les deux montants.

En conclusion, le jugement entrepris sera modifié en ce sens que la demande reconventionnelle est admise et que la demande principale rejetée en tant qu'elle porte sur la somme de CHF 4'602.90.

5. La procédure prud'homale étant gratuite et ne prévoyant pas l'allocation de dépens, il n'y a pas lieu d'en allouer (art. 76 al. 1 LJP ; art. 343 al. 3 CO).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

1. Déclare recevables l'appel principal formé par E___ SA et l'appel incident interjeté par T___ contre le jugement TRPH/125/2010 rendu le 24 février 2010 par le Tribunal de la Juridiction des prud'hommes dans la cause C/16190/2009 - 3 ;

Au fond :

2. Annule le jugement entrepris en tant qu'il condamne E___ SA à payer à T___ la somme brute de CHF 4'602.90 (quatre mille six cent deux francs et nonante centimes) avec intérêts ;

Cela fait et statuant à nouveau :

3. Condamne T___ à verser à E___ SA la somme de CHF 163.95 (cent soixante-trois francs et nonante-cinq centimes) ;
4. Confirme le jugement attaqué pour le surplus ;
5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente