



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/16408/2008-5

* COUR D'APPEL*

(CAPH/159/2009)

E _____ SA
co/ Me BRUTTIN Reynald
Rue du Mont-de-Sion 8
1206 Genève

Partie appelante

T _____
co/ Me BRUCHEZ Christian
Rue Verdaine 12
Case postale 3647
1211 Genève 3

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 novembre 2009

Mme Martine HEYER, présidente

Mme Monique FORNI et M. Cosimo RIZZO, juges employeurs

Mme Josiane POITRY-PINOL et M. Robert STUTZ, juges salariés

Mme Ariane BOUCKAERT-BRANDT, greffière d'audience

FAITS :

- A. Par acte posté le 1^{er} mai 2009, la société E_____ SA (ci-après E_____, respectivement l'employeur ou la partie appelante) appelle d'un jugement daté du 27 mars 2009, reçu par elle le 1^{er} avril 2009 en son domicile élu, qui en substance la condamne à verser à T_____ (ci-après T_____, respectivement l'employé ou l'intimé) les sommes de 4'439 fr. 15, de 4'108 fr. 45 et de 2'143 fr. 50 en capital, avec les intérêts de droit, au titre de salaire pour les périodes de vacances et la somme totale de 1'251 fr. 55 en capital, avec les intérêts de droit, au titre de paiement des heures supplémentaires.

L'appelante conclut à l'annulation de ce jugement en tant qu'il concerne la question du salaire pour les vacances; elle rappelle au préalable qu'elle est une entreprise de nettoyage comportant 130 postes de travail et qu'elle compte en moyenne annuelle environ 400 employés. Ces derniers ayant des horaires variables et différents, elle soutient que *la gestion des vacances est impossible sauf à inclure ce poste expressément dans le décompte de salaire et le contrat de travail.*

Ainsi, elle a engagé T_____ en qualité de nettoyeur dès le 1^{er} janvier 2004 ; elle a déterminé son salaire horaire brut à 23 fr. 15 en considérant le précité comme un nettoyeur en bâtiment qualifié. Le contrat a prévu expressément que ce salaire serait majoré de 8.33 % pour les vacances, dès lors que l'horaire mensuel de travail de T_____ était variable. De fait, il avait fortement varié de mois en mois. L'appelante s'estime dès lors fondée à déroger au principe posé par l'art. 329d al. 1 CO, selon lequel le salaire afférent aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises.

L'intimé conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement. Il soutient au contraire que les conditions ne sont pas réalisées pour qu'une exception soit faite à l'art. 329d al. 1 CO, qui selon la jurisprudence vise le cas de travailleurs

intérimaires ou qui ont simultanément différents employeurs. En outre, la part du salaire global destinée à la rémunération des vacances doit être clairement indiquée dans le contrat et sur chaque décompte de salaire, ce qui n'aurait pas été le cas en l'occurrence.

B. Les éléments de fait suivants résultent de l'instruction de la cause :

a. E_____ est une société anonyme ayant son siège à Genève ; son but social est notamment les services dans le domaine du nettoyage, de l'entretien et de la désinfection de locaux et de surfaces, de la vente, de la représentation et de la distribution de produits de nettoyage, d'entretien et d'hygiène ainsi que de la formation de personnel dans les domaines précités.

b. Elle a engagé T_____ le 1^{er} janvier 2004 en qualité de nettoyeur, à raison de 44 heures par semaine en moyenne, pour un salaire horaire de 23 fr. 15 brut, auquel s'ajoutait 8.33 % pour les vacances et 50% de participation à titre de 13^{ème} salaire. Le délai de congé était de deux mois et le travailleur avait droit à quatre semaines de vacances, qui devaient être prises avec l'accord de l'employeur. Le contrat était soumis à la Convention collective de travail du secteur du nettoyage et des services associés pour le canton de Genève (ci-après la CCT-Ge).

E_____ a par ailleurs également engagé en date du 1^{er} janvier 2004 l'épouse de T_____, A_____, en qualité de « nettoyeur ».

c. T_____ a cessé de travailler pour E_____ le 30 juin 2007 ; il a consulté le syndicat Unia qui a adressé à cette dernière un courrier daté du 13 août 2007 pour demander le paiement des heures de travail effectuées durant les jours fériés, avec la majoration due en pareille circonstance. A ce titre il a été réclamé à E_____ la somme de 1'251 fr. 55.

T_____ a ensuite consulté un avocat et il a en outre demandé à son ex-employeur le paiement de 11'022 fr au titre de salaire pour les périodes de vacances.

- d.** E_____ a contesté l'ensemble de ces prétentions et en date du 3 juillet 2008 T_____ a saisi la juridiction des Prud'hommes d'une demande portant sur les sommes précitées.
- e.** A l'audience de comparution personnelle devant les premiers juges T_____ a confirmé sa demande. E_____ a alors admis lui devoir la somme de 1'251 fr. 55 au titre de paiement de ses heures supplémentaires.
- f.** En ce qui concerne l'organisation de l'entreprise et le salaire pour les vacances, le représentant de E_____ a confirmé que celle-ci comptait 130 postes de travail, toutes catégories d'activités confondues, à plein temps ou à temps partiel; elle employait en moyenne 400 personnes au cours d'une année. L'entreprise comportait un secteur entretien, essentiellement de bureaux, un secteur nettoyage de chantiers et un secteur conciergerie. Les horaires du personnel fluctuaient principalement en raison des remplacements dans la conciergerie. Le planning de travail était établi en principe une fois par mois pour tous les employés, avec un horaire de 40 heures et une marge de 4 heures pour les imprévus.
- E_____ a précisé que T_____ s'était vu chargé du service de conciergerie et que, pour se rendre dans les divers immeubles où il intervenait, il était autorisé à conduire la camionnette de l'entreprise. Il avait aussi la charge de signaler au propriétaire les anomalies constatées durant son travail de concierge, comme par exemple les dégradations. En outre, T_____ avait aussi effectué des tâches de nettoyage sur des chantiers, ce qui impliquait qu'il monte sur des échafaudages ou des ponts roulants.
- g.** T_____ a pour sa part déclaré qu'il effectuait un horaire de travail fixe et qu'il prenait quinze jours de vacances par année, en septembre, avec son épouse.

Devant la Cour d'appel il a toutefois précisé qu'il remettait une fois par semaine à son employeur une feuille sur laquelle il indiquait le nombre d'heures effectuées, ajoutant qu'il était essentiellement affecté à la conciergerie et ensuite, après une période de maladie, il avait été affecté au nettoyage sur les chantiers, activité qu'il avait déjà exercée auparavant, outre celle de concierge, en tant que remplaçant. E_____ a souligné que les relevés d'heures hebdomadaires lui étaient en réalité remis une fois par mois, et non pas par semaine, par le personnel, pour permettre l'établissement des fiches de salaire.

- h.** Des décomptes de salaire versés au dossier il résulte que T_____ a travaillé 2'302 heures en 2004, 2'130,5 heures en 2005 et 540 heures de janvier à mars 2006 et qu'il a ainsi effectué en moyenne environ 180 heures par mois, soit 42 heures par semaine. Chaque décompte est circonstancié et comporte en particulier une rubrique afférente à l'indemnité pour vacances, mentionnant le pourcentage du salaire brut (8.33 %) et le montant exact ajouté à ce salaire à ce titre.
- i.** Lors de l'audience du 16 septembre 2009 devant la Cour d'appel T_____ a confirmé que lui-même et son épouse n'avaient pris que deux semaines de vacances par an, en septembre, parce que l'employeur avait besoin d'eux et leur avait dit qu'ils ne pouvaient pas s'absenter quatre semaines à cette période-là. Le représentant de E_____ a contesté cela. A_____ a alors ajouté que s'ils ne pouvaient pas partir quatre semaines en vacances c'est qu'ils ne pouvaient pas se le payer. Les époux ont par ailleurs indiqué que lors de la signature du contrat ils n'avaient pas posé de questions concernant l'article afférent au salaire, qui prévoit l'insertion de 8.33 % pour les vacances et que rien ne leur avait été expliqué à ce sujet. Le représentant de E_____ l'a contesté, affirmant qu'à la signature du contrat des explications sont données en ce qui concerne les vacances et que les employés reçoivent copie de la CCT-Ge applicable.

EN DROIT

1. Déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art. 59 LJP, l'appel est recevable.
2. La réclamation formée par l'employé concernant le paiement des heures supplémentaires n'est plus litigieuse, l'employeur ayant admis devoir la somme de 1'251 fr. 55 à ce titre et ne remettant ainsi pas en cause les points 5 à 8 du dispositif du jugement déféré, qui seront confirmés en tant que de besoin.
3. Le contrat conclu entre les parties le 1^{er} janvier 2004 prévoit en son art. 6 un droit de l'employé à quatre semaines de vacances durant les quatre premières années de travail, qui devaient être prises en accord avec l'employeur, conformément à l'art. 19 de la CCT-Ge applicable à ce contrat. L'art. 19 al. 5 de cette convention précise que le paiement des vacances se fait au terme de la période de paie durant laquelle elles ont été prises et l'art. 19 al. 6 rappelle que le montant du salaire afférent aux vacances est de 8.33% pour les travailleurs ayant droit à quatre semaines de vacances.
4. L'art. 329d al. 1 CO prescrit que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. L'art. 329d al. 2 CO prescrit de manière impérative que, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages.

L'art. 239d al. 1 CO a pour effet de prohiber les clauses stipulant que le salaire afférent aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises, mais qu'il est versé de manière différée et compris dans le salaire global (ATF 116 II 515 consid. 4a). Le Tribunal fédéral a toutefois admis des exceptions à ce principe dans des cas particuliers, notamment lorsque le travail est très irrégulier et à temps partiel ou lorsqu'il s'agit de travail intérimaire. Une partie de la doctrine ajoute que ces exceptions ne sauraient s'appliquer lorsque le contrat prévoit un horaire fixe ou un salaire fixe (Eric Cerottini, Le droit aux vacances, p. 212/213 ; Rémy

Wylér, Droit du travail, Berne 2008 p. 357). Le Tribunal fédéral a statué que la forte variabilité du salaire n'était pas un motif de déroger au principe de la non inclusion (TF 06.08.1992 ; SJ 1993 p. 355). En tout état, le contrat de travail et le décompte de salaire doivent préciser clairement la part du salaire destinée à l'indemnisation des vacances (ATF 118 II 136 ; 116 II 515 consid. 4a ; JAR 1996 p. 146 ; JAR 1992 p. 342). Cette exigence est également valable lorsque le travailleur a effectivement pris des vacances; en effet, le travailleur pourrait alors croire faussement, en présence d'une clause imprécise, que le salaire convenu le dédommage uniquement pour le travail effectué, avec le risque qu'il utilise prématurément la part du revenu destiné aux vacances. Conformément au principe de la confiance, le travailleur faisant preuve d'une attention raisonnable doit pouvoir déterminer, tant au moment de la conclusion du contrat que lors de la remise des décomptes de salaire, quel est le supplément afférent au droit aux vacances (TF 24.02.1997). L'indication du seul pourcentage du droit aux vacances sur la fiche de paie n'est pas suffisante (JAR 1994 p. 171 ; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Lausanne 2001, n° 2.4. à 2.6 p. 117, ad art. 329d CO).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt relativement récent, a posé – et laissé ouverte – la question de savoir s'il ne conviendrait pas, vu les difficultés soulevées, de supprimer la faculté pour l'employeur de déroger à l'art. 239d al. 1 CO (ATF 119 III 493 consid. 3).

Si les conditions restrictives pour une indemnisation différée des vacances ne sont pas remplies, l'employeur doit payer le salaire des vacances en sus de la rémunération globale dont les parties ont convenu (TF 4C.147/2005 du 26 septembre 2005 ; [ATF 118 II 136](#) consid. 3b p. 137; [ATF 129 III 493](#) consid. 3.4 p. 497). Une partie de la doctrine souligne toutefois la nécessité d'éviter une double indemnisation du travailleur (Rémy Wylér, op.cit. p. 358 et la doctrine citée).

5. En l'espèce, l'appelante souligne que son entreprise compte 130 postes de travail et environ 400 employés l'an, ce qui suppose une importante fluctuation et partant une grande difficulté pour elle lors du calcul du salaire afférent aux vacances. C'est pourquoi elle a opté pour inclure une indemnité dans le salaire de base. Nonobstant l'éventuelle pertinence de cette argumentation, qui concerne l'ensemble du personnel de l'appelante, la Cour doit présentement résoudre la question posée eu regard à la situation particulière de l'intimé.

Ce dernier a été engagé pour un horaire de 44 heures hebdomadaires en moyenne ; il a effectivement travaillé durant trois ans et demi pour l'appelante, à raison de 42 heures hebdomadaires en moyenne et les fluctuations de son horaire ne sont dans leur ensemble pas très importantes, contrairement à ce que soutient l'appelante. Cette situation ne s'apparente en tout cas pas au cas du travailleur temporaire ni à celui du travailleur à temps partiel, avec un horaire très irrégulier. Dès lors force est de retenir que la première des trois conditions posées par la jurisprudence pour la validité de l'exception fait défaut.

Cela étant, il sied toutefois de relever que les deux autres conditions sont remplies ; il n'est certes pas établi qu'à la conclusion du contrat l'employé a reçu des explications détaillées à propos de l'insertion à son salaire de l'indemnité de vacances, mais le texte du contrat n'en est pas moins clair à ce propos et les relevés de salaire mensuels sont quant à eux sans équivoque sur cette question. A cela s'ajoute que lorsqu'il a pris ses vacances, soit deux semaines par an pendant toute la durée du contrat, l'employé a bien évidemment observé qu'aucun salaire ne lui était versé pour ces périodes. L'intimé serait ainsi mal venu de soutenir qu'il n'a pas compris le régime applicable au paiement de ses vacances.

6. Au vu de ce qui précède, ainsi que pour tenir compte des développements doctrinaux susrappelés – selon lesquels au terme du contrat l'employé ne doit être ni lésé ni sur-indemnisé - la Cour retiendra ce qui suit :

L'intimé a perçu, en connaissance de cause et selon les modalités contractuelles, le salaire différé afférent aux deux semaines de vacances qu'il a effectivement prises chaque année et il n'est pas fondé à en réclamer une seconde fois le paiement. Pour les deux autres semaines, qu'il n'a pas prises, il est possible qu'il ne se soit pas cru autorisé à les prendre pour tenir compte des besoins de son employeur. En effet, le contrat rappelle, de manière sommaire, que la prise de vacances est subordonnée à l'autorisation de l'employeur. L'intimé a pu donner de bonne foi à cette clause une signification erronée, dès lors qu'il recevait par ailleurs le paiement desdites vacances de manière différée. En d'autres termes il pouvait croire que l'employeur, en différant le paiement du salaire afférent aux vacances, était ainsi fondé à restreindre la durée de celles-ci. C'est en tout cas une possibilité qui ne peut pas être écartée, même si un refus formel de l'employeur n'est en l'espèce pas avéré.

Par conséquent, au terme du contrat, il restait à l'employé sept semaines de vacances à prendre, pour la période du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2007, et ces vacances, qu'il n'a pas pu prendre, doivent lui être payées. En tenant compte d'un taux d'occupation moyen quasi constant de 42 heures par semaine, cela représente une indemnité de (7 sem. x 42 h. x 23 fr. 15 =) 6'806 fr. 10 brut.

7. Les chiffres 2 à 4 du dispositif du jugement entrepris seront annulés et l'employeur condamné à verser à l'employé la somme de 6'806 fr. 10 brut, sous imputation des charges sociales, légales et usuelles, avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} octobre 2005, date moyenne.
8. Compte tenu du montant litigieux, il n'y a pas lieu de fixer d'émolument.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par T_____ contre le jugement n° TRPH/206/2009 rendu le 27 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause n° C/16408/2008 – 5.

Au fond :

- Annule les points 2 à 4 du dispositif dudit jugement ;
- Confirme pour le surplus ce jugement.

Et statuant à nouveau sur les points 2 à 4 :

- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 6'806 fr. 10 (six mille huit cent six francs et dix centimes) avec intérêts à 5% l'an du 1^{er} octobre 2005, date moyenne ;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;
- Dit qu'il n'y a pas lieu de fixer d'émolument ;
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente