



E\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Lorenzo PARUZZOLO  
Rue des Eaux-Vives 49  
Case postale 6213  
1211 Genève 6

**Partie appelante**

Madame T\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Yvan JEANNERET  
Grand Rue 25  
Case postale 3200  
1211 Genève 3

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 17 mai 2010

Mme Sylvie DROIN

MM. Jacques ELMER et Kurt WIPRAECHTIGER, juges salariés

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et Victor TODESCHI

Mme Hermione STIEGER

**EN FAIT**

- A. E\_\_\_ SA est une société anonyme dont le but est l'importation, l'exportation, le commerce, la représentation et la fabrication de tous produits d'hygiène, cosmétiques, de parfumerie et pharmaceutiques, constituée en mai 2005. Son siège est à Carouge.

Elle distribue les produits cosmétiques du groupe français A\_\_\_, auquel elle appartient.

- B. Le 1<sup>er</sup> août 2005, elle a engagé T\_\_\_ en qualité de vendeuse, aux conditions dont celle-ci bénéficiait précédemment au service de B\_\_\_ SA, soit notamment avec une date d'embauche au 1<sup>er</sup> janvier 1997.

T\_\_\_ était chargée de la vente et de la promotion des produits A\_\_\_ et devait dans ce but visiter des salons de beauté en Suisse romande.

Le contrat de travail stipulait notamment un salaire mensuel composé d'un fixe de CHF 4'000.- et de commissions (3% en cas de chiffre d'affaires jusqu'à CHF 40'000.-, 5% au-delà); en cas de maladie, l'indemnité pour perte de gain relative aux commissions était calculée sur la base des commissions moyennes versées au vendeur durant les 12 derniers mois; les frais de déplacement étaient composés d'une indemnité voiture de CHF 700.- par mois; le droit aux vacances était de 20 jours par an.

- C. T\_\_\_ affirme avoir accompli 306 heures supplémentaires durant des week-ends et jours fériés, en raison de sa participation à des salons, de 2003 à 2007.

E\_\_\_ SA a admis que 126 heures avaient été effectuées, seules 108 devant toutefois être prises en compte, en raison de la prescription; celles-ci avaient toutefois pu être compensées en temps, notamment chaque année lors du pont de Noël-Nouvel-an, et durant une semaine de vacances accordée en sus du contrat de travail, entre le 16 et le 20 octobre 2006.

T\_\_\_ n' a pas contesté ces deux derniers points, indiquant avoir travaillé en tout cas deux jours pour inventaire durant la fermeture de fin d'année.

- D. Du 28 mars au 31 mai 2007, T\_\_\_ a été en incapacité de travail totale suite à un accident. A compter du 1<sup>er</sup> juin 2007, elle a été capable de travailler à 60%.

Selon les conditions contractuelles convenues avec son assureur-accident C\_\_\_ ASSURANCES, E\_\_\_ SA offrait à ses employés une couverture à 100% - salaire fixe et commissions - en cas d'incapacité de travail due à un accident.

Du début de l'incapacité de travail partielle d'T\_\_\_, soit le 1<sup>er</sup> juin 2007, jusqu'à fin janvier 2008, B\_\_\_ ASSURANCES a versé un montant total d'indemnités journalières de CHF 25'707.-.

Durant la même période, T\_\_\_ a reçu chaque mois le 60% de son salaire de base, soit CHF 2'400.- et le 100% de ses commissions. Elle a également perçu pour l'entier de ce laps de temps un montant total de CHF 27'169,10 à titre d'indemnités d'assurance-accident.

- E. Le 18 février 2008, E\_\_\_ SA a licencié T\_\_\_ pour le 31 mai 2008, et l'a libérée de l'obligation de travailler.

En février 2008, T\_\_\_ a perçu à titre de salaire CHF 7'586,35 (soit CHF 2'400.- de salaire de base, CHF 2'915,45 d'indemnités accident, CHF 2'270,90 de commissions); en mars 2008, CHF 7'421,25 (soit CHF 2'400.- de salaire de base, CHF 3'116,50 d'indemnités accident, CHF 1'904,75 de commissions), en avril 2008 CHF 7'320,70 (soit CHF 2'400.- de salaire de base, CHF 3'015,95 d'indemnités accident, CHF 1'904,75 de commissions).

En mai 2008, E\_\_\_ SA a retenu sur le salaire d'T\_\_\_, composé du fixe de CHF 2'400.-, de la commission de CHF 1'904,75 et des indemnités accident en CHF 3'784,60, CHF 5'304,75 à titre de compensation de commissions, et CHF 378,85 à titre de compensation sur indemnité accident.

De février à mai 2008, B\_\_\_ ASSURANCES a versé à E\_\_\_ SA un montant total de CHF 12'696.-.

- F. Par demande du 18 juillet 2008, T\_\_\_ a conclu à ce que E\_\_\_ SA soit condamnée à lui verser les montants de CHF 1'390,50 bruts avec intérêts à 5% dès le 31 juillet 2007, à titre de vacances, CHF 11'006,55 bruts avec intérêts à 5% dès le 29 février 2008 à titre de salaire, CHF 665,25 nets avec intérêts à 5% dès le 31 janvier 2008 à titre de remboursement d'indemnités, CHF 14'688.- bruts avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004 à titre de jours fériés et week-end, CHF 5'500.- nets avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2008 à titre de remboursement de frais, CHF 1'000.- nets avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2008 à titre d'indemnité pour tort moral.

Par acte du 17 septembre 2008, E\_\_\_ SA a conclu au déboutement d'T\_\_\_ de toutes ses conclusions, et, à titre reconventionnel, a conclu à la condamnation de cette dernière à lui verser CHF 3'266,50 nets avec intérêts à 5% dès le 13 juin 2008, représentant des commissions versées en trop de juin 2007 à janvier 2008, et CHF 4'800.- avec intérêts à 5% dès le 17 septembre 2008, représentant des indemnités voiture versées en trop pour les mêmes mois.

Par acte du 24 septembre 2008, T\_\_\_ a amplifié ses conclusions relatives aux heures supplémentaires à CHF 16'414,20 plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

A l'audience du Tribunal des Prud'hommes du 9 octobre 2008, elle a renoncé au poste de sa demande en CHF 665,25.

Le 10 novembre 2008, répondant à la demande reconventionnelle, T\_\_\_ a conclu au déboutement d'E\_\_\_ SA de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

- G. Par jugement du 5 mai 2009, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_ CHF 11'006,40 bruts avec intérêts à 5% dès le 29 février 2008 (ch. 3), CHF 5'755,50 bruts avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004 (ch. 4), CHF 2'100.- nets plus intérêts à 5% dès le 31 mai 2008 (ch. 5), invité la partie qui en a la charge à procéder aux déductions sociales et légales usuelles, et débouté les parties de toute autre conclusion.

En substance, les premiers juges ont retenu que l'employeur s'était correctement acquitté de la part variable du salaire, que de février à mai 2008, l'employée avait droit à un complément de salaire de CHF 11'006,40, qu'elle avait droit au paiement d'heures supplémentaires de CHF 5'755,50 pour les années 2003 à 2008, qu'elle avait droit à une indemnité nette de CHF 2'100.-, qu'elle n'avait pas démontré avoir subi un tort moral, que l'employeur ne pouvait prétendre au remboursement de sommes versées prétendument à tort à titre de frais et commissions.

- H. Par acte du 8 juin 2009, E\_\_\_ SA a appelé de la décision précitée. Elle a conclu principalement à l'annulation du jugement entrepris, au déboutement d'T\_\_\_ et a repris ses conclusions reconventionnelles de première instance.

Par mémoire-réponse et appel incident du 17 juillet 2009, T\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel, au déboutement de l'appelante, à l'annulation du jugement attaqué et à la condamnation de celle-ci à lui verser CHF 11'066,55 bruts avec intérêts à 5% dès le 17 avril 2008, CHF 6'673,50 bruts avec intérêts à 5% dès le 17 janvier 2005, CHF 2'100.- nets avec intérêts à 5% dès le 17 juin 2007 et à la confirmation de la décision déferée pour le surplus.

Répondant à l'appel incident, E\_\_\_ SA a persisté dans ses conclusions.

### **EN DROIT**

1. Déposés dans la forme et les délais légaux (art. 59 LJP), l'appel principal et l'appel incident sont recevables. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).

2. L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir accordé des différences de commission à l'intimée, alors que celle-ci avait déjà perçu l'entier de ce à quoi elle avait droit, s'agissant des mois de février à mai 2008.

En l'espèce, il est constant que de février à mai 2008, l'employeur s'est acquitté chaque mois du 60% du salaire de base arrêté contractuellement à CHF 4'000.-, soit CHF 2'400.-, ainsi que du 60% de la moyenne des commissions réalisées (CHF 3'174,55), montant moyen que l'intimée ne remet pas en cause.

Par ailleurs, il résulte des pièces produites que les indemnités perte de gain - couvrant tant le salaire de base que les commissions pour le 40% restant - versées par l'assureur accident ont été d'un montant total de CHF 12'696.- pour la période considérée, tandis que l'intimée a perçu CHF 12'832,50 d'indemnités accident, sous déduction de CHF 378,85.

La rémunération globale - salaire fixe et commissions - à laquelle l'employée peut prétendre de février à mai 2008 se compose, ainsi, d'une part de ce que l'employeur devait verser s'agissant de la part de 60% correspondant à la capacité de travail de l'intimée, d'autre part des indemnités perte de gain versées par l'assurance-accident.

L'appelante s'est correctement acquittée de la première partie de cette rémunération globale; en revanche, la deuxième partie révèle une différence de CHF 242,35, montant que l'appelante reste devoir à l'intimée.

Le salaire étant dû à échéance mensuelle, les intérêts moratoires courront dès le 17 avril 2008 (date moyenne), conformément d'ailleurs aux conclusions de l'appelante incidente.

Le jugement entrepris sera donc annulé sur ce point, et réformé dans le sens qui précède.

3. L'appelante conteste devoir à l'intimée la rémunération d'heures supplémentaires. Elle admet, en revanche, que son employée a effectué 108 heures supplémentaires (soit 13,5 jours), comme l'ont retenu les premiers juges, mais considère que celles-ci ont pu être compensées en temps.
  - a) A teneur de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1<sup>er</sup>).

L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2).

L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures de travail supplémentaires dont il réclame le paiement. Toutefois, s'il est constant que le travailleur a régulièrement dépassé l'horaire de travail normal, sans qu'il soit possible d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a effectuées, le juge peut alors appliquer par analogie l'article 42 al. 2 CO pour évaluer l'ampleur du travail supplémentaire (ATF 126 III 337 = SJ 2000 I, p. 629 ; cf. Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 *ad* art. 321c CO, p. 1689).

Cependant, le juge doit se montrer strict dans le recours à cette disposition. D'une part, cette appréciation en équité ne doit être admise que si les circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé, et non simplement rendu vraisemblable, que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable. D'autre part, les heures supplémentaires effectuées pendant une longue période et non annoncées ne doivent pas être indemnisées à moins que l'employeur ne les ait approuvées. A cet égard, les relevés personnels du travailleur ne constituent pas un moyen de preuve suffisant ; en revanche, s'il fournit des relevés journaliers ou mensuels à l'employeur, ceux-ci constituent un moyen de preuve approprié quand bien même ils n'ont pas été contresignés par ce dernier (Kneubühler-Dienst, *Überstunden in Arbeitsrecht in der Verbandspraxis*, 1993, pp. 147, 148 et 161, et les références citées ; CAPH du 20 octobre 1993 en la cause VI/853/92).

En vertu de l'article 128 chiffre 3 CO, les actions des travailleurs pour leurs services se prescrivent par cinq ans. La compensation des heures supplémentaires en temps demeurant possible jusqu'à la fin des rapports de travail, le délai de prescription commence à courir dès cette date (CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, p. 61).

- b) Au-delà de sa contestation générale (résultant du ad 5 de son écriture de réponse à l'appel) du fait que l'entreprise fermait ses portes durant les périodes mentionnées par celle-ci, l'intimée n'a pas remis en cause les dates précises données par l'appelante pour les années 2005 à 2008, se bornant à déclarer à l'audience de la Cour d'appel qu'elle était venue travailler en tout cas deux jours pour inventaire durant ces périodes.

A suivre sa version exprimée en dernier lieu, elle a donc bénéficié de plusieurs jours de congé non contractuels entre 2003 et 2008. Sur les périodes précises annoncées par l'employeur, il y a lieu de retenir 6 jours ouvrables en 2005/2006, 8 jours ouvrables en 2006/2007, 4 jours ouvrables en 2007/2008, soit un total de 18 jours ouvrables. Si l'on soustrait de ceux-ci 6 jours d'inventaires, restent 12 jours effectifs ayant pu servir à la compensation d'heures supplémentaires.

Par ailleurs, l'employée ne conteste pas avoir bénéficié de 5 jours de vacances non contractuelles entre le 16 et le 20 octobre 2006, qui ont également pu servir à la compensation d'heures supplémentaires.

Dans ces conditions, il apparaît que l'employée a, tacitement à tout le moins, consenti à la compensation des heures supplémentaires qu'elle réclame, soit 14 jours (en comprenant ses prétentions émises sur appel incident), par la compensation en temps d'au moins 19 jours de vacances en sus de son droit aux vacances dérivant du contrat de travail.

Le jugement, qui lui accordait une rémunération au titre de la compensation des heures supplémentaires, sera dès lors annulé sur ce point.

4. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir fait droit aux prétentions de l'intimée en paiement d'indemnités de voiture.

Il n'est pas contesté que l'incapacité de travail de l'employée a commencé le mercredi 28 mars 2007, c'est-à-dire quasiment à la fin du mois en question. Il peut donc être considéré que l'essentiel des déplacements avait été effectué à la date où l'intimée s'est retrouvée incapable de travailler. Le courrier électronique produit par l'appelante, selon lequel l'intimée n'aurait pas utilisé sa voiture pendant une semaine n'est pas probant, et se trouve en contradiction avec la date de début d'incapacité de travail admise. L'employée a donc droit au versement entier de l'indemnité mensuelle; la différence due à ce titre par l'appelante est ainsi de CHF 500.-.

Les indemnités même forfaitaires correspondent à des activités exercées. La Cour d'appel considère donc que dès que le taux de son activité a été de 60%, l'intimée ne devait pas déployer une activité dépassant ce taux, de sorte que la limitation de l'indemnité à 60% également se justifie. C'est dès lors un montant de CHF 1'200.- qui a été correctement payé en juin 2007. Aucune différence n'est due par l'employeur pour ce mois.

Par ailleurs, l'employeur a admis qu'il versait CHF 700.- par mois lorsque ses employés étaient en vacances. Lié à cette période, non touchée par l'incapacité partielle de travail, le montant forfaitaire devait donc être de ce montant pendant les vacances de l'intimée. Celle-ci ayant pris ses vacances à cheval sur juillet et août 2007, il était juste qu'elle perçoive pour ces deux mois CHF 1'900.- (CHF 1'200.- + CHF 700.-). Aucune différence n'est due par l'employeur pour ces mois.

C'est ainsi un montant net de CHF 500.-, et non de CHF 2'100.- comme déterminé de façon erronée par le Tribunal, que l'appelante reste devoir. Ce montant, exigible depuis mars 2007, portera intérêts dès le 31 mai 2008, comme réclamé par T\_\_\_\_ en première instance, son amplification en appel à cet égard n'étant pas recevable (art. 312 LPC, applicable par le renvoi de l'art. 11 al. 1 LJP).

Le jugement attaqué sera annulé sur ce point, et il sera statué selon ce qui précède.

5. L'appelante réclame la restitution de CHF 3'266,50 versés selon elle à tort à titre de commissions, et de CHF 4'800.- versés selon à elle à tort à titre d'indemnité voiture.
  - a) L'art. 62 CO prévoit que celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui est tenu à restitution. La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou d'une cause qui a cessé d'exister.

Selon l'art. 63 al. 1 CO, 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'art. 67 l. 1 CO prévoit que 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 de répétition, et dans tous les cas par dix ans dès la naissance de ce droit.

- b) De juin 2007 à janvier 2008, ainsi que cela ressort des pièces produites, l'employeur a versé le 100% des commissions, et non le 60%. Cela signifie que l'intimée a bénéficié, au travers de cette prestation qui s'ajoutait aux indemnités accident qu'elle percevait et qui comprenaient le 40% des commissions, d'un total de 140% de commissions. Cela est manifestement dépourvu de base contractuelle.

L'employeur a, en outre, versé mensuellement CHF 2'000.- au titre de frais de voiture, soit l'entier de l'indemnité prévue dans le contrat de travail, sans opérer de diminution en relation avec la capacité de travail réduite de son employée.

Il apparaît cependant que l'appelante connaissait parfaitement le taux d'activité réel de son employée - preuve en est la réduction opérée sur la part fixe du salaire de sorte qu'il était apte à appliquer la même clé de réduction aux parts variables et forfaitaires du salaire.

La Cour considère dès lors qu'il a payé volontairement celles-ci, alors qu'il ne se trouvait pas sous l'emprise d'une erreur.

Dès lors, les conditions de la répétition de l'indu ne sont pas réalisées, ce sans même avoir à examiner l'exception de prescription soulevée par l'employée pour les périodes antérieures au 17 septembre 2007.

C'est donc à raison que les premiers juges ont débouté E\_\_\_ SA de ces conclusions.

6. La procédure étant gratuite (art. 76 LJP), il n'est pas alloué de dépens.
7. Par souci de clarté, le jugement attaqué sera annulé dans son entier et il sera statué à nouveau.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme :**

Déclare recevables l'appel formé par E\_\_\_ SA et l'appel incident formé par T\_\_\_ contre le jugement rendu le 11 mai 2009 par le Tribunal des Prud'hommes,

#### **Au fond :**

Annule ledit jugement.

#### **Et statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_ le montant brut de CHF 242,35 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 17 avril 2008.

Condamne E\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_ le montant net de CHF 500.- plus intérêts moratoires à 5% dès le 31 mai 2008.

Invite la partie qui en a la charge à effectuer les déductions sociales et légales.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffier de juridiction

La présidente