



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21288/2010-5

CAPH/161/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

du 14 SEPTEMBRE 2012

Entre

A_____ (SWITZERLAND) SA, ayant son siège à Zurich, prise tant pour elle-même que pour sa succursale de Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 21 avril 2011 (TRPH/257/2011), comparant par M^e Fidèle JOYE, avocat, rue Général-Dufour 15, Case postale 5058, 1211 Genève 11, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

B_____, domiciliée à Pully, intimée, comparant par M^e Cyrille TARDIN, avocat, rue de la Coulouvrenière 29, Case postale 3304, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

EN FAIT

A. Par jugement rendu le 21 avril 2011 communiqué aux parties par pli recommandé du greffier du 26 avril 2011, le Tribunal des prud'hommes a, statuant contradictoirement et en premier ressort :

1. déclaré irrecevable la demande formée le 14 septembre 2010 par B_____ contre A_____ (Switzerland) SA en tant qu'elle conclut d'une part, au paiement aux organismes concernés des charges sociales employé - employeur sur les sommes allouées dans le présent jugement, ainsi que, d'autre part, à la fourniture d'un décompte détaillé prouvant lesdits versements ;
2. déclaré la demande recevable pour le surplus ;
3. condamné A_____ (Switzerland) SA à verser à B_____ la somme nette de 3'228.45 fr. (trois mille deux cent vingt-huit francs et quarante-cinq centimes), plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 14 septembre 2010 ;
4. condamné A_____ (Switzerland) SA à payer à B_____ la somme brute de 35'868.55 fr. (trente-cinq mille huit cent soixante-huit francs et cinquante-cinq centimes) avec intérêts à 5% l'an dès le 14 septembre 2010 ;
5. invité A_____ (Switzerland) SA à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;
6. dit qu'il ne sera perçu ni frais, ni dépens ;
7. débouté les parties de toute autre conclusion.

B. Par acte déposé le 31 mai 2011 au greffe de la Cour de justice, A_____ (Switzerland) SA (ci-après A_____) interjette appel de ce jugement. Elle conclut à l'annulation du jugement en tant qu'il condamne A_____ à verser à B_____ la somme brute de 35'868.55 fr., plus intérêts à 5% dès le 14 septembre 2010. Les chiffres 3 et 5 du jugement ne sont pas querellés.

En résumé, l'appelante soutient que l'employeur n'était pas en demeure d'accepter le travail, l'incapacité de travailler de l'intimée n'étant pas imputable à A_____. L'appelante prétend que le salaire journalier dû à l'intimée en cas d'empêchement de travailler est de 112 fr. brut et non de 671.94 fr. brut. Enfin, l'appelante affirme que l'indemnisation des vacances a été valablement comprise dans le salaire global payé à l'intimée.

C. L'intimée a déposé sa réponse le 7 juillet 2011 et conclut à la confirmation du jugement. Elle soutient que l'employeur était en demeure pendant les empêchements de travailler de l'employée, que le salaire journalier était de 671.94 fr. brut, et non de 112 fr. brut, salaire minimum prévu dans le contrat cadre, et que l'indemnisation des vacances en pourcentage n'était pas suffisamment précise pour valoir décharge de l'obligation de l'employeur de payer les vacances non prises.

-
- D.** A_____ est une société anonyme dont le siège est à Zürich qui exploite une succursale à Genève et dont le but social est la prestation de conseils et de services en matière de technologie de l'information.
- E.** Le 1^{er} janvier 2008, est entré en vigueur un contrat entre A_____ et C_____ SA (ci-après: C_____) intitulé "*Master Services Agreement*". Par ce dernier, A_____ s'est engagé à fournir du personnel à C_____ à Genève, de mission en mission. La date de signature effective du contrat n'est pas connue.
- F.** Un contrat de base a ensuite été conclu entre A_____ et B_____, intitulé "*Framework contract for temporary employment*". Ce document ne porte ni signature, ni date. Il prévoit quelques éléments topiques (traduction non littérale de la Cour) :
- "Art. 2.1 Salaire
L'employé reçoit un salaire minimum brut de 112.- fr. par jour.
Le salaire spécifiquement applicable est défini dans le contrat de mission.
- Art. 2.7.1 Vacances
L'employé a droit en principe à 4 semaines de vacances (...). Pour une année incomplète, le droit aux vacances est calculé *pro rata temporis*.
- A cause de la nature générale des missions, de l'irrégularité des missions et/ou de leur durée courte, le salaire stipulé à l'art. 2.1 inclut un supplément destiné à indemniser l'employé pour les vacances et les jours fériés officiels. Jours fériés officiels et vacances ne donnent donc pas lieu au paiement d'un salaire sauf si cela a été expressément demandé et approuvé par le client.
- Art. 3.3 Time-sheets
L'employé doit être à jour dans ses time-sheets à la fin de chaque mois, ou selon les directives de l'employeur, et doit les soumettre à l'approbation et à la signature d'un signataire autorisé de la société cliente.
- Art. 3.4 Déductions relatives à la sécurité sociale
Les déductions suivantes sont opérées sur le salaire brut : 2^{ème} pillier / Fonds de pension (BVG/LPP) : selon le fond de pension".
- Les quatre contrats conclus ensuite par les parties renvoyaient expressément au contrat cadre A_____, lequel faisait partie intégrante des contrats de travail.
- G.** Dans ce cadre, B_____ a été engagée par A_____ pour la période du 31 mars jusqu'au 30 juin 2009 (trois mois) pour fournir ses services à C_____ à Genève, en tant que « *business analyst* ». Le contrat prévoyait un temps de travail de 40 heures par semaine et un salaire journalier brut de 671.94 fr. Le contrat était prévu pour une durée de trois mois et pouvait être résilié avec un préavis de 10 jours.
- H.** A_____ et B_____ ont signé un deuxième contrat de travail temporaire pour la période du 1^{er} juillet au 24 septembre 2009 (trois mois) pour que cette dernière continue de fournir ses services à C_____ à Genève. Les termes du deuxième contrat étaient identiques à ceux du premier.
- I.** Un troisième contrat de travail temporaire a été signé entre A_____ et B_____ pour la période du 25 septembre au 25 décembre 2009 (trois mois) pour que cette dernière
-

continue à fournir ses services à C_____ à Genève. Les termes du troisième contrat étaient identiques à ceux des deux précédents, à l'exception du délai de résiliation qui était passé à « un mois de délai par écrit pour chacune des parties ».

- J.** Un quatrième et dernier contrat de travail temporaire a été signé entre A_____ et B_____ pour la période du 16 décembre 2009 au 31 décembre 2010 (12 mois et demi) pour que cette dernière continue de fournir ses services à C_____ à Genève. Les termes du quatrième contrat étaient identiques à ceux du premier.
- K.** Les *time-sheets* mensuels de B_____, contresignés pour approbation par C_____, ont été remis chaque mois à A_____.
- L.** Du 1^{er} octobre au 6 novembre 2009 inclusivement, B_____ a été empêchée de travailler en raison de la non activation de son badge d'accès au travail par C_____ pour des raisons dites de sécurité.

L'intimée dit s'être présentée à son poste de travail le 29 septembre et avoir essayé d'avoir à plusieurs reprises une réponse de son superviseur qui lui a affirmé qu'il allait faire le nécessaire. Elle s'est rendue normalement au travail le lendemain 30 septembre. Son badge n'ayant toujours pas été activé, son superviseur lui a affirmé qu'il lui donnerait des nouvelles. B_____ affirme que ce n'est que le 12 octobre qu'elle a pu joindre D_____ de A_____ pour l'informer du problème. Cette dernière a reconnu avoir eu connaissance du problème le 9 octobre. Tandis que l'intimée dit s'être tenue à disposition et prétend que D_____ lui a demandé de rester à la maison en attendant des nouvelles, cette dernière affirme n'avoir donné aucune instruction à B_____.

- M.** D_____ a indiqué au Tribunal que A_____ a rencontré d'autres problèmes avec C_____ pendant la même période "avec les prolongations de contrats qui n'étaient pas faites à temps". Finalement, l'intimée a pu reprendre son travail le 9 novembre 2009.
- N.** Du 4 au 12 janvier 2010 inclusivement, B_____ a de nouveau été empêchée de travailler en raison d'une non activation par C_____ de son badge d'accès. Elle dit avoir reçu le 3 janvier 2010 un SMS de son superviseur E_____, lui indiquant que la "paperasse" n'était pas faite et qu'elle ne pouvait pas commencer à travailler le 4 janvier. L'intimée soutient avoir appelé D_____ le 4 janvier, qui lui a suggéré de rester à la maison. A_____ a reçu le 7 janvier un courriel de B_____ rappelant les difficultés rencontrées. F_____, gestionnaire du département contrats auprès de A_____ a indiqué au Tribunal que le contrat entre A_____ et C_____ n'avait pas été signé suite à un "désaccord sur certaines clauses". L'accès à son poste de travail a été autorisé à l'intimée à compter du 13 janvier 2010.
- O.** Le 24 mars 2010, le badge d'accès de l'intimée a été désactivé par C_____. L'intimée a résilié le 9 avril 2010 son contrat de travail avec effet immédiat, résiliation acceptée par A_____ le 19 avril 2010, avec effet rétroactif au 23 mars 2010.

P. B_____ n'a pas été rémunérée durant les jours où elle a été empêchée d'accéder à son poste de travail, par suite de désactivation provisoire ou définitive de son badge d'accès dans les bâtiments de C_____.

Q. B_____ a reçu régulièrement des bulletins de salaire mentionnant une ligne spéciale dite "indemnité de vacances" et calculée en francs.

Le calcul de l'employeur consiste à comprendre dans le salaire brut l'indemnité vacances. Le résultat de la soustraction entre le salaire brut et l'indemnité vacances à 7.68% additionné d'un pourcentage de 8.33% aboutit au salaire brut contractuel. En d'autres termes, le salaire brut auquel est ajoutée une indemnité vacances de 8.33% aboutit au total de 671,94 fr.

Les bulletins de salaire n'ont jamais été contestés par B_____.

Elle dit n'avoir pris qu'un jour de congé soit le 13 novembre 2009 et n'a pas été rémunérée pendant ce jour de repos.

R. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 septembre 2010, B_____ a assigné A_____ en paiement de 39'097 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le jour du dépôt de la demande. Ladite somme se décompose comme suit :

- 3'228.60 fr. net à titre de retenues LPP illicite ;
- 23'883.25 fr. brut à titre de salaires ;
- 11'984.90 fr. brut à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris en nature.

B_____ a également conclu à la délivrance d'un certificat de salaire pour 2010 et à ce que les frais selon l'art. 78 LJP soient mis à la charge de A_____.

S. Les deux audiences de conciliation des 15 octobre 2010 et 29 novembre 2010 n'ont pas permis de trouver une solution. L'appelante a déposé son mémoire réponse le 29 décembre 2010. Le Tribunal des prud'hommes a entendu les parties le 8 février 2011 de même que les témoins D_____ et F_____. A l'issue de l'audience, les parties ont renoncé à l'audition de témoins supplémentaires. Le Tribunal a rendu le jugement querellé par l'appelante.

T. La Chambre des prud'hommes a tenu une audience le 30 mai 2012. Elle a entendu B_____, G_____ et H_____.

EN DROIT

1. Déposé contre une décision finale, dans le délai de trente jours prévu par la loi, l'appel est recevable (art. 308 et 311 CPC).

Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO, si fait que la Chambre des prud'hommes est compétente à raison de la matière. Elle est également compétente à raison du lieu, dès lors que l'employée accomplissait habituellement son travail à Genève (art. 404 al. 2 CPC et 34 al. 1 CPC).

-
2. L'appel ne porte plus sur les sujets concernés par les chiffres 1 et 3 du dispositif du jugement.
 3. Le Tribunal a condamné l'appelante à payer à l'intimée 24'189,84 fr. (réduit aux conclusions inférieures de l'intimée). Le Tribunal a considéré qu'il résultait de l'art. 324 al. 1 CO que le risque de l'entreprise incombait à l'employeur et non pas au travailleur et que l'employeur, en demeure de fournir la prestation de travail, restait comptable de la dette de salaire.
 - 4.a. Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (art. 324 al. 1 CO). Il découle de la simple lecture de cette disposition que le salaire reste dû dans deux hypothèses, soit si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail, soit s'il se trouve en demeure de l'accepter. La doctrine définit la demeure de l'employeur comme la circonstance dans laquelle il refuse la prestation régulièrement offerte par le travailleur (Wyler, Droit du travail 2002, p.138 et ss).

Le Tribunal fédéral confirme qu'il résulte de l'art. 324 al. 1 CO que le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (ATF 125 III 65 consid. 5).

A juste titre, l'intimée rappelle qu'elle n'était liée par aucune relation de travail avec C_____ SA. Son contrat la liait exclusivement à A_____.

La doctrine assimile au cas de demeure de l'art. 324 al. 1 CO les situations dans lesquelles l'exécution du travail est devenue objectivement impossible. Or, le risque d'inactivité ou sous-occupation du personnel, notamment en raison du retrait d'un mandat, appartient typiquement à l'employeur (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6ème édition 2006 n°5 ad. art. 324 CO ; Thévenoz, le Travail intérimaire, Thèse Genève, 1987, n°780).

La survenance de ce risque n'est donc pas un motif légitime de refuser la prestation du travailleur et l'employeur se trouve objectivement en demeure d'acceptation (ATF 119 V 46 considérant 1b). L'agence de travail intérimaire ne saurait faire valoir que l'entreprise utilisatrice a résilié la mise à disposition après la conclusion du contrat de travail, mais avant le début de la mission (Thévenoz, op. cité n°640). L'entreprise utilisatrice n'est pas partie au contrat de travail ; elle ne saurait dès lors avoir de pouvoir direct sur son existence (ATF 129 III 124 considérant 3.3, Thévenoz op. cité n° 716 et 785).

Il ressort de ce qui précède que l'inoccupation de l'intérimaire qui ressortit au risque de l'employeur entraîne une mise en demeure objective.

- 4.b. Il n'a pas été contesté par l'appelante que le badge d'accès de l'intimée aux locaux de C_____ a été désactivé du 1er octobre 2009 au 6 novembre 2009, du 4 janvier 2010

au 13 janvier 2010 et du 23 mars 2010 au 6 avril 2010. Objectivement, l'intimée ne pouvait pas avoir accès à son poste de travail.

Le dossier ne démontre aucunement que ces désactivations de badge aient eu un lien avec la qualité du travail de l'intimée. Elles ont résulté manifestement de circonstances administratives entre A_____ et C_____. L'appelante a reconnu (par son représentant) le 8 février 2011 qu'au moment où le dernier contrat de mission avait été signé avec l'intimée, le contrat principal entre A_____ et C_____ n'avait pas encore été finalisé. Le représentant de A_____ évoque des questions de "paperasse". De même, D_____ a reconnu que le problème n'était pas isolé et que des situations parallèles étaient intervenues avec C_____, les prolongations de contrat n'étant pas "faites à temps". Du fait de C_____ ou de A_____, il apparaît que l'employeur n'a pas accompli tous les actes préparatoires qui lui incombent pour permettre la bonne exécution du contrat de travail (Brünner, Waeber, Bühler, Commentaire du contrat de travail, 3ème édition, Lausanne 2004, p. 105).

- 4.c.** Le dossier ne démontre pas non plus que l'intimée ne se soit pas présentée à son poste de travail. Lors de la première interruption, l'intimée s'est rendue à son travail le 30 septembre 2009, sans succès. Elle a appelé régulièrement son superviseur E_____. D_____, représentante de l'appelante, a été informée le 9 octobre, et elle n'a donné aucune instruction particulière à l'intimée. Ni l'employeur, ni son co-contractant C_____ n'ont exigé que l'intimé exécute sa prestation de travail d'une autre manière ou dans un endroit différent.

Pour la deuxième suspension, l'intimée dit avoir reçu le 3 janvier 2010 un SMS de E_____ lui indiquant que "la paperasse" n'était pas faite et qu'elle ne pourrait pas commencer le 4 janvier. L'intimée explique que D_____ lui a demandé de rester à la maison. F_____, représentante de l'appelante, a reçu un courriel de l'intimée le 7 janvier 2010 et le badge a pu être réactivé le 12 janvier 2010.

Quand à la désactivation définitive intervenue le 24 mars, l'appelante ne conteste pas l'impossibilité objective pour l'intimée de fournir sa prestation de travail.

- 4.d.** Il résulte de ce qui précède que l'appelante s'est retrouvée en demeure de fournir une prestation de travail qui n'a pu être mise en œuvre par l'intimée pour une cause objective ne dépendant en aucune manière de sa propre prestation. L'art. 324 al. 1 CO s'applique et le salaire est dû par l'appelante pour tous les jours non travaillés par l'intimée, sans faute de sa part.

- 4.e.** Se fondant sur le salaire journalier figurant sur les bulletins de salaire, soit 671,94 fr. brut, le Tribunal a calculé sur cette base la somme due à l'intimée. L'appelante soutient que l'indemnisation doit être calculée sur la base d'un salaire journalier de 112 fr. résultant du contrat cadre conclu entre A_____ et B_____ (ch. 2.1).

Ce contrat cadre fixe un salaire minimum. Le même contrat cadre prévoit très précisément que le salaire spécifiquement applicable est défini dans le contrat de mission (art. 2.1). Or, les contrats de mission signés entre les parties définissent clairement un salaire brut journalier de 671,94 fr. Le raisonnement de l'appelante est

incompréhensible, l'art. 324 al. 1 CO impliquant le versement du salaire contractuel et non d'un substitut ou d'une partie d'icelui.

4.f. La Cour confirmera donc le calcul du Tribunal déterminant un montant brut de 24'189,84 fr. dû à l'intimée.

5.a. Le Tribunal a accordé à l'intimée une somme de 12'927,44 fr. (réduite au montant résultant de ses conclusions) à titre de salaire dû pour les vacances.

Selon l'art 329a al. 1 CO, l'employeur doit accorder au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances. Pour le calcul de l'indemnité vacances, l'employeur doit se baser sur le rapport existant entre le nombre de semaines de vacances et le nombre de semaines travaillées dans l'année. Il faut ainsi ajouter 8.33% ($4/48 \times 100$) du revenu mensuel brut pour un travailleur bénéficiant de quatre semaine de vacances par année (Brunner, Bühler, Bruchez, Waeber, Commentaire du contrat de travail, troisième édition 2004, p. 163; Cerottini, Le droit aux vacances, 2001 p. 183 ; Duc et Subilia. Droit du travail, nouvelle édition 2010, p. 366; Wyler, Droit du travail, deuxième édition 2008, p. 353).

A teneur de l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances (lorsque ces dernières sont effectivement prises). L'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global est toutefois admissible dans des situations très particulières ; tel sera par exemple le cas d'un travailleur à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement, d'un travailleur intérimaire (ATF 118 II 136, consid. 3b ; ATF 116 II 515, consid. 4a ; ATF du 6 août 1992 en la cause 4C.18/1992, publié in SJ 1993 355, consid. 2a ; ATF 107 II 430, consid. 3a ; Message du Conseil fédéral, FF 1982 III, p. 210 ; Stachelin, Zürcher Kommentar, n. 15 *ad art. 329d* CO ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 15 *ad art. 329d* CO et Basler Kommentar, n. 2 *ad art. 329d* CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 9 *ad art. 229d* CO), ou encore d'un travailleur au service de différents employeurs simultanément (Rehbinder, Berner Kommentar, n. 15 *ad art. 329d* CO). Dans de tels cas en effet, il peut être très difficile pour l'employeur de calculer en cours d'année le montant du salaire afférent aux vacances, afin de le verser au moment où elles sont prises (ATF du 7 juillet 2003 en la cause 4C.90/2003, consid. 2.3).

5.b. L'intimée a été au bénéfice de plusieurs contrats de travail intérimaires.

Rien au dossier n'indique que cette forme contractuelle ait voulu éluder les droits et obligations tirées d'un contrat de durée indéterminée. La Cour considère que la première condition exigée par le Tribunal fédéral (travailleur intérimaire) est réalisée. Il faut ensuite examiner et étudier les exigences formelles en la matière.

La doctrine s'exprime de façon nuancée. Pour WYLER, il faut que le contrat de travail mentionne clairement le système adopté et indique en prorata ou en montant, la somme affectée aux vacances. Cette première exigence vaut si le contrat est passé en la forme écrite. WYLER dit également que les décomptes de salaires doivent mentionner de manière différenciée la part du salaire global destiné à indemniser les vacances. L'indication doit porter sur le montant (WYLER, le Contrat de travail,

p. 356 et 357). AUBERT est plus nuancé. Il explique que le Tribunal fédéral a renoncé à l'application des conditions formelles lorsque l'employeur parvient à démontrer que l'employé, en faisant preuve de l'attention que l'on est en droit d'attendre de lui, tant au moment de la conclusion du contrat que lors de la réception de chaque décompte de salaire, connaissait ou devait connaître le supplément en chiffres ou en pourcents servant à la rémunération des vacances (Commentaire romand, ad. art. 329d ch. 4).

5.c. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe (auquel se réfère Aubert dans le Commentaire romand) retenant que la prétention du salarié doit être rejetée, si l'employeur démontre que le travailleur était au courant du mode de calcul utilisé pour le paiement du salaire, autrement dit qu'il connaissait la part en chiffre ou en pourcents servant à la rémunération des vacances. Dans cet arrêt 116 II 515 consid. 4b, le Tribunal fédéral a évoqué deux jugements non publiés des 25 novembre 1987 et 30 novembre 1988, fondés sur une analyse du principe de la confiance. Le fait que le travailleur puisse clairement se rendre compte – en faisant preuve de l'attention requise tant lors de la conclusion du contrat, que sur la base de chaque décompte de salaire – qu'un supplément lui est versé à titre de montant afférent aux vacances et quelle en est l'importance, supprime sa prétention. Tel sera le cas lorsque le supplément salaire apparaît comme tel par l'indication d'un montant déterminé ou d'un pourcentage.

5.d. La jurisprudence topique du Tribunal fédéral postérieure à cet arrêt de principe est la suivante :

Dans un arrêt 4C.301/2001, le Tribunal fédéral a constaté que le contrat était oral et que les fiches de paie ne mentionnaient pas séparément le salaire afférent aux vacances. Citant la jurisprudence de principe énoncée ci-dessus, le Tribunal fédéral a donné raison à l'employé dès lors que les bulletins de salaire ne mentionnaient pas la part du salaire afférent aux vacances.

Dans un arrêt 4C.90/2003, le Tribunal fédéral a constaté que le contrat de travail était écrit et mentionnait un pourcentage à titre d'indemnités de vacances. Les décomptes de salaire contenaient aussi un poste distinct et le Tribunal fédéral a débouté l'employé de sa prétention.

L'arrêt 4C.78/2003 évoque une situation dans laquelle le contrat était écrit. Par contre, il ne mentionnait pas que la rémunération salariale intégrait une indemnité afférente aux vacances. Aucune indication n'est donnée dans cet arrêt sur l'existence de décomptes de salaires. Le Tribunal fédéral a donné raison à l'employé.

Dans un arrêt 4C.328/2004, la Haute Cour a constaté que le contrat a été conclu par écrit, et qu'il prévoyait une indemnité (provision) comprenant l'indemnité vacances sans mentionner de chiffres ou de pourcentage. Les relevés de comptes établis semestriellement portaient une rubrique vacances en chiffres. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que la forme écrite était indispensable, s'agissant d'un contrat

de voyageur de commerce. Le contrat ne prévoyait pas expressément la part précise de l'indemnité vacances et l'employé a eu gain de cause.

Dans la cause 4C.147/2005, le Tribunal fédéral a examiné une relation contractuelle écrite. La part d'indemnité vacances, jours fériés, et 13ème salaire était fixée à 24,72 %. Le prorata exact afférent aux vacances n'était pas mentionné et les décomptes de salaires mensuels ne mentionnaient pas non plus le prorata pour les vacances. L'employé a eu gain de cause.

Dans un arrêt 4C.66/2006, il a été retenu que le contrat ne contenait aucune clause au sujet des vacances et le Tribunal fédéral a donné raison à la thèse de l'employé.

Dans l'arrêt 4A_478/2009, les parties n'étaient pas liées par un contrat écrit, mais les bulletins de salaire établis chaque mois mentionnaient le salaire brut et une indemnité de vacances correspondant à 8,33 % de ce salaire. Le Tribunal fédéral a donné raison à l'employeur en se satisfaisant de la situation découlant des décomptes de salaires, puisque le contrat de travail n'avait pas été conclu par écrit.

Enfin, le dernier arrêt 4A_463/2010 évoque un contrat écrit prévoyant un salaire comprenant l'indemnité pour les vacances et les jours fériés. L'arrêt ne permet pas de comprendre s'il a existé des décomptes de salaires. Le Tribunal fédéral a donné raison à l'employé, insistant sur le fait que le salaire horaire brut de 35 fr. "y compris une indemnité pour vacances et jours fériés" ne permettait pas de comprendre quelle était la part du salaire correspondant à l'indemnisation des vacances.

En résumé, la Cour constate que le Tribunal fédéral a forgé en premier lieu une jurisprudence appliquant le principe de la confiance, qu'il a réitérée, en tout cas à une reprise (arrêt 4A_478/2009), lorsque le contrat de travail est conclu par oral. Sans beaucoup de justification, le Tribunal fédéral semble vouloir fixer des conditions plus strictes lorsque le contrat de travail est écrit.

- 5.e.** En l'espèce, la Cour relève que le contrat cadre prévoit sous chiffre 2.7.1 que le salaire fixé en clause 2.1 inclut un supplément pour compenser le droit aux vacances du salarié fixé à 4 semaines, que les contrats particuliers (*project contracts*) ne mentionnent que le salaire brut sans distinction (671,94 fr.) et que les bulletins de salaire mentionnent en une ligne spéciale un poste "indemnité de vacances" calculé en francs.

De fait, le calcul de l'employeur consiste à comprendre dans le salaire brut l'indemnité vacances. Le résultat de la soustraction entre le salaire brut et l'indemnité vacances à 7,68 % additionnés d'un pourcentage de 8,33 % aboutit au salaire brut contractuel. En d'autres termes, le salaire brut auquel est ajoutée une indemnité vacances de 8,33 % aboutit au total de 671,94 fr.

Certes le montant attribué aux vacances (en francs ou en pourcentages) n'est pas mentionné dans le contrat. Par contre, l'intimée ne peut pas avoir ignoré la calculation de l'employeur résultant premièrement du contrat cadre expliquant que le salaire actuel inclut un supplément pour 4 semaines de vacances et, deuxièmement, des

bulletins de salaire permettant de comprendre que le salaire brut additionné d'une indemnité vacances de 8,33 % aboutit à un total journalier de 671,94 fr.

L'intimée, engagée de surcroît comme *business analyst*, peut difficilement soutenir n'avoir pas compris la calculation de l'employeur, ne l'ayant d'ailleurs absolument pas contestée pendant toute la durée des rapports de travail.

- 5.f.** La Cour considère que le principe de la confiance évoqué par le Tribunal fédéral dans la première jurisprudence de principe citée (5d) est fondamental au droit des contrats. La différence qui semble être mise en œuvre parfois par le Tribunal fédéral entre les contrats écrits (qui doivent être très précis concernant la part due pour les vacances) et les contrats oraux (dont, par définition, la preuve est difficile à apporter) crée une distinction, dont la motivation n'est pas lumineuse. L'ajout d'une condition formelle supplémentaire pour les contrats écrits ne peut être tirée de la loi et paraît disproportionnée à la défense des intérêts du travailleur.

De deux choses. L'une, le travailleur a pu comprendre, par un document suffisamment clair, quel était le montant versé à titre d'indemnité vacances et la somme ne peut plus être réclamée.

L'autre, le travailleur n'a pas pu comprendre le montant affecté aux vacances et sa créance reste ouverte. L'esprit qui doit fonder l'application du droit consiste à protéger le travailleur qui doit savoir quel est le montant qu'il doit épargner pour financer son repos (Philippe CARUSO, le Contrat de travail, p. 381).

A la lecture des décomptes de travail, l'intimée a compris qu'elle recevait l'indemnité pour ses vacances. Dès lors que la condition fixée par le Tribunal fédéral dans la deuxième jurisprudence (mention dans le contrat de travail de la part due pour les vacances) ne repose pas dans la loi, condamner l'employeur à verser le même montant une deuxième fois entraînerait manifestement l'enrichissement illégitime de l'employée, qui recevrait deux fois le même montant pour la même cause.

Le jugement du Tribunal devra donc être revu, l'intimée ayant été dûment indemnisée du chef des vacances prises. Moyennant l'octroi des montants totaux dus pour les jours non travaillés, l'intimée aura reçu une indemnisation complète pour ses vacances.

- 6.** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les procédures régies par la maxime des débats, lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes, le Tribunal, partant la Cour, ne sont liés que par le montant total réclamé, si bien qu'ils peuvent allouer davantage pour un des éléments de la demande, et moins pour un autre (ATF 119 II 396)

En l'espèce, le total des prétentions réclamées en première instance par l'intimée s'élevait à 39'097 fr. Le Tribunal a alloué à l'intimée la somme nette de 3'228,45 fr. (chiffre 3 du dispositif non contesté), la marge de condamnation restante est donc de 35'868,55 fr.

A_____ sera donc condamnée à verser à B_____ la somme de 24'189,84 fr., plus intérêts à 5 % l'an dès le 14 septembre 2010.

7. Il n'est pas perçu de frais judiciaires dans les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse n'excède pas fr. 30'000 (art. 114 lettre c CPC). Le montant auquel est finalement condamnée l'appelante est inférieur à ce chiffre.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ (Switzerland) SA contre le jugement TRPH 257/2011 rendu le 21 avril 2011 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/21288/2010-5.

Au fond :

Annule le jugement en tant qu'il a condamné l'appelante à verser à l'intimée la somme de 12'927,44 fr. à titre d'indemnité vacances.

Modifie donc le chiffre 4 du dispositif et condamne A_____ (Switzerland) SA à payer à B_____ la somme brute de 24'189,84 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} septembre 2010.

Confirme le jugement pour le surplus.

Siégeant :

Monsieur Philippe JUVET, président; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur, Monsieur Laurent NEPHTALI, juge salarié; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.