REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4215/2018-5 **CAPH/21/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 4 FEVRIER 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, France, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 mars 2020 (JTPH/101/2020), comparant par M^e^ Christian BRUCHEZ, avocat, WAEBER AVOCATS, rue Verdaine 12, case postale 3647, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____ [GE], intimée, comparant par M^e^ Hervé CRAUSAZ, avocat, Chabrier Avocats SA, rue du Rhône 40, case postale 1363, 1211 Genève 1, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 8 février 2021.

EN FAIT

A. Par jugement du 12 mars 2020 JTPH/100/2020, aux termes de son dispositif, le Tribunal des prud'hommes a renoncé à l'audition du témoin Madame C_____ (ch. 1), a déclaré recevables les pièces déposées par Madame A_____ le 15 octobre 2019 (ch. 2), déclaré recevable l'amplification de sa demande formée le 11 juillet 2019 (ch. 3), déclaré pour le surplus recevable sa demande formée le 6 août 2018 à l'encontre de B_____ SA (ch. 4), et déclaré recevable la demande reconventionnelle de cette dernière formée le 18 novembre 2018 à l'encontre de Madame A_____ (ch. 5).

Au fond, le Tribunal des prud'hommes a débouté Madame A_____ et B_____ SA de toutes leurs conclusions (ch. 6 et 7). Il arrêté les frais de la procédure relative à la demande reconventionnelle à CHF 1'180.-, les a mis intégralement à la charge de B_____ SA (ci-après : « B_____ » ou « l'intimée »), les a compensés intégralement avec l'avance de frais de cette dernière, a dit qu'il n'était pas alloué de dépens et a, pour le surplus, débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8 à 12).

a. Aux termes de ses considérants, le Tribunal des prud'hommes a débouté Madame A_____ (ci-après : « Madame A_____ » ou « l'appelante ») de sa prétention en paiement de CHF 44'149.90.- brut avec intérêts à 5% l'an dès le 30 avril 2015 à titre de salaire pour les heures de disponibilité, pour les gardes et le travail effectué les dimanches et jours fériés. Selon plusieurs témoignages, la disponibilité à brève échéance des D_____ [praticiens d'une approche thérapeutique non conventionnelle] assistants les empêchaient de planifier des activités personnelles.

Toutefois, il ressortait explicitement du contrat de travail qu'il n'était pas demandé à la [praticienne] D_____ assistant de rester sur le lieu de travail en permanence, mais il devait être joignable et en mesure de prendre en charge un patient trente à soixante minutes après l'appel de son employeur durant les heures d'ouverture. Les tâches administratives de secrétariat faisaient également partie de ses obligations contractuelles, conformément à sa position hiérarchique dans l'entreprise. En outre, le contrat de travail stipulait expressément que la [praticienne] D_____ assistant était rémunéré à la commission, représentant un pourcentage des honoraires facturés aux clients, et que son salaire comprenait la rémunération du service de garde et pour le temps de mise à disposition. Il était également prévu contractuellement que les heures supplémentaires n'étaient pas rémunérées mais devaient être prises en temps libre. S'agissant de la réclamation en supplément de salaire pour les heures effectuées le dimanche et jours fériés, le caractère non régulier et nécessaire d'un tel travail compte tenu du but de la permanence et le temps consacré durant ces périodes était majoré par la

rémunération à un taux de 50%, conformément aux dispositions légales, ce qui avait été confirmé par les déclarations des parties et par divers témoignages.

b. La conclusion en paiement de la somme brute de CHF 26’286.- avec intérêts à 5% l’an dès le 19 avril 2017, à titre de salaire afférent aux vacances, devait être rejetée.

En effet, le salaire de l’appelante consistait en un pourcentage des honoraires encaissés dans le cadre des consultations avec les patients. Le nombre de consultations avec ces derniers pouvait être variable, de sorte qu’il convenait de retenir que l’occupation de la [praticienne] D_____ assistant était irrégulière. Par ailleurs, le contrat stipulait explicitement qu’une indemnité de vacances à hauteur de 8,33% du salaire brut était versée à l’employé. Dans ces conditions, la dérogation prévue par la jurisprudence fédérale, à savoir l’inclusion de l’indemnité de vacances dans le salaire total de l’employé, était valable, de sorte que Madame A_____ n’était pas fondée à réclamer le paiement d’une indemnité relative au salaire afférent aux vacances.

c. Ses prétentions en paiement de la somme de CHF 12'238.50 net avec intérêts moratoires à 5% l’an dès le 10 décembre 2016 à titre d’indemnité pour atteinte à sa santé, à savoir un montant correspondant à CHF 5'000.- d’indemnité pour tort moral, CHF 2'129.30.- pour les frais médicaux non remboursés par les assurances et CHF 5'109.20 pour la perte de salaire durant l’arrêt de travail pour cause de maladie, ainsi que la somme de EUR 390.- net, à titre de remboursement de frais médicaux non remboursés, devaient être rejetées.

L’instruction de la cause et les divers témoignages ont permis d’établir que l’appelante ne travaillait non pas douze heures par jour, mais devait assurer un certain nombre d’heures de disponibilité quotidienne. Lors de l’enchaînement de semaines de garde de plus de dix jours, le contrat prévoyait expressément des jours de récupération, ce qui a été confirmé par un témoignage. De plus, l’imposition de certaines consultations gratuites en cas de maladie de la [praticienne] D_____ assistant a été infirmée par plusieurs témoignages ; à supposer que de telles consultations aient été imposées, leur nombre semblait très peu important, de sorte qu’il ne pouvait en résulter une atteinte à la santé psychique de l’employée. Par ailleurs, il ne ressortait pas de manière évidente de la procédure que les employés avaient été mis sous pression afin de ne pas tomber malade. En tout état, les témoins ne s’accordaient pas à expliquer avoir subi des représailles en raison d’une absence pour cause de maladie ou accident. S’agissant des locaux borgnes et la présence d’appareils de vidéosurveillance, bien que ces éléments soient problématiques, il n’en résultait pas une atteinte à la personnalité d’une intensité particulièrement grave et objective justifiant l’allocation d’une indemnité à ce titre. La situation était devenue extrêmement tendue entre les

employés et le directeur de l'intimée, Monsieur E_____, suite au refus d'inscription aux examens CDS II (Conférence suisse des Directrices et directeurs cantonaux de la Santé) mais auparavant, les relations de travail n'étaient pas particulièrement mauvaises.

Pour ces raisons, à supposer qu'il y ait eu atteinte à la personnalité de l'appelante, il ne pouvait être retenu que cette dernière avait subi un tort considérable se caractérisant par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, ce qui ne ressortait pas de l'instruction de la cause.

d. Les prétentions en paiement de CHF 50'000.- net avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 septembre 2016 à titre de dommages-intérêts pour violation du contrat ainsi que de CHF 2'225.- net avec intérêts à 5 % l'an dès le 27 avril 2017 à titre de remboursement des frais de défense pour la procédure de recours initiée contre la décision de la Commission intercantonale d'examen en D_____ [pratique thérapeutique non conventionnelle] (ci-après : « la Commission d'examen »), devaient également être rejetées.

D'après les pièces versées dans le cadre de la procédure, il ressortait que la Commission d'examen n'avait jamais répondu formellement à B_____ SA pour expliquer sur quelle base légale elle fondait sa pratique, selon laquelle le nombre d'assistants pouvant être supervisé par un [praticien] D_____ certifié devait se limiter à deux. Dans ces circonstances, l'intimée ne pouvait, de bonne foi, pas savoir qu'elle ne disposait pas d'assez de [praticiens] D_____ certifiés pour former les assistants en l'espèce, de sorte que le Tribunal ne pouvait retenir aucune faute à son égard. Les conditions légales pour engager la responsabilité contractuelle de l'intimée n'étant pas réalisées, elle ne pouvait être tenue pour responsable du refus d'admission de l'appelante à la session d'examen CDS II.

e. Par ailleurs, les parties étaient parvenues à un accord quant à la remise d'un certificat de travail conforme aux exigences de formes prescrites par la loi. Dans la mesure où le Tribunal ignorait si B_____ SA l'avait déjà effectivement remis, cette dernière a été condamnée à délivrer à l'appelante un certificat de travail complet au sens de l'article 330a al. 1 CO, selon l'accord des parties convenu lors de l'audience du 15 octobre 2019.

f. S'agissant des conclusions de B_____ SA sur demande reconventionnelle, d'une part, sa prétention en paiement de CHF 46'000.- net à titre de dommages-intérêts pour violation de la clause de non-concurrence et, d'autre part, sa prétention en remboursement d'un montant de CHF 72'000.- net, à titre de frais de formation reçue par l'appelante durant son emploi, ont été rejetées.

Dans la mesure où [l'approche thérapeutique non conventionnelle] D_____ est un domaine dans lequel le travailleur fournit des prestations se caractérisant par ses capacités personnelles, il ne pouvait être retenu la validité et, partant, l'applicabilité de la clause de non-concurrence. De surcroît, compte tenu de l'aspect de formation que comportait le contrat de travail, une telle clause ne saurait exister dans le cas d'espèce.

La résiliation du contrat de travail par Madame A_____ était justifiée, dans la mesure où il ne pouvait lui être reproché d'avoir perdu toute confiance envers son employeur suite au refus de son admission à l'examen CDS II. Dans ce contexte, quand bien même la responsabilité du refus d'admission ne pouvait être imputée à aucune des deux parties, il ne pouvait raisonnablement être exigé de l'appelante de maintenir ses rapports de travail avec son employeur. De plus, contrairement aux allégations de B_____ SA, l'appelante avait en réalité financé sa formation par le versement, à son employeur, d'une large partie des honoraires facturés aux patients. Au surplus, la validité de la clause de remboursement pouvait encore être remise en cause par le fait qu'un des buts du contrat de travail prévoyait que la formation de l'assistant était dispensée par l'employeur, en ce sens il ne saurait être exigé un quelconque remboursement de frais de formation après la fin du contrat.

g. Le jugement du Tribunal des prud'hommes a été notifié aux parties le 12 mars 2020.

B. Par acte adressé à la Chambre des prud'hommes de la Cour de Justice le 12 mai 2020, Madame A_____ a formé appel contre ce jugement, concluant principalement à son annulation et, statuant à nouveau, à ce que B_____ SA soit condamnée à lui verser :

- la somme nette de EUR 390.- à titre de frais médicaux non remboursés et la somme nette de CHF 15'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, ce dernier montant correspondant à : CHF 2'129.- à titre de remboursement de ses frais médicaux non remboursés par les assurances, CHF 2'960.90.- à titre de perte de gain durant son incapacité de travail et CHF 10'000.- à titre d'indemnité pour tort moral (cf. pages 3 et 13, allégué 78, mémoire d'appel).

- la somme nette de CHF 2'225.- avec intérêts à 5% l'an dès le 27 avril 2017, à titre d'honoraires d'avocat engagés dans le cadre du recours formé contre la décision de la Commission intercantonale d'examen en D_____ (pages 3 et 14, allégué 79, mémoire d'appel).

- la somme brute de CHF 1'339.45.- avec intérêts à 5% l'an dès le 30 avril 2015, à titre de salaire pour les heures supplémentaires (pages 3 et 16, allégué 94, mémoire d'appel).

- la somme brute de CHF 22'689.85.- avec intérêts à 5% l'an dès le 19 avril 2017, à titre de salaire afférent aux vacances (pages 3 et 18, allégué 111, mémoire d'appel).

Enfin, elle a conclu à ce que l'intimée soit condamnée en tous les frais de la procédure d'appel et qu'elle soit déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

Premièrement, l'établissement des faits tel que retenu par le Tribunal des prud'hommes est contesté dans la mesure où il s'est majoritairement borné à relater les étapes de la procédure, sans indiquer dans sa partie en fait, les éléments qu'il tenait pour établis. Deuxièmement, le Tribunal a violé les articles 328 et 97 CO *cum* 49 CO, en ce sens qu'il n'a pas constaté que les conditions de travail difficiles étaient, en l'espèce, propres à porter atteinte à la santé de l'employé et qu'aucune mesure n'avait été entreprise par l'intimée ; la portée de l'article 328 CO a été méconnue et les faits de la cause ont été appréciés de manière arbitraire. En refusant d'octroyer une indemnité pour tort moral et de faire droit à ses conclusions en réparation du dommage subi, à savoir le remboursement des frais médicaux et les frais pour perte de gain, le Tribunal a violé l'article 49 CO. Troisièmement, le contrat de travail a été interprété de manière contraire à sa lettre puisque seul le temps de mise à disposition durant le service de garde était inclus dans le salaire mensuel convenu contractuellement. Les heures effectuées durant le service de garde constituaient des heures supplémentaires, lesquels devaient être rémunérées conformément à l'article 321c CO. Dans un dernier grief, Madame A_____ reproche au Tribunal d'avoir violé l'article 329d CO en ce sens que l'une des conditions cumulatives prévues par la jurisprudence fédérale pour inclure exceptionnellement le salaire afférent aux vacances dans la rémunération mensuelle de l'employé, faisait défaut en l'espèce. C'est de manière erronée que les premiers juges ont considéré que son occupation constituait une activité irrégulière dans la mesure où le nombre de consultations avec les patients pouvait être variable.

C. Par réponse adressée à la Cour de céans le 15 juin 2020, B_____ SA a conclu, à la forme, à ce qu'il soit procédé à une nouvelle audition des parties. Au fond, l'intimée a conclu au rejet de l'appel, à la confirmation du jugement attaqué, au déboutement de toutes autres ou contraires conclusions et à ce que Madame A_____ soit condamnée en tous les frais et dépens de l'instance.

Les divers témoignages d'anciens employés de la permanence étaient souvent chargé d'émotions négatives, de rancune et parfois de haine, de sorte qu'ils devaient être retenus avec une très grande circonspection, ce que le Tribunal des prud'hommes avait bien compris, ce qui ressortait en outre de sa pièce n°13 résumant les propos qu'auraient tenus certains employés dans une conversation par messages *AD*_____ [réseau de communication] à l'encontre de Monsieur

E_____. S'agissant du grief invoqué par l'appelante relatif à la rémunération des heures de disponibilité et de garde, le Tribunal s'était, à juste titre, fondé sur les pièces du dossier, à savoir sur le contrat de travail qui définissait les tâches, les horaires et le mode de rémunération, ainsi que sur les agendas produits par les parties et les témoignages, pour parvenir à la conclusion que les prétentions de l'appelante étaient infondées puisqu'il n'avait pas tenu compte des nombreuses heures de récupération accordées. De plus, le Tribunal avait implicitement retenu que l'appelante n'avait pas démontré la réalité de ses calculs. Relativement au grief de violation des articles 328 et 97 CO *cum* 49 CO, les premiers juges avaient, à bon droit, estimé que B_____ SA ne supportait pas la responsabilité des décisions de la Commission d'examen CDS II et que l'appelante avait pu se réinscrire et passer l'examen avec succès. En outre, c'est en pondérant les divers témoignages que le Tribunal était parvenu à la conclusion qu'il n'était pas démontré d'atteinte suffisante, ni de lien de causalité avec l'incapacité de travail de Madame A_____. S'agissant du grief relatif aux vacances, l'intimée a notamment relevé que la rémunération prévue à la commission était un critère révélateur du caractère singulièrement irrégulier de l'activité professionnelle de l'appelante ; le salaire net de Madame A_____ avait grandement fluctué au cours de son emploi, passant – selon les mois – du simple au double proportionnellement au nombre de consultations effectuées. Si le contrat de travail prévoyait certes que l'employé s'organise librement en vue de garantir l'exécution d'un horaire de travail de 42 heures par semaine, cette clause n'enlevait rien au caractère foncièrement irrégulier de l'activité déployée par l'appelante, de sorte que le Tribunal avait, à juste titre, estimé que les conditions d'une dérogation au principe de l'article 329d CO étaient réalisées et qu'il avait écarté les prétentions de Madame A_____. Enfin, l'intimée a renoncé à former appel joint s'agissant de la validité de la clause de non-concurrence, en revanche, elle ne renonçait pas à soulever des prétentions en restitution de l'indu par voie de compensation si, par impossible, la Cour de céans devait admettre certaines des prétentions de l'appelante.

D. Aux termes de sa réplique du 7 juillet 2020, l'appelante a persisté dans l'intégralité de ses conclusions formulées dans le cadre de son appel. La pièce n°13 de l'intimée était un document confectionné par cette dernière ; dite pièce était entièrement contestée, elle ne constituait pas un moyen de preuve recevable et devait être considérée comme un simple allégué d'une partie. Au demeurant, le Tribunal des prud'hommes n'avait pas mentionné la teneur de cette pièce dans le cadre de son jugement. En outre, conformément à la jurisprudence fédérale le seul caractère variable de la rémunération ne peut justifier de déroger au principe du paiement des vacances lors de leur prise effective ; de plus, l'intimée avait admis que Madame A_____ avait travaillé à plein temps soit à hauteur de 42 heures par semaines, tel que cela ressortait également du contrat de travail. Enfin, les faits

invoqués par B_____ SA (n°70-71, mémoire réponse) relatifs à sa prétention en répétition de l'indu étaient des faits nouveaux, irrecevables au stade de l'appel.

E. Par duplique du 31 août 2020, l'intimée s'est brièvement déterminée sur les écritures de réplique susmentionnées. L'appelante faisait preuve de mauvaise foi en invoquant l'irrecevabilité de la pièce n°13 au stade de l'appel, celle-ci n'ayant, au demeurant, pas été contestée en tant que telle ; par ailleurs, plusieurs témoins y faisaient référence dans le cadre des auditions. S'agissant des allégués n°70 et 71, ils n'étaient pas nouveaux mais il s'agissait uniquement d'une précision de calcul.

F. Les faits pertinents suivants ressortent pour le surplus de la procédure :

a. Par contrat de formation et de travail de durée indéterminée signé le 18 septembre 2013, Madame A_____ a été engagée par B_____ SA en qualité de [praticienne] D_____ assistante (pièce 4, dem.). Aux termes du chapitre intitulé « Fonction et descriptif des tâches », le contrat prévoyait que la [praticienne] D_____ assistant était en formation et travaillait ainsi sous la supervision d'un [praticien] D_____ certifié pendant deux ans à 100% ou quatre années à 50% avant de pouvoir se présenter à l'examen intercantonal. La [praticienne] D_____ assistant devait par ailleurs assumer toutes les tâches subalternes à sa position hiérarchique au sein de la permanence, en particulier des tâches de secrétariat, en l'absence de l'assistante administrative, afin de pouvoir exécuter ses prestations de service à la clientèle (pièce 4, dem.).

b. Le salaire mensuel brut était payé à la commission et représentait un pourcentage des honoraires que la [praticienne] D_____ assistant facturait aux clients. Durant la première année des rapports contractuels, ce pourcentage correspondait à 17.5% des honoraires facturés aux clients, puis 20.5% durant la deuxième année et enfin, 23.5% durant la troisième année.

Le salaire mensuel comprenait la rémunération du service de garde, pour le temps de mise à disposition (pièce 4, dem.). En outre, un certain nombre de consultations minimales hebdomadaires étaient attribuées à la [praticienne] D_____ assistant, à savoir 10 consultations par semaine pour un taux à plein temps. En fonction des rendez-vous fixés, la [praticienne] D_____ assistant devait être présent pour assumer ces consultations.

Par ailleurs, le salaire mensuel comprenait une indemnité pour vacances, à hauteur de 8.33% du salaire mensuel brut de base (pièce 4, dem.).

c. S'agissant de la durée du temps de travail, le contrat prévoyait que [la permanence] B_____ était ouverte de 8h00 à 20h00 du lundi au vendredi et offrait des prestations 24 heures/24, 7 jours/7. Il n'était pas demandé à la [praticienne] D_____ assistant de rester en permanence sur son lieu de travail, néanmoins il devait demeurer joignable sur son téléphone portable et être en

mesure de prendre en charge des patients de trente à soixante minutes après l'appel, durant les horaires d'ouverture.

A teneur du contrat, l'employé devait s'organiser librement en vue de garantir l'exécution d'un horaire de travail de quarante-deux heures par semaine (pièce 4, dem.).

Par ailleurs, il pouvait lui être demandé d'effectuer des heures supplémentaires, en cas de besoin, en commençant son activité plus tôt et/ou en la terminant plus tard. En vertu du contrat, les heures supplémentaires n'étaient pas rémunérées et devaient être prises en temps libre.

En outre, la [praticienne] D_____ assistant pouvait être amené à effectuer un service de garde, sur appel téléphonique de 20h00 à 8h00, du jeudi soir dès 20h00 au jeudi matin suivant à 8h00. La semaine précédant son week-end de garde, l'employé avait congé le jeudi. A la suite de sa période de garde, il disposait d'un jour de congé, au minimum. Dans le cas de consultations durant la nuit ou les week-ends, la rémunération de la [praticienne] D_____ assistant était majorée ; en effet, le contrat de travail prévoyait que dans la mesure où les honoraires facturés aux clients en cas d'interventions de nuit ou le week-end, la rémunération de ces interventions de la [praticienne] D_____ assistant était également majorée puisqu'elle constituait un pourcentage des honoraires facturés (pièce 4, dem.).

d. Au mois de juin 2015, Madame A_____ et cinq collègues se sont inscrits à l'examen intercantonal CDS I (fait admis par les parties). Par courrier du 29 juin 2015, la Commission d'examen a informé B_____ SA qu'elle n'admettait pas que plus de deux [praticiens] D_____ assistants à plein temps soient supervisés par un même [praticien] D_____ certifié (pièce 9, dem.). Par courrier et courriel du 30 juin 2015, cette dernière a répondu en sollicitant des explications ou un entretien, et demandant quel était le fondement légal de cette nouvelle pratique sachant que le canton de Genève n'avait pas légiféré en instaurant un nombre maximum (fait admis par les parties ; pièce 11b, déf.). Aucune suite n'a été donnée aux courriers et courriels de B_____ SA (fait admis par les parties ; pièce 11b, déf.).

Par décision du 26 octobre 2015, la Commission d'examen a informé Madame A_____ qu'elle avait réussi la première partie de l'examen, CDS I (fait admis par les parties ; pièce 8 dem.).

e. Selon un procès-verbal de réunion de B_____ SA, il a notamment été rappelé aux collaborateurs qu'un rendez-vous perdu en raison d'un arrêt maladie devait être revu gratuitement par la [praticienne] D_____, s'il ne pouvait être remplacé (pièce 31, dem.).

f. Au mois de juin 2016, Madame A_____ et trois de ses collègues se sont inscrits pour la session d'examen CDS II qui devait se dérouler entre le 16 et le 30 septembre 2016 (fait admis par les parties ; pièce 11 dem.). Le 9 juin 2016, Monsieur E_____ a établi son attestation de supervision au sein de B_____ SA attestant qu'elle avait été supervisée par ce dernier du 1er juillet 2013 au 30 septembre 2014 à 33% et du 1er octobre 2014 au 30 avril 2016 à 100% (pièces 12 à 15, dem.). Par communication du 26 juillet 2016, la Commission d'examen a informé Madame A_____ qu'en raison de contradictions entre les documents produits en lien avec la pratique à titre indépendant au sein de B_____ SA, l'instruction de son dossier d'admission à l'examen se poursuivait et était suspendue dans l'intervalle ; la production de pièces supplémentaires était requise (pièce 16, dem.). Par courrier du 12 août 2016, signé par Madame A_____, B_____ SA a communiqué plusieurs documents, notamment le contrat de travail et décomptes de salaire, à la Commission d'examen (pièce 20, dem.). Entre le 2 et le 7 septembre 2016, plusieurs courriers ont été échangés entre le conseil de B_____ SA – agissant également pour les [praticiens] D_____ assistants – et la Commission d'examen, en vue notamment de contester le refus de leurs inscriptions aux examens CDS II (pièces 21 à 23, dem.). Néanmoins, par décision du 12 septembre 2016, la Commission d'examen a rejeté la requête en admission présentée par Madame A_____ (pièce 25, dem.). Le 13 octobre 2016, elle a formé recours contre cette décision (pièce 29, dem.).

Par communication du 16 janvier 2017, la Commission d'examen a informé B_____ SA qu'elle avait pris acte du fait que Monsieur E_____ disposait d'une autorisation de pratiquer à titre indépendant et qu'elle avait été mal renseignée ; cela ne modifiait pas le résultat des décisions de refus querellées notamment s'agissant du nombre d'assistants pouvant être supervisé (pièce 11a, déf.)

g. Par courrier du 13 janvier 2017, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : « OCIRT ») a adressé une demande de mise en conformité à B_____ SA. Il a notamment été requis qu'elle cesse d'occuper ses collaborateurs le dimanche, les jours fériés et la nuit, qu'elle veille à ce que l'horaire de travail soit conforme aux dispositions légales en matière de durée du travail et de repos, et qu'elle supprime le système de caméra vidéo filmant la réception (pièce 30, dem.). L'OCIRT a également relevé que la plupart des salles de traitements ne bénéficiaient pas de vue directe sur l'extérieur et de lumière naturelle. Par ailleurs, lors du contrôle sur place, B_____ SA a présenté deux futures salles de traitement, donnant sur la rue et pouvant bénéficier d'une lumière naturelle (pièce 30, dem.).

h. Madame A_____ a été en incapacité de travail du 10 décembre 2016 au 16 avril 2017 pour cause de maladie (pièces 33 à 40, dem.).

Le dernier certificat médical établi prévoyait un arrêt de travail jusqu'au 16 avril 2017 inclus (pièce 39, dem.).

Selon le rapport médical établi par le Dr. F_____, psychiatre, le 29 mai 2017, Madame A_____ a été envoyée par son assurance perte de gain pour un suivi-consultation au sein du cabinet G_____ Genève dès le mois de février 2017. Elle était suivie par le Dr. F_____ à raison d'une séance mensuelle et le suivi hebdomadaire était assuré par Madame H_____, psychologue. Madame A_____ a consulté pour un *burnout*, lequel a évolué en dépression « modérée », ainsi que pour des crises de boulimie, d'angoisse et des phobies (pièce 33, dem.).

i.Par courrier du 13 avril 2017, Madame A_____ a résilié avec effet immédiat son contrat de travail et de formation (pièces 41-42, dem.).

j.A compter du 1er mai 2017, Madame A_____ a commencé à travailler en qualité d'assistante en D_____ à 40%, au sein du cabinet de Monsieur I_____, [praticien] D_____ à J_____ [VD] (annexe à la pièce 71, dem.).

Par ailleurs, dès le 1er novembre 2017, elle a commencé à travailler à 20% en tant qu'assistante en D_____ au sein de [la permanence] K_____ à L_____ [VD], sous la supervision de Madame M_____. A compter du 1er septembre 2018, son taux d'activité était de 40%. Le contrat de travail prévoyait une durée indéterminée (annexe à la pièce 71 et pièce 72, dem.).

k. Par requête de conciliation déposée au greffe de l'Autorité de conciliation des prud'hommes le 9 février 2018, Madame A_____ a assigné B_____ SA en paiement des sommes de CHF 153'332.30.- et EUR 390.-. A l'issue de l'audience de conciliation du 16 avril 2018, une autorisation de procéder a été délivrée à la demanderesse.

Par demande ordinaire déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 6 août 2018, Madame A_____ a assigné B_____ en paiement des sommes de CHF 128'322.30.- et EUR 390.-, en sus de différents intérêts moratoires. Elle a en outre conclu à ce qu'un certificat de travail conforme lui soit délivré. La somme précitée se composait comme suit :

- CHF 39'807.80.- brut avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2015 à titre de salaire pour les heures de disponibilité, pour les gardes et pour le travail effectué les dimanches et jours fériés ;

- CHF 26'286.- brut avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 19 avril 2017, à titre de salaire afférent aux vacances ;

- CHF 12'238.50.- net avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, à titre d'indemnité pour tort moral (à savoir : CHF 5'000.-), de frais médicaux engagés et non remboursés par les assurances (à savoir : CHF 2'129.30.-) et perte de salaire durant l'arrêt de travail pour cause de maladie (à savoir : CHF 5'109.20.-);

- EUR 390.- net avec intérêt moratoires à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, à titre de frais médicaux engagés et non remboursés par les assurances ;

- CHF 50'000.- net, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 septembre 2016, à titre de dommages-intérêts pour violation du contrat de travail.

En outre, lors de l'audience du 11 juillet 2019, Madame A_____ a amplifié ses conclusions, en ce sens qu'elle a conclu au versement par B_____ SA d'un montant de CHF 2'225.- avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 27 avril 2017 à titre de frais de défense engagés dans le cadre du recours formé contre la décision du 16 septembre 2016 de la Commission intercantonale d'examen en D_____.

l. Par mémoire de réponse et demande reconventionnelle déposés au greffe le 19 novembre 2018, B_____ a conclu au déboutement de toutes les conclusions de Madame A_____, avec suite de frais et dépens. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu à ce que cette dernière soit condamnée à lui verser un moment de CHF 46'000.- à titre de pénalité pour violation de la clause de non-concurrence et un montant de CHF 72'000.- à titre de remboursement des frais pour la formation reçue durant son emploi.

m. Par mémoire de réponse à la demande reconventionnelle et réplique du 28 janvier 2019, Madame A_____ a persisté dans ses conclusions principales et a conclu au déboutement, avec suite de frais et dépens, de toutes les conclusions reconventionnelles de B_____.

n. Par ordonnance du 13 mai 2019, le Tribunal des prud'hommes a ordonné la jonction de l'instruction de la présente cause avec celle portant le numéro C/1_____/2018, qui opposait Monsieur N_____ à B_____ SA.

o. Le 11 juillet 2019, le Tribunal des prud'hommes a tenu une audience de débats d'instruction, à l'issue de laquelle il a notamment rendu une ordonnance de preuve admettant l'audition des témoins suivants : Madame O_____, Madame P_____, Madame H_____, Monsieur Q_____, Madame R_____, Monsieur S_____, Madame T_____, Monsieur U_____, Monsieur V_____, Dr. W_____, Madame X_____, Madame A_____, Madame C_____, Monsieur Y_____, Monsieur Z_____ et Monsieur AA_____.

Lors de la première audience de débats principaux du 2 octobre 2019, les parties ont confirmé leurs conclusions ainsi que leurs allégués.

p. Au cours des audiences de débats principaux des 2, 8, 9, 14 et 15 octobre 2019, le Tribunal des prud'hommes a procédé à l'auditions des témoins précités. En substance, il ressort notamment les éléments pertinents suivants :

De manière générale, si certes les heures de mise à disposition des [praticiens] D_____ assistants – lesquels devaient rester joignables par téléphone durant l'horaire d'ouverture de la permanence de 8h00 à 20h00 – restreignaient quelque peu la possibilité de planifier à l'avance des activités personnelles, il ressort de la majorité des témoignages que le temps de travail hebdomadaire n'excédait pas quarante-deux heures et que les employés bénéficiaient de temps libre pour vaquer à leurs occupations entre les rendez-vous quotidiens avec les patients (auditions de M. U_____, de Mme AB_____, de M. Z_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de Mme AC_____, audience du 09.10.2019 ; auditions de M. Y_____ et de M. AA_____, audience du 14.10.2019).

Monsieur AA_____ a notamment confirmé que les collaborateurs devaient être présents quarante-deux heures par semaine, que l'horaire était variable entre 8h00 et 20h00 en fonction de l'affluence au cabinet. Lorsqu'il y avait des plages-horaires sans rendez-vous fixés, ils pouvaient s'absenter tout en restant joignables afin de pouvoir prendre en charge un patient dans les trente minutes en cas de nécessité. S'il lui arrivait de devoir fixer un rendez-vous personnel à l'extérieur pour raison impérative, il demandait à pouvoir bloquer une demi-journée. Ces demi-journées accordées n'avaient pas dû être compensées (audition de M. AA_____, audience du 14.10.2019). Par ailleurs, le témoin Monsieur U_____ a précisé qu'après le passage de l'OCIRT, les employés avaient bénéficié d'une pause de quinze minutes le matin et une pause de même durée l'après-midi, ainsi qu'une heure de pause le midi. Il lui était arrivé de travailler jusqu'à 20h00 et de commencer le matin à 8h00 ; en principe il essayait de l'éviter mais ce n'était pas toujours possible ; la situation s'était en tout état améliorée suite au passage de l'OCIRT (audition de M. U_____, audience du 08.10.2019). Enfin, Monsieur Z_____, assistant administratif, a relevé qu'il était arrivé à Madame A_____ et à Monsieur N_____ de partir avant lui en fin de journée. Lui-même terminait sa journée à 18h00 (audition de M. Z_____, audience du 08.10.2019).

S'agissant des périodes de garde, les [praticiens] D_____ assistants disposaient de jours de récupération (auditions de M. Z_____, audience du 08.10.2019 ; de Mme AC_____, audience du 09.10.2019 ; et de M. Y_____, audience du 14.10.2019). En outre, plusieurs témoins ont notamment confirmé que les consultations de nuit étaient majoritairement très exceptionnelles, à savoir : entre

une et deux consultations de nuit par année au maximum. De même, il était rare que les collaborateurs répondent aux appels en pleine nuit. Lors des périodes de garde, ils répondaient au téléphone principalement en soirée jusque vers 22h00-23h00 et ils rappelaient ensuite les patients le matin à leur arrivée à la permanence (auditions de Messieurs Q_____, U_____, Z_____, audience du 08.10.2019 ; audition de M. V_____, audience du 09.10.2019 ; audition de M. AA_____, audience du 14.10.2019).

Par ailleurs, les [praticiens] D_____ assistant n'ont jamais eu à effectuer de consultations gratuites (auditions de M. Q_____ et de Mme AB_____, audience du 08.10.2019 ; audition de M. V_____, audience du 09.10.2019). Monsieur S_____ (audience du 14.10.2019) a précisé que durant son emploi à la permanence – à savoir presque quatre années – il lui était arrivé d'effectuer trois à huit consultations gratuites. Enfin, Madame AC_____ (audience du 09.10.2019) a mentionné qu'il lui était arrivé de dispenser gratuitement une consultation, tout en précisant ne pas se souvenir du nombre.

Monsieur Q_____ (audience du 08.10.2019) a précisé qu'il lui était arrivé d'être absent pour cause de maladie ou accident et que tout s'était bien passé ; il n'avait subi aucune menace ou représailles. Seule Madame AB_____ a exposé (audience du 08.10.2019) que durant son arrêt de travail de deux mois pour cause d'accident, Monsieur E_____ l'avait contactée pour lui indiquer qu'il ne fallait pas que cela dure plus longtemps ; il avait notamment insinué que si cela se reproduisait elle aurait des problèmes. Madame AC_____ (audience du 09.10.2019) avait été malade à une reprise et Monsieur E_____ lui avait reproché de ne pas avoir prévenu à l'avance. Pour le surplus, les autres témoins n'ont pas exposé avoir subi des pressions ou représailles lors d'arrêt de travail pour cause de maladie ou accident.

Par ailleurs, Madame T_____, inspectrice du travail, a confirmé avoir relevé plusieurs non-conformités à la loi, notamment en raison de la surveillance des locaux de la permanence par vidéo-caméra et certains locaux borgnes et/ou sans lumière naturelle et vue sur l'extérieur (audience du 14.10.2019).

En ce qui concerne les relations de travail et l'ambiance au sein de B_____ SA, la majorité de témoignages indiquent que, si certes Monsieur E_____ adoptait un comportement parfois inadéquat, notamment une attitude cynique, les conditions de travail n'étaient toutefois pas particulièrement mauvaises et l'ambiance de travail s'est principalement dégradée suite au refus de la Commission d'examen, en été 2016, d'admettre les demandes d'inscriptions de certains des [praticiens] D_____ assistants pour l'examen CDS II (auditions de Messieurs U_____ et Z_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de M. V_____, et de

Mesdames AC_____ et E_____, audience du 09.10.2019) ; audition de M. AA_____, audience du 14.10.2019).

Pour le surplus, plusieurs témoins auditionnés ont déclaré avoir été en litige contre B_____ SA (auditions de Mme A_____, audience du 02.10.2019, et de Messieurs V_____ et S_____, audiences des 09.10.2019 et 14.10.2019). Certains témoins ont également précisé entretenir une certaine rancune envers Monsieur E_____, respectivement de ne plus être fâché à présent et avoir « refait » leur vie (auditions de M. U_____ et de Mme AB_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de M. V_____ et de Mme AC_____, audience du 09.10.2019).

Enfin, il ressort notamment du témoignage de Madame H_____, psychologue, qu'elle a suivi Madame A_____ du 27 février 2017 au 12 février 2018. Le Dr. F_____, psychiatre, avait diagnostiqué un *burnout* au début janvier 2017. Dès le premier entretien, Madame A_____ lui avait parlé d'un conflit avec son employeur et qu'elle avait une surcharge de travail. La témoin a en outre précisé qu'elle n'avait pas souvenir que sa patiente lui ait parlé de craintes de quitter son employeur. Elle pensait se souvenir que Madame A_____ cherchait un emploi et qu'elle avait consulté un avocat (audience du 02.10.2019).

q. A l'issue de l'administration des preuves, les parties ont plaidé, ensuite de quoi le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. **1.1** En matière de contrat de travail, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice est l'instance d'appel compétente à Genève pour connaître d'un appel dirigé contre un jugement du Tribunal des prud'hommes (art. 124 let. a LOJ).

1.2 L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC).

1.3 Il peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

La notification intervient au moment de la remise de l'envoi recommandé au destinataire (art. 138 al. 1 et 2 CPC). Le délai d'appel déclenché par la notification commence à courir dès le lendemain de celle-ci (art. 142 al. 1 CPC).

Conformément à l'Ordonnance fédérale du 20 mars 2020 (art. 1) sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien

de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19), entrée en vigueur le 21 mars 2020, lorsque, en vertu du droit fédéral ou cantonal de procédure applicable, les délais légaux ou les délais fixés par les autorités ou par les tribunaux ne courent pas pendant les jours qui précèdent et qui suivent Pâques, leur suspension commence dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance et dure jusqu'au 19 avril 2020 inclus.

1.4 En l'espèce, la voie de l'appel est ouverte dès lors que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions dans le cadre de la procédure de première instance était supérieure à 10'000.-. En outre, introduit dans la forme prescrite par la loi auprès de l'instance cantonale compétente et dans le délai légal tenant compte de la suspension précitée, l'appel formé le 12 mai 2020 suite à la réception du jugement du Tribunal des prud'hommes au domicile élu de l'appelante le 13 mars 2020, est recevable.

2. **2.1** Conformément à l'article 317 al. 2 CPC, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'article 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) et que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b). Ces conditions sont cumulatives.

L'article 227 al. 1 CPC prévoit que la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et que l'une des conditions suivantes est remplie : la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a) ou la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b).

Contrairement à l'amplification des prétentions, une réduction des conclusions demeure, en principe, toujours possible (arrêt du Tribunal fédéral 4A_222/2017 du 8 mai 2018, consid. 4.1.1, et les références citées).

2.2 En l'espèce, dans le cadre de ses écritures d'appel du 12 mai 2020, l'appelante a notamment conclu à ce que B_____ SA soit condamnée à lui verser la somme nette de CHF 15'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, à savoir CHF 2'129.- à titre de remboursement de ses frais médicaux non remboursés par les assurances, CHF 2'960.90.- à titre de perte de gain durant son incapacité de travail et CHF 10'000.- à titre d'indemnité pour tort moral (cf. allégué 78, mémoire d'appel).

Or, au dernier état de ses conclusions dans le cadre de la procédure de première instance, l'appelante avait conclu à ce que B_____ SA soit condamnée à lui verser la somme nette de CHF 12'238.50.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, à savoir CHF 2'129.30.- à titre de remboursement de ses frais médicaux non remboursés par les assurances, CHF 5'109.20.- à titre de perte de gain durant son incapacité de travail et CHF 5'000.- à titre d'indemnité pour tort moral (cf. allégué 5.6 En droit, demande).

En l'occurrence, l'appelante n'expose pas en quoi, ni sur quels éléments elle fonde l'amplification de sa prétention à titre d'indemnité pour tort moral (amplifiée de CHF 5'000.). Au demeurant, elle n'allègue aucun fait, ni moyens de preuve nouveaux à l'appui de la modification de ses conclusions, de sorte que les conditions légales exposées précédemment ne sont manifestement pas réalisées.

Par conséquent, la conclusion amplifiée de l'appelante de CHF 15'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016.- sera déclarée irrecevable en tant que telle, et doit ainsi être ramenée au montant de CHF 10'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016.

2.3 Par ailleurs, en tant qu'elles constituent une réduction de ses prétentions chiffrées par rapport au dernier état des conclusions litigieuses en première instance, les autres conclusions de Madame A_____ n'appellent pas de commentaires particuliers et doivent être déclarées recevables, conformément aux principes exposés précédemment.

Cela étant, la question de savoir si, au fond, les prétentions de l'appelante sont fondées ou non sera traitée aux termes des considérants ci-après.

3. Selon la jurisprudence, pour satisfaire à son obligation de motivation de l'appel prévue par l'art. 311 al. 1 CPC, l'appelante doit démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelante doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement (arrêts du Tribunal fédéral 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2; 4A_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3; 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2).

4. Dans un premier grief, l'appelante critique l'établissement des faits, reprochant au Tribunal des prud'hommes de s'être borné à relater les étapes de la procédure, sans indiquer, malgré les nombreux témoignages, les faits contestés qu'il tenait pour établis. Selon l'appelante ce n'est que dans la partie en droit du jugement que l'on apprend quels faits sont tenus pour établis par le Tribunal, sans que l'on ne sache nécessairement sur quels moyens de preuve l'établissement des faits repose.

4.1 Dans le cadre de l'application de l'art. 310 let. b CPC, l'autorité d'appel dispose d'un pouvoir d'examen complet de la cause. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle est tenue de rechercher elle-même, comme une autorité de première instance, toutes les questions de fait et de droit qui se posent lorsque les parties ne les posent plus en deuxième instance. Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4).

Le grief de constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC) ne peut être soulevé que si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; JEANDIN, op. cit. , n. 5 ad art. 320 CPC), ce qui n'est pas le cas lorsqu'il vise une constatation de fait n'ayant aucune incidence sur l'application du droit (ATF 127 I 38 consid. 2a).

L'appréciation des preuves est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, en contradiction avec le dossier, ou contraire au sens de la justice et de l'équité ou lorsque l'autorité ne tient pas compte, sans raison sérieuse, d'un élément propre à modifier la décision, se trompe sur le sens et la portée de celui-ci ou, se fondant sur les éléments recueillis, en tire des constatations insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 134 V 53 consid. 4.3).

4.2 En l'espèce, dans le cadre de son chapitre intitulé « Grief relatif à l'établissement des faits », l'appelante n'expose en rien quels faits ou moyens de preuve le Tribunal des prud'hommes aurait dû, selon elle, retenir ou dans le cadre de sa partie en fait. Elle se contente de renvoyer la Cour de céans à la lecture de ses griefs suivants, « sous *infra* 27 ss, *infra* 62 ss et *infra* 102 ss ». En l'absence manifeste de motivation et tel que formulé en l'état, ce premier grief n'a aucune portée autonome et ne peut être retenu. En réalité, il semble ici que l'appelante conteste plutôt l'appréciation des faits retenue par le Tribunal des prud'hommes et non pas une constatation inexacte des faits en soi.

Pour ces motifs et faute de motivation, le grief de l'appelante doit être rejeté.

5. Dans le cadre d'un second grief relatif à l'application des articles 328 CO et 97 CO *cum* 49 CO, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes de ne pas avoir retenu que les conditions de travail difficiles étaient propres à porter atteinte à sa santé et qu'aucune mesure n'a été entreprise par l'intimée ; la portée de l'article 328 CO a été méconnue et les faits de la cause ont été appréciés de manière arbitraire. Selon l'appelante, en refusant d'octroyer une indemnité pour tort moral et de faire droit à ses conclusions en réparation du dommage subi, à savoir le remboursement des frais médicaux et les frais pour perte de gain, le Tribunal a violé l'article 49 CO. L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu que la souffrance qu'elle a vécue justifiait l'allocation d'une indemnité pour tort moral, ce d'autant plus que la procédure avait permis d'établir

que l'intimée avait violé ses obligations contractuelles notamment en ne prenant aucune mesure afin qu'elle puisse être admise à son examen CDS II.

5.1 Au sens de l'article 328 al. 1 et 2 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé, veille au maintien de la moralité et prend les mesures nécessaires en ce sens.

Dans le cadre d'une violation de la disposition précitée par l'employeur, le travailleur a en principe droit à des dommages-intérêts dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les règles applicables aux articles 97 et suivants CO et 41 et suivants CO (SJ 1984, p. 556 ; DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, N 41 *ad* art. 328 CO, p. 285).

En vertu de l'article 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

La réparation du dommage suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives : l'inexécution de l'obligation contractuelle, une faute du débiteur, un dommage ainsi qu'un rapport de causalité (THEVENOZ, *in* Commentaire Romand du Code des obligations I, 2012, *ad* art. 97, N 3 et suivants). La faute est en principe définie comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique, il peut s'agir d'une faute intentionnelle ou d'une négligence. Dans l'analyse de cette dernière, le manquement est objectivé : le responsable commet une faute dès lors qu'il manque à la diligence dont aurait fait preuve une personne de la catégorie à laquelle il appartient (WERRO, *in* Commentaire Romand du Code des obligations I, 2012, *ad* art. 41, N 57 et suivants).

A teneur de l'article 49 CO, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : une violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, ainsi que l'absence d'autres formes de réparation (GACH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, 2ème éd., N 1565 et suivants).

Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'article 49 al. 1 CO, il ne suffit pas que le juge constate une violation de l'article 328 CO, il faut encore que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces

circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1 ; 102 II 211, consid. 9). L'octroi d'une indemnité pour tort moral sur la base de l'article 49 CO ne peut se justifier que si la victime a subi un tort considérable, lequel doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703 ; DESCHENAUX/STEINAUER, Personne physique et tutelle, 4ème éd.2001, N 624 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, 1984, N 2049).

L'atteinte objectivement grave doit être ressentie par la victime comme une souffrance morale, à défaut de quoi aucune indemnisation ne peut lui être accordée. Comme chaque être humain ne réagit pas de la même manière à une atteinte portée à son intégrité psychique, le juge doit se déterminer à l'aune de l'attitude d'une personne ni trop sensible, ni particulièrement résistante. Pour que le juge puisse se faire une image précise de l'origine et de l'effet de l'atteinte illicite, le lésé doit alléguer et prouver les circonstances objectives desquelles on peut inférer la grave souffrance subjective qu'il ressent, malgré la difficulté de la preuve dans le domaine des sentiments (ATF 125 III 70 consid. 3a ; 120 II 97 consid. 2b). La gravité de l'atteinte à la personnalité suppose en tout cas une atteinte extraordinaire, dont l'intensité dépasse l'émoi ou le souci habituel, de telle sorte qu'elle peut fonder une prétention particulière contre son auteur, alors que la vie exige de chacun qu'il tolère de petites contrariétés (CAPH/18/2020 du 24 janvier 2020 consid. 7.1 et la référence citée).

Il convient de se fonder avec circonspection sur les attestations médicales, lesquelles, souvent établies sur les seuls dires du salarié, peuvent difficilement refléter tous les aspects objectifs d'une situation (Aubert, *in* Commentaire Romand du Code des obligations I, 2012, *ad* art. 328 CO, N 8).

En outre, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances d'espèce justifient une indemnité pour tort moral (ATF 137 III 303 consid. 2.2.2). En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, cette disposition répartit le fardeau de la preuve - auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation (HOHL, Procédure civile, tome I, 2ème éd., 2016, N 1232 et suivant) - et, partant, les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519 consid. 2a et les références citées).

5.2 Dans le cas d'espèce, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes de ne pas avoir retenu que les conditions de travail difficiles étaient propres à porter atteinte à sa santé, d'avoir ainsi méconnu la portée de l'article 328 CO et d'avoir apprécié de manière arbitraire les faits de la cause (allégués 15 à 79, mémoire d'appel).

Selon l'appelante, plusieurs témoignages ainsi que notamment la lecture de son planning hebdomadaire ont permis d'établir qu'elle travaillait parfois dix jours d'affilée et jusqu'à douze heures par jour ; durant son emploi, elle s'est également trouvée occupée trente-cinq dimanches et des jours fériés. Tout en rappelant que le contrat de travail fixait une durée de travail contractuelle de quarante-deux heures par semaine avec une disponibilité de l'employé entre 8h00 et 20h00, elle reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir considéré que l'activité effectuée hors présence des patients ne faisait pas partie de l'activité contractuelle. La procédure a permis d'établir que les employés devaient assumer certaines tâches indispensables à leur position hiérarchique, notamment des tâches administratives et que dans le cadre du service de garde toute les quatre ou cinq semaines, ils devaient exécuter le soir et durant la nuit des tâches de secrétariat comme répondre au téléphone et aux courriels. Un tel rythme de travail violait la Loi sur le travail et ses ordonnances d'application. L'une des inspectrices du travail a confirmé les non-conformités à la loi relevées par l'OCIRT concernant le temps de travail, des temps de pause, l'occupation des employés le dimanche, la nuit et les jours fériés ainsi que le risque d'impact sur leur santé en raison du système de vidéosurveillance et de l'agencement non-conforme des locaux ; les [praticiens] D_____ assistants se sentaient épiés en permanence. Par ailleurs, selon l'appelante, les éléments de la procédure et notamment plusieurs témoignages ont permis d'établir que l'intimée exerçait des pressions sur certains collaborateurs, qu'elle leur reprochait des arrêts maladie ou accident, qu'elle leurs imposait d'effectuer des consultations gratuites, qu'elle avait également imposé de signer des relevés d'heures non-conformes à la vérité, qu'elle avait menacé certains des employés de ne plus se voir planifier de patients en cas de refus, enfin qu'elle avait menacé certains collaborateurs d'avoir à rembourser un montant de CHF 72'000.- s'ils quittaient l'entreprise. De plus, aucune disposition visant à respecter les conditions de la Commission intercantonale d'examen n'a été prise par l'intimée avant que son inscription à l'examen CDS II soit refusée en septembre 2016.

Se référant notamment aux certificats médicaux et au témoignage de sa psychologue, Madame H_____, les conditions de travail ont concrètement entraîné de véritables souffrances, à tel point qu'elle s'est trouvé atteinte dans sa santé durant plusieurs mois, se trouvant en incapacité de travail du 10 décembre 2016 au 16 avril 2017, soit durant plus de quatre mois. La souffrance endurée justifiait l'allocation d'une indemnité pour tort moral au sens de 49 CO. En outre, vu l'impossibilité de pouvoir s'inscrire à son examen CDS II, elle avait été contrainte de solliciter les conseils d'un avocat en vue d'introduire un recours contre la décision de refus d'admission de la Commission d'examen. Elle a supporté des honoraires d'avocat en lien de causalité avec la violation par l'intimée de ses devoirs contractuels.

5.3 A titre liminaire, la Cour relève un certain manque de motivation (art. 311 al. 1 CPC) dans le cadre du mémoire de l'appelante. Elle se contente principalement d'exposer sa propre version et appréciation des faits de manière appellatoire, sans pour autant démontrer concrètement les éléments factuels que le Tribunal des prud'hommes aurait, selon elle, dû retenir ou non. De plus, l'appelante ne motive pas en quoi le raisonnement retenu par les premiers juges, violerait les conditions des articles 328, 97 et 49 CO, en particulier en ce qui concerne l'appréciation retenue par le Tribunal relativement à l'exigence de l'intensité et de la gravité que doit revêtir l'atteinte à la personnalité pour justifier l'allocation d'une indemnité.

Cela étant, le Tribunal des prud'hommes n'a pas contesté que certaines conditions de travail au sein de [la permanence] B_____, notamment les non-conformités relevées par l'OCIRT et le comportement parfois inadapté du directeur, constituaient des éléments problématiques dans le cadre des rapports de travail. Il n'a pas non plus contesté que Madame A_____ s'est trouvée en incapacité de travail du 10 décembre 2016 au 16 avril 2017, le dernier rapport médical attestant d'une dépression « modérée ». Toutefois, c'est sur la base de l'ensemble des témoignages recueillis dans le cadre de l'instruction et d'après les diverses pièces versées à la procédure, que le Tribunal a, à juste titre, constaté que, à supposer qu'il y a eu atteinte à la personnalité de l'appelante, il n'en résultait pas une atteinte dont l'intensité particulièrement grave pouvait venir justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral, pour perte de gain ainsi que le remboursement de frais médicaux.

En effet, l'instruction menée par le Tribunal des prud'hommes a clairement permis d'établir que, si certes les heures de mise à disposition des [praticiens] D_____ assistants – lesquels devaient rester joignables par téléphone durant l'horaire d'ouverture de la permanence de 8h00 à 20h00 – restreignaient quelque peu la possibilité de planifier à l'avance des activités personnelles, il ressort de la majorité des témoignages que le temps de travail hebdomadaire n'excédait pas quarante-deux heures et que les employés bénéficiaient de temps libre pour vaquer à leurs occupations entre les rendez-vous quotidiens avec les patients (auditions de M. U_____, de Mme AB_____, de M. Z_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de Mme AC_____, audience du 09.10.2019 ; auditions de M. Y_____ et de M. AA_____, audience du 14.10.2019). Ceci ressort, au surplus, expressément du contrat de travail (pièce 4, dem.).

En outre, Monsieur Z_____, a relevé qu'il était arrivé à Madame A_____ et à Monsieur N_____ de partir avant lui en fin de journée. Lui-même terminait sa journée à 18h00 (audience du 08.10.2019).

Ainsi, comme l'a justement constaté le Tribunal des prud'hommes, l'appelante ne travaillait non pas douze heures par jour, mais devait assurer un certain nombre

d'heures quotidiennes de disponibilité, tel que prévu contractuellement et conformément au but de la permanence.

S'agissant des périodes de garde, les [praticiens] D_____ assistants disposaient de jours de récupération (auditions de M. Z_____, audience du 08.10.2019 ; de Mme AC_____, audience du 09.10.2019 ; et de M. Y_____, audience du 14.10.2019). En outre, plusieurs témoins ont notamment confirmé que, si certains avaient dû se déplacer pour une intervention durant la nuit, les consultations de nuit étaient majoritairement très rares, à savoir : entre une et deux consultations de nuit par année au maximum. De même, il était rare que les collaborateurs répondent aux appels en pleine nuit. Lors des périodes de garde, ils répondaient au téléphone principalement en soirée jusque vers 22h00-23h00, ils rappelaient ensuite les patients le matin à leur arrivée à la permanence (auditions de Messieurs Q_____, U_____, Z_____, audience du 08.10.2019 ; audition de M. V_____, audience du 09.10.2019 ; audition de M. AA_____, audience du 14.10.2019). Aussi, contrairement à ce que laisse entendre l'appelante, lors des périodes de garde, les collaborateurs n'étaient pas tenus de veiller toute la nuit et de répondre, sans délai, aux éventuels appels ou courriels de clients. De plus, la Cour relève qu'au demeurant, l'appelante n'a pas démontré qu'elle aurait été empêchée de bénéficier de jours de récupération.

Comme l'a précisément relevé le Tribunal des prud'hommes, plusieurs témoignages ont confirmé que les [praticiens] D_____ assistants n'ont jamais eu à effectuer de consultations gratuites (auditions de M. Q_____ et de Mme AB_____, audience du 08.10.2019 ; audition de M. V_____, audience du 09.10.2019). Le témoin S_____ (audience du 14.10.2019) a précisé que durant son emploi à la permanence – à savoir presque quatre années – il lui était arrivé d'effectuer trois à huit consultations gratuites, soit l'équivalent d'environ deux consultations au maximum par année. Enfin, Madame AC_____ (audience du 09.10.2019) a mentionné qu'il lui était arrivé de dispenser gratuitement une consultation, tout en précisant ne pas se souvenir du nombre. Par conséquent, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu, qu'à supposer que des consultations gratuites aient été imposées aux collaborateurs, celles-ci semblaient très rares, de sorte qu'il ne peut en résulter une atteinte à leur santé psychique. Au demeurant, le fait que selon un procès-verbal de réunion (pièce 31, dem.) il a été rappelé aux collaborateurs qu'un rendez-vous préalablement fixé par un patient et perdu en raison de l'absence de la [praticienne] D_____ devait être revu gratuitement s'il ne pouvait être remplacé, n'a aucune influence sur l'appréciation retenue par le Tribunal.

Sur la base de l'ensemble des témoignages, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu qu'il ne ressortait pas de manière évidente que les employés de la permanence avaient subi des pressions en cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident. En effet, si certes deux témoins ont expliqué avoir subi des reproches,

notamment pour ne pas avoir prévenu à l'avance (auditions de Mesdames AB_____ et AC_____, audiences des 08.10.2019 et 09.10.2019), les neuf autres témoins n'ont aucunement exposé avoir subi des pressions ou représailles en cas d'arrêt pour maladie ou accident. Le témoin Q_____ a, de surcroît, précisé avoir été plusieurs fois absent en raison de maladie ou accident et que tout s'était bien passé durant son arrêt et à son retour à la permanence.

Enfin, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'en réalité et de manière générale, si certes Monsieur E_____ adoptait un comportement parfois inadéquat, notamment une attitude cynique, les conditions de travail n'étaient toutefois pas particulièrement mauvaises et l'ambiance de travail s'est principalement dégradée suite au refus de la Commission d'examen, en été 2016, d'admettre les demandes d'inscriptions de certains des [praticiens] D_____ assistants pour l'examen CDS II (auditions de Messieurs U_____ et Z_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de M. V_____, et de Mesdames AC_____ et E_____, audience du 09.10.2019 ; audition de M. AA_____, audience du 14.10.2019). Au demeurant, le Tribunal a précisément constaté que toute l'équipe, le directeur y compris, effectuait de temps à autre des sorties, des soirées de fin d'année ainsi que des week-ends (audition de M. Z_____, audience du 08.10.2019). La Cour relève, au surplus, que contrairement à ce que laisse entendre l'appelante, d'après les témoignages, la situation de manière générale s'était améliorée suite au passage de l'OCIRT : les collaborateurs disposaient notamment de temps de pause fixe, le matin, l'après-midi et une heure de pause à midi (audition de M. U_____, audience du 08.10.2019). Ainsi, il ne peut être reproché à l'intimée de ne pas avoir pris des mesures suite au constat de certaines non-conformités.

Par conséquent, déjà au vu des éléments qui précèdent, l'appelante ne parvient pas à démontrer en quoi le Tribunal des prud'hommes aurait méconnu la portée des articles 328 et 49 CO, et qu'il aurait outrepassé son pouvoir d'appréciation en retenant, sur la base de l'ensemble des témoignages et des pièces versées à la procédure, qu'il n'a pas démontré que l'atteinte à la personnalité – à supposer que celle-ci soit avérée – était d'une intensité suffisante pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Il ressort au contraire de l'instruction de première instance, que les premiers juges ont procédé à une analyse complète et circonstanciée des moyens de preuve soumis par les parties, notamment en ce qui concerne les divers témoignages. En effet, la Cour relève que plusieurs témoins auditionnés ont précisé au Tribunal avoir été en litige contre B_____ SA ; certains ont également déclaré entretenir une certaine rancune envers le directeur (auditions de Mme A_____, audience du 02.10.2019, et de Messieurs V_____ et S_____, audiences des 09.10.2019 et 14.10.2019 ; auditions de M. U_____ et de Mme AB_____, audience du 08.10.2019, et de Mme AC_____, audience du 09.10.2019).

5.4 En outre, contrairement à ce que l'appelante laisse entendre, son incapacité de travail du 10 décembre 2016 au 16 avril 2017 ainsi que le diagnostic de dépression « modérée » posé par son psychiatre ne constituent pas, en soi, des éléments propres à démontrer sans équivoque que les souffrances subies dépassent, par leur intensité, celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, au point de justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral.

En effet, la Cour relève que le dernier certificat médical établi prévoyait une reprise d'activité à compter du 17 avril 2017 (pièce 39, dem.). Aucun arrêt de travail n'a été établi ultérieurement. Et pour cause, l'appelante a repris une activité professionnelle moins d'une vingtaine de jours après sa démission le 13 avril 2017 (pièces 71-72, dem.). Il ressort des pièces versées à la procédure que Madame A_____ était apte à travailler en qualité de [praticienne] D_____ assistante dès le 1er mai 2017, au taux d'activité de 40% dans un cabinet à J_____ [VD]. Par la suite, elle a également trouvé un poste d'assistanat en D_____ au sein d'une permanence à L_____ [VD], à compter du 1er novembre 2017 au taux de 20%, puis 40%. Il ressort par ailleurs du témoignage de Madame H_____ (audience du 02.10.2019) qu'à son souvenir, sa patiente ne lui avait pas parlé de craintes de quitter son employeur et qu'elle cherchait un emploi.

Ainsi, malgré son arrêt de travail durant quatre mois, il appert que l'appelante disposait de la capacité physique et, manifestement psychique, pour effectuer des recherches d'emploi, passer des entretiens d'embauches et cumuler par la suite deux emplois à compter du mois de novembre 2017. Il convient en outre de relever que, malgré son état de santé, Madame A_____ était apparemment apte à effectuer des trajets réguliers entre J_____ [VD] et L_____ [VD] afin de cumuler ses deux emplois.

Ces éléments supplémentaires amènent précisément la Cour à nier le caractère extraordinaire et la gravité que doit revêtir l'atteinte à la personnalité subie par la victime. En l'occurrence, le tort allégué par l'appelante ne réalise manifestement pas ces conditions.

5.5 Enfin, l'appelante allègue que l'intimée a violé ses obligations contractuelles dans la mesure où aucune disposition visant à respecter les conditions de la Commission intercantonale d'examen n'a été prise avant que son inscription à l'examen CDS II ne soit refusée en septembre 2016.

Or, il ressort clairement de l'instruction menée par le Tribunal des prud'hommes que l'intimée a fait preuve de bonne foi et de diligence lorsqu'elle a notamment reçu le courrier de la Commission d'examen du 29 juin 2015 (pièce 9, dem.), à savoir qu'elle a expressément répondu par courrier du 30 juin 2015, sollicitant des explications quant à cette nouvelle pratique sur le nombre maximum de [praticiens] D_____ assistants pouvant être supervisés par un [praticien]

D_____ certifié CDS (pièce 11b, déf.). Il ressort des pièces versées à la procédure (pièces 11 et suivantes, déf.), et comme l'a justement retenu le Tribunal, que la Commission d'examen n'avait jamais donné suite à l'interpellation de l'intimée et qu'elle avait effectué une interprétation relative au nombre de [praticiens] D_____ assistants dont B_____ SA n'avait, de bonne foi, pas connaissance. En ce sens, c'est à bon droit que les premiers juges ont conclu qu'aucun comportement fautif ne pouvait lui être reproché.

La Cour relève, de surcroît, que suite au refus de la Commission d'examen d'admettre l'inscription, respectivement à sa décision de suspendre l'instruction du dossier de Madame A_____, l'intimée – sous la plume de son conseil a échangé plusieurs courriers entre les 2 et 7 septembre 2016 agissant également pour les [praticiens] D_____ assistants en vue de contester le refus leur inscription à l'examen CDS II (pièces 21 à 23, dem.). Dans ces circonstances, il appert que l'intimée a procédé de manière diligente, en ce sens l'appréciation retenue par le Tribunal des prud'hommes est correcte et ne peut être remise en question.

C'est à juste titre que le Tribunal a conclu que les conditions pour engager la responsabilité contractuelle de l'intimée n'étaient pas réalisées et que l'on ne saurait lui reprocher le refus d'admission de l'appelante à la session d'examen CDS II.

Partant, les critiques formulées ici par l'appelante ne sauraient remettre en cause le raisonnement juridique et l'appréciation des faits retenus par le Tribunal des prud'hommes. En effet, elle ne démontre pas en quoi les premiers juges auraient fait une application erronée des conditions de l'article 97 CO. Au demeurant, et faute manifeste de motivation, l'appelante ne remet pas concrètement en cause les faits retenus par le Tribunal, elle ne discute pas non plus l'appréciation développée par celui-ci concernant le comportement non fautif, la bonne foi ainsi que la diligence dont a fait preuve l'employeur, se contentant principalement de relever – de manière appellatoire – que l'intimée savait que les conditions d'assistanat en son sein ne remplissaient pas les prérequis pour que les assistants puissent être admis à l'examen.

5.6 Au vu des motifs qui précèdent, le grief de l'appelante en violation des articles 328 CO et 97 CO *cum* 49 CO est infondé, de sorte que ses prétentions en versement d'une indemnité pour tort moral d'un montant de CHF 10'000.-, en remboursement de frais médicaux non remboursés d'un montant de CHF 2'129.- et EUR 390.-, en versement d'un montant de CHF 2'960.90.- à titre de perte de gain ainsi qu'en remboursement d'honoraires d'avocat engagés dans le cadre du recours contre la Commission d'examen, d'un montant de CHF 2'225.-, seront rejetées.

6. Dans un troisième grief, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir interprété le contrat de travail de manière contraire à sa lettre puisque, selon elle, seul le temps de mise à disposition durant le service de garde était inclus dans le salaire mensuel convenu contractuellement. D'après l'appelante, *a contrario*, l'activité effective durant le service de garde, notamment les tâches de secrétariat, n'étaient pas comprises dans le salaire mensuel et devaient donc être rémunérées comme des heures supplémentaires au sens de l'article 321c al. 3 CO.

6.1 A teneur de l'article 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le 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.

Conformément à la jurisprudence en la matière, le temps d'attente ne doit être rémunéré que lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas si ce dernier doit se tenir prêt à intervenir à brève échéance, soit dans un délai de quinze à vingt minutes (arrêt du Tribunal fédéral 4A_523/2010 du 22 novembre 2010 ; arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 20 décembre 2017 CAPH/209/2017 ; SECO, Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail). Le contrat individuel de travail, respectivement la convention collective de travail peuvent prévoir que l'indemnité pour le service de piquet est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (JdT 1999 I, p. 275).

Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'attacher à rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO ; interprétation dite subjective). Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles était à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1 ; 140 III 86 consid. 4.1; 107 II 417 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 7.1). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance (interprétation dite objective). Il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 135 III 410 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_665/2010 du 1er mars 2011 consid. 3.1).

Le fardeau de la preuve de l'existence et du contenu de la volonté subjective des parties est à la charge de la partie qui s'en prévaut (arrêt du Tribunal fédéral 4A_619/2016 du 15 mars 2017 consid. 7.1).

6.2 En l'espèce, l'appelante se fourvoie et ne parvient pas à convaincre que le Tribunal aurait violé le droit et interprété le contrat de travail de manière contraire à sa lettre. Bien au contraire, il ressort expressément du contrat que « [le praticien] *D_____ assistant est payé à la commission. Son salaire brut représente un pourcentage des honoraires qu'il facture aux clients. Le salaire mensuel comprend la rémunération du service de garde, pour le temps de mise à disposition* » (pièce 4 dem., page 3). De surcroît, le contrat dispose explicitement que « [l]*es heures supplémentaires ne sont pas rémunérées et doivent être prises en temps libre* » (pièce 4, dem., page 4). Le contrat prévoyait encore que « [le praticien] *D_____ assistant doit assumer toutes les tâches subalternes à sa position hiérarchique au sein de la permanence, en particulier des tâches de secrétariat* » (pièce 4, dem., page 2).

Au demeurant, il ne ressort pas des éléments de la procédure que Madame A_____ n'aurait pas saisi la teneur de son contrat de travail. Il ne ressort pas non plus que cette dernière ait démontré ne pas avoir pu récupérer, en temps libre, toutes éventuelles heures supplémentaires effectuées.

Par conséquent, c'est à bon droit que les premiers juges ont conclu que l'appelante n'était pas fondée à réclamer le paiement d'heures supplémentaires, dans la mesure où son salaire mensuel comprenait expressément la rémunération du temps de mise à disposition durant les périodes de garde, y compris le temps effectué pour d'éventuelles tâches administratives de secrétariat.

Au surplus, la Cour relève également que le Tribunal a, à juste titre, retenu que les heures de consultations éventuelles intervenues durant la nuit, les week-ends et les jours fériés étaient majorées à un taux supérieur à 50%, tel que cela ressort également du contrat de travail (pièce 4, dem., page 5 ; cf. également : audition de M. Q_____, audience du 08.10.2019). Cet aspect n'est au demeurant pas contesté par l'appelante.

En regard de ce qui précède, le grief de l'appelante et sa prétention en versement du montant de CHF 1'339.45.-, à titre de rémunération pour heures supplémentaires, seront ainsi rejetés.

7. Dans un dernier grief, l'appelante reproche au Tribunal des prud'hommes d'avoir violé l'article 329d CO, en ce sens qu'il a considéré, à tort, que toutes les conditions cumulatives prévues par la jurisprudence fédérale pour inclure exceptionnellement le salaire afférent aux vacances dans la rémunération mensuelle de l'employé, étaient réalisées en l'espèce. Or, la première condition nécessaire pour déroger à la règle impérative de l'article 329d CO faisait

manifestement défaut. C'est de manière erronée que les premiers juges ont considéré que son occupation constituait une activité irrégulière du fait que le nombre de consultations avec les patients pouvait être variable.

7.1 L'article 329d al. 1 CO dispose que l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Conformément à l'article 362 al. 1 CO, cette disposition est relativement impérative, en ce sens qu'il ne peut y être dérogée au détriment du travailleur.

A teneur de la jurisprudence fédérale en la matière, en règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Le Tribunal fédéral a d'abord admis que, dans des situations particulières, ce par quoi il faut entendre une activité très irrégulière, notamment dans le cas d'occupation à temps partiel ou de travail intérimaire, l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total (ATF 118 II 136 consid. 3b ; 116 II 515 consid. 4a ; 107 II 430 consid. 3a ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 et 3.2). Par la suite, il s'est toutefois interrogé sur la justification d'une telle dérogation (ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3). Laissant la question en suspens, il a relevé que, dans tous les cas, outre la nécessité objective due à une activité irrégulière (première condition), la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances devait être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il était conclu par écrit (deuxième condition), ainsi que sur les décomptes de salaire périodiques (troisième condition). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit donc pas, la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 ; ATF 129 III 493 consid. 3.3 p. 496 ; TF 4A_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1).

Si les conditions ci-dessus ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances. Que l'employé ait pris ses vacances en nature n'y change rien (arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1 ; ATF 129 III 664 consid. 7.2 p. 673 ; TF 4A_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1).

Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, le seul caractère variable de la rémunération de l'employé ne permet pas de justifier un accord dérogatoire au principe prévu par l'article 329 al. 1 CO (consid. 4).

Le fait d'exiger le salaire afférent aux vacances au terme des rapports contractuels de travail, au motif que les conditions formelles pour une inclusion de celui-ci dans le salaire total ne sont pas respectées, n'est pas constitutif d'abus de droit, même si l'employé a effectivement pris ses vacances durant les rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1 ; ATF 129 III 493 consid. 5.2 ; TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.1). Le droit au salaire afférent aux vacances revêt un caractère impératif selon l'art. 362 al. 1 CO, de sorte que l'employé ne peut y renoncer pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (art. 341 CO). Le fait pour l'employé de n'avoir soulevé ses prétentions fondées sur l'art. 329d al. 1 CO qu'à l'expiration des rapports de travail ne saurait donc constituer, à lui seul, un abus de droit manifeste, sous peine de vider de son sens l'art. 341 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1 ; ATF 129 III 618 consid. 5.2 ; TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.1).

Le travailleur a droit à ce que l'employeur lui accorde, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances, tout en lui versant son salaire durant cette période (art. 329a al. 1 et 329d al. 1 CO). Lorsqu'au cours d'une année de service le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois, l'employeur est autorisé à réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence (art. 329b al. 1 CO). En cas d'empêchement non-fautif de travailler pour une raison inhérente à la personne du travailleur, l'employeur peut opérer la même réduction, mais seulement après l'échéance d'un délai de grâce d'un mois qui ne donne lieu à aucune réduction (art. 329b al. 2 CO).

Afin de calculer le salaire afférent aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut pour quatre semaines de vacances, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, 2013, N 7 ss, *ad* art. 329d CO, WYLER, Droit du travail, Berne 2014, p. 400 ss ; AUBERT, *in* Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, N 5 *ad* art. 329d CO ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2ème éd. 2010, N 1.2 *ad* art. 329d CO ; SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, N 7 *ad* art. 329d CO).

7.2 En l'espèce, le Tribunal des prud'hommes a considéré que la dérogation au principe de l'article 329d al. 1 CO, à savoir l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total de l'appelante était valable, aux motifs que sa rémunération constituait en un pourcentage des honoraires facturés aux patients et que le nombre de consultations avec ceux-ci pouvait être variable, de sorte que l'occupation du travailleur devait être considérée comme irrégulière.

Ce raisonnement ne peut être suivi.

En effet, le contrat de travail – d'une durée indéterminée - prévoyait expressément que la durée contractuelle de travail est de quarante-deux heures par semaine (pièce 4, dem., page 4). La [praticienne] D_____ assistant devait également effectuer un minimum de dix consultations hebdomadaires avec les patients et assumait, durant les horaires d'ouverture de la permanence de 8h00 à 20h00, un temps de mise à disposition ainsi que des tâches administratives entre les consultations (pièce 4, dem., pages 2 à 4). Ces éléments sont, pour le surplus, confirmé par les témoins auditionnés dans le cadre de l'instruction de première instance (auditions de M. U_____, de Mme AB_____, de M. Z_____, audience du 08.10.2019 ; auditions de Mme AC_____, audience du 09.10.2019 ; auditions de M. Y_____ et de M. AA_____, audience du 14.10.2019)

En outre, il ressort du contrat de travail que Madame A_____ exerçait son activité au taux de 100% (pièce 4, dem.), ce qui n'est au demeurant pas contesté par l'intimée.

Il convient par ailleurs de rappeler qu'à teneur du contrat de travail, le salaire mensuel brut était payé à la commission et représentait un pourcentage des honoraires que la [praticienne] D_____ assistant facturait aux clients. Durant la première année des rapports contractuels, ce pourcentage correspondait à 17.5% des honoraires facturés aux clients, puis 20.5% durant la deuxième année et enfin, 23.5% durant la troisième année (pièce 4, dem., page 3).

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, il appert manifestement que l'activité de Madame A_____ ne peut être qualifiée d'irrégulière ou de très irrégulière au sens de la jurisprudence fédérale. Si, certes il y a lieu de constater que les deuxième et troisième conditions pour déroger au principe de l'article 329 al. 1 CO sont réunies – à savoir : l'indication explicite dans le contrat qu'une indemnité de vacances, *in casu* à hauteur de 8.33% du salaire brut, était versée (pièce 4, dem.) et que cela figurait également sur les décomptes de salaire (pièce 7, dem.) -, la première condition fait défaut.

En l'occurrence, seul le caractère variable du nombre de consultations, respectivement des honoraires encaissés par le travailleur en pourcentage de ces consultations, ne pouvait manifestement pas amener les premiers juges à conclure que l'occupation de l'appelante était irrégulière.

A cet égard, la Cour relève que les arguments soulevés par l'intimée ne peuvent être suivis. Si, certes il ressort des fiches de salaire (pièce 7, dem.) que Madame A_____ a perçu un salaire net moins élevé durant l'année 2013 qu'au cours de l'année 2016, l'intimée omet de préciser que cette fluctuation est précisément due au fait que sa rémunération a augmenté en fonction des pourcentages perçus sur les honoraires, à savoir : 17.5% durant la première année de travail, puis 20.5% la deuxième année et 23.5% la troisième année ; ce qui était explicitement prévu

dans le contrat (pièce 4, dem., page 3). Par ailleurs, il importe peu, en l'espèce et au vu des éléments pertinents exposés précédemment, de savoir s'il est d'usage dans le domaine d'activité en question que les [praticiens] D_____ assistants soient payés à la commission. En tout état, cet aspect n'est, à lui seul, pas déterminant pour justifier de qualifier l'occupation de l'appelante comme étant irrégulière.

Force est de constater qu'en l'espèce, l'activité de Madame A_____ est loin d'être irrégulière, voire très irrégulière, au sens de la jurisprudence fédérale, de sorte que les conditions permettant d'admettre à titre dérogatoire l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total ne sont pas réunies.

De ce fait, il importe peu que l'appelante ait pris tout ou partie de ses vacances durant les rapports de travail, dans la mesure où B_____ est tenue de verser le salaire afférent aux vacances dès lors que les conditions pour l'inclusion de celui-ci dans le salaire total ne sont pas réalisées. En l'espèce, aucune circonstance n'indique que l'employée adopterait ici un comportement abusif en faisant valoir sa prétention moins d'une année après la fin des rapports contractuels.

Le grief de l'appelante est, par conséquent, fondé.

Il ressort de l'instruction que les salaires bruts versés par B_____ SA à son employée se sont élevés à CHF 266'196.45.- du 1er juin 2013 au 31 décembre 2016, étant précisé que l'intimée a admis que les salaires bruts de l'appelante du 1er septembre 2014 au 30 septembre 2016 se chiffraient à un montant de CHF 179'475.65.- (pièce 7, dem., fait admis par les parties : cf. allégué n°106 déf., mémoire de réponse du 19 novembre 2018). L'appelante peut ainsi prétendre au versement d'une indemnité à titre de salaire afférent aux vacances, correspondant à 8.33% de la somme de CHF 266'196.45.-, à savoir un montant de CHF 22'174.16.-. A cela s'ajoute l'indemnité à titre de salaire afférent aux vacances pour le mois de grâce non soumis à la réduction du droit aux vacances en cas d'empêchement non fautif pour cause de maladie, conformément à l'article 329b al. 2 CO, soit un montant de CHF 515.70.- (équivalant à 8.33% de la somme de CHF 6'190.60.-, celle-ci correspondant au salaire brut moyen pour un mois (à savoir : CHF 266'196.45.- / 43 mois)).

7.3 Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre la prétention de Madame A_____ et l'intimée sera ainsi condamnée à lui verser le montant brut de CHF 22'689.85.- à titre d'indemnité de salaire afférent aux vacances, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 19 avril 2017.

Le jugement entrepris sera réformé en conséquence.

8. Enfin, la Cour relève que l'intimée n'a pas formé appel joint, ni formulé aucune conclusion en ce sens. Partant, sa prétention « en restitution de l'indu par voie de

compensation » (allégués 68 à 72, mémoire de réponse du 15.06.2020) doit manifestement être rejetée. Par ailleurs, l'instruction menée par le Tribunal des prud'hommes, complète et exhaustive, a pleinement permis à la Cour de forger son appréciation, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une nouvelle audition des parties. En ce sens, la conclusion de l'intimée est rejetée.

9. En définitive, l'appel est partiellement admis.

La valeur litigieuse en appel étant inférieure à CHF 50'000.-, il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 116 al. 1 CPC ; art. 19 al. 3 let. c LaCC ; art. 71 RTFMC).

Il n'est pas alloué de dépens conformément à l'article 22 al. 2 LaCC.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 12 mai 2018 par A_____ contre le jugement JTPH/101/2020 rendu le 12 mars 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4215/2018-5.

Déclare irrecevable la conclusion amplifiée de A_____ de CHF 15'089.90.- avec intérêts à 5% l'an dès le 10 décembre 2016, en tant qu'elle dépasse le montant au dernier état des conclusions, et doit être ramenée au montant de CHF 10'089.90.-.

Au fond :

Annule le chiffre 6 du dispositif jugement JTPH/101/2020 rendu le 12 mars 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4215/2018-5.

Cela fait et statuant à nouveau :

Condamne B_____ SA à verser à Madame A_____ la somme brute de CHF 22'689.85.- à titre d'indemnité de salaire afférent aux vacances, avec intérêts moratoire à 5% l'an dès le 19 avril 2017.

Invite B_____ SA, respectivement la partie qui en avait la charge, à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais.:

Dit que la procédure est gratuite et qu'il n'est perçu aucuns frais judiciaires.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Yves BONARD, président; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, 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 15'000 fr.