

*Jugement***Suppléments également payés dans le salaire des vacances**

Les suppléments pour le travail de nuit et du dimanche versés régulièrement doivent être également payés pendant les vacances. A cet effet, on se fondera sur la moyenne des derniers mois.

**Faits**

A. a été engagée par X. le 1<sup>er</sup> juillet 1999. Le taux d'activité de la travailleuse s'est modifié à plusieurs reprises au cours des ans.

Par courrier du 25 février 2010, X. a résilié le contrat de travail au 30 avril 2010.

Par courrier du 6 avril 2010, A. a exigé de X. le paiement de 4500 francs à titre de «rémunération pour les indemnités/suppléments pour les heures supplémentaires moyennes» en lien avec «les périodes de vacances, de maladie, etc.»

Le 3 mai 2010, A. a intenté une action visant à faire condamner X. au paiement de 3838.80 francs pour «salaire manquant», montant correspondant au supplément moyen que celle-ci avait versé régulièrement pour le travail de nuit et du dimanche (le salaire manquant se réfère aux périodes de vacances et de maladie).

**Extrait des considérants**

**1.** Les parties ont conclu un contrat individuel de travail au sens de l'article 319 CO. Ce rapport de travail est soumis à la convention collective pour le personnel employé dans l'IOP du canton du Tessin. A. est d'avis que, comme elle a (depuis mai 2005) régulièrement travaillé la nuit et le dimanche, elle doit avoir droit, au vu de la convention collective et de la jurisprudence, au paiement des indemnités moyennes y relatives également pendant les périodes de maladie et de vacances.

**2.** Dans le calcul du salaire auquel le travailleur a droit pour ses vacances, il faut, conformément à l'article 329d al. 1 CO, prendre en considération non seulement le salaire de base mais également les indemnités payées pour le travail effectué la nuit, le week-end et les jours fériés dans la mesure où celles-ci

ont été versées régulièrement et durablement. Ce principe s'applique mutatis mutandis également au calcul du salaire qui doit être payé, en vertu de l'article 324a CO, en cas de maladie, de grossesse, ou de congé de maternité.

Les dispositions de l'article 324a al. 1 et 3 CO et de l'article 329d al. 1 CO ne pouvant pas être modifiées au détriment du travailleur, un contrat de travail individuel, un contrat-type ou une convention collective ne peuvent prévoir une règle moins favorable au travailleur. Dans ce sens, l'argument de X., qui soutient que, selon l'article 13 chiffre 3 CCT, l'indemnité pour travail de nuit ne fait partie intégrante du salaire que pour les travailleurs qui n'ont été engagés que pour le travail de nuit n'est pas pertinent. Selon la jurisprudence et la doctrine citée, les indemnités pour travail de nuit (et celles pour le travail du dimanche, dont l'article 13 chiffre 3 CCT ne fait cependant pas mention) font partie du salaire déterminant si elles concernent un travail qui a été régulièrement et durablement effectué la nuit et/ou le dimanche et les jours fériés.

**3.** En l'occurrence, il ressort clairement du dossier (temps de présence 2005 – 2010) que A. a régulièrement et durablement travaillé la nuit, les jours fériés, le dimanche et le samedi.

Contrairement à ce qu'avance X., il n'y a aucune raison de ne pas ajouter une part de l'indemnité payée à A. pour le travail de nuit, des jours fériés, du dimanche et du samedi au salaire payable et déterminant («salaire perdu»).

**4.** On ne voit pas bien comment le montant de 3838.30 francs réclamé par A. a été déterminé. Il semble s'agir d'un «supplément moyen de 200 francs par

mois», que A. demande pour les 65 mois de travail (calculé sur 13 mois par an) de mai 2005 à avril 2010. Dans sa demande, A. n'explique cependant pas comment elle est arrivée à ce chiffre. Il s'agit cependant de la rémunération à laquelle elle a (avait) droit pour les périodes de vacances et de maladie. Cette rémunération doit tenir compte, en tant que salaire déterminant, du salaire de base et du supplément mensuel moyen pour le travail de nuit, des jours fériés et/ou des dimanches.

De l'avis de ce juge, il est plus pratique et plus simple d'appliquer une sorte de «méthode de calcul forfaitaire» et de prendre comme critère le salaire effectivement gagné pendant une période déterminée. La doctrine et la jurisprudence recommandent ainsi d'appliquer un certain schéma fondé sur les probabilités et de fonder le calcul sur la moyenne des salaires gagnés au cours des derniers mois de travail ou d'une autre période spécifique, étant entendu que la méthode de calcul forfaitaire est d'autant plus précise que la période de référence est longue.

Ce système convient d'autant mieux qu'il est également possible de l'appliquer pour le salaire afférent aux mois de maladie (art. 324a CO).

Entre mai 2005 et avril 2010, A. a travaillé 60 mois ou, si l'on déduit les vacances prises durant cette période, 55,925 mois.

Ces années-là, A. a touché un montant total brut de 9325.10 francs de suppléments variables pour la nuit, les jours fériés et les samedis.

Le supplément mensuel moyen s'est donc élevé à 166.74 francs.

Il s'ensuit que peut être alloué à A. le montant brut de 679.45 francs à titre de supplément au salaire pour les 4,075 mois de vacances prises (166.74 francs x 4,075 mois).

*Arrêt du Tribunal des prud'hommes de la ville de Locarno, 8 avril 2011 (DI.10.87) (Traduit de l'italien)*