

NE_GERICHTE CACIV.2022.72 vom 8. November 2022

NE Tribunal cantonal, 2022-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2022.72

FR: NE_GERICHTE CACIV.2022.72 du 8 novembre 2022

IT: NE_GERICHTE CACIV.2022.72 del 8 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

L'appel a été déposé dans les formes et délai légaux, dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC ; cf. notamment Tappy , in : CR CPC, 2 e éd., n. 72 ad art. 91). L'appel est ainsi recevable (art. 308-311 CPC).

E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (cf. notamment Jeandin , in : CR CPC, 2 e éd., n. 5 Intro art. 308-334).

E. 3

a) L'intimée soutient que l'appelante a allégué divers faits qu'elle n'avait jamais invoqués en première instance et que partant ces allégations sont irrecevables. b) L'article 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). D'après la jurisprudence (arrêt du TF du 31.03.2021 [5A_451/2020] cons. 3.1.1), ces conditions sont cumulatives. S'agissant des vrais nova, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle de l'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le fait en question et le moyen de preuve n'ont pas pu être produits en première instance (ATF 143 III 42 cons. 4.1). Présenter une motivation juridique nouvelle ne tombe pas sous le coup de l'article 317 al. 1 CPC et peut ainsi sans autre être faite en appel, ce qui découle du principe selon lequel le juge applique le droit d'office (arrêt du TF du 28.11.2011 [4A_519/2011] cons. 2.1). Toutefois, cette nouvelle motivation juridique doit s'inscrire dans le cadre des faits constatés dans la décision attaquée – ou qui auraient dû l'être – et respecter le principe de la bonne foi (ATF 130 III 28 cons. 4.4). Par exemple, la question de savoir si un acte ou une omission constitue la violation d'un devoir est une question de droit. En revanche, relèvent du fait les standards professionnels appliqués dans une branche de métier ou les règles techniques reconnues dans un domaine d'activité (arrêt du TF du 23.03.2018 [4A_486/2017] cons. 3.2 ss, RSPC 2018 284) (Bohnet , CPC annoté, n. 4 ad art. 317). c) En l'espèce, il est vrai que l'appelante, en première instance, n'a soulevé ni que l'intimée avait violé le principe de la confiance, ni les questions relatives à l'interprétation du contrat,

ni une violation du principe de la bonne foi. On pourrait, au moins partiellement, considérer ses arguments présentés en appel comme une motivation juridique nouvelle, qui ne tomberait pas sous le coup de l'article 317 al. 1 CPC, mais certains éléments nouveaux avancés en appel pourraient éventuellement relever du fait et seraient ainsi irrecevables. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner la question plus avant, l'appel devant de toute manière être rejeté, que l'on prenne en compte ou non les nouveaux arguments, comme on le verra ci-après.

E. 4

Prétentions liées à la clause de non-concurrence a) Le Tribunal civil a rejeté les prétentions que la demanderesse entendait tirer d'une violation de la clause de prohibition de concurrence contenue dans le contrat no 2. Il a retenu que Y. _____ avait forcément connaissance d'une partie de la clientèle de X. _____. Il ressortait des diverses auditions de témoins que plusieurs clients étaient très attachés à la personnalité de la défenderesse et à sa manière d'enseigner. Les prestations fournies par la défenderesse revêtaient une composante personnelle prépondérante, ce qui se déduisait aussi de la nature de son activité, qui supposait une proximité physique et une certaine relation de confiance entre le moniteur et ses élèves. Les anciens élèves de la défenderesse insistaient sur l'importance de l'approche personnelle adoptée par la monitrice, chacun ayant sa propre manière d'animer une séance, et sur le rapport de confiance intrinsèque à la relation entre moniteur et élèves, comparable à celle entretenue avec un professionnel de la santé. L'approche personnelle adoptée par la défenderesse pour son enseignement, ainsi que la complicité qu'impliquait une telle activité, avaient permis à l'intéressée de séduire une clientèle qui, en raison du lien créé, avait désiré la suivre une fois sa nouvelle activité mise en place ; ces clients étaient plus attachés aux qualités personnelles de la défenderesse qu'à la structure dans laquelle celle-ci exerçait. En conséquence, la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable. b) L'appelante expose que, selon les témoignages recueillis, l'intimée, durant les derniers mois de son activité, a recueilli les adresses e-mail et les numéros de téléphone des clientes auxquelles elle dispensait des cours, manifestement en vue de les renseigner au sujet de sa future activité indépendante, et que les clientes qui ont suivi l'intimée ont insisté sur les liens d'amitié, de sympathie ou autres pour justifier qu'elles l'avaient suivie, et non sur ses qualités professionnelles. L'intimée n'a eu connaissance de la clientèle et n'a pu lui dispenser des cours que dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Le dossier ne démontre pas que l'intimée aurait fourni des prestations qui se caractérisaient surtout par ses qualités personnelles, de telle sorte que le client attacherait plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Les prestations ne se caractérisaient pas par une forte composante personnelle, puisque les clients de l'intimée fréquentaient A. _____ avant son arrivée. Rien n'empêchait l'intimée d'attendre l'échéance du délai fixé par la clause de non-concurrence pour dispenser des cours aux personnes qui l'avaient suivie dans sa nouvelle activité, en raison de rapports amicaux noués entre elles. Il faut donc retenir que l'intimée a violé la clause de non-concurrence à laquelle elle était tenue contractuellement. Tous les clients accueillis par l'intimée dans sa nouvelle structure sont des anciens clients de l'appelante ; le dommage correspond à la perte liée au non-renouvellement des abonnements par les 43 (sur 47) personnes qui ont rejoint la nouvelle structure de l'intimée. Celle-ci a réalisé un bénéfice net de 16'000 francs pour les quatre premiers mois d'activité de sa nouvelle structure, sans avoir à prospecter, donc grâce aux clients qu'elle a détournés illicitement de son ancien employeur. c) Selon l'intimée, l'appelante reconnaît elle-même la forte composante personnelle qui la liait à la

clientèle. La clause de prohibition de faire concurrence n'a ainsi aucune validité. Au demeurant, l'appelante n'a ni allégué, ni démontré que l'intimée avait connaissance des habitudes des clients et que l'« utilisation de la clientèle » était de nature à lui causer un préjudice sensible. Même si la clause de prohibition de concurrence devait être jugée valide, les conditions de son application ne seraient de toute manière pas remplies. d) L'article 340 CO prévoit que le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (al. 1) et que la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (al. 2). e) Dans un arrêt récent (arrêt du TF du 20.12.2021 [4A_205/2021] cons. 4.2), le Tribunal fédéral a résumé sa jurisprudence relative à la validité des clauses de prohibition de concurrence. Il a rappelé des arrêts antérieurs niant la validité de clauses de non-concurrence dans le cas d'un employé qui ne pouvait tirer profit de sa connaissance de la clientèle lorsque les rapports entre la clientèle et l'employeur avaient essentiellement un caractère personnel, fondé sur la compétence de cet employeur, par exemple s'il s'agissait d'un avocat célèbre ou d'un chirurgien réputé (la connaissance que l'employé possédait de la clientèle ne lui procurait pas, à elle seule, le moyen de rompre le lien qui pourrait exister entre son employeur et sa clientèle), dans celui d'un dentiste, où une relation personnelle était établie entre le client et l'employé lui-même (la personnalité de l'employé revêtait pour le client une importance prépondérante et interrompait le rapport de causalité qui doit exister entre la simple connaissance de la clientèle et la possibilité de causer un dommage sensible à l'employeur) et dans celui d'un gestionnaire de fortune au sein d'une banque (ses prestations étaient caractérisées par une forte composante personnelle, qui contrecarrait la validité de la clause d'interdiction de concurrence). Le Tribunal fédéral a par contre retenu qu'il n'y avait pas lieu de dénier, de manière générale, toute validité à une interdiction de concurrence pour un conseiller fiscal. Plus généralement, il considère qu'il n'existe aucune profession pour laquelle une interdiction de concurrence serait absolument et dans tous les cas exclue. Ainsi, le juge doit apprécier les circonstances de chaque cas. Tout au plus peut-on dire que, s'agissant des professions libérales, la facette personnelle de la relation au client revêt une importance toute particulière. Cela étant, une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'article 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une telle clause, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier. Toutefois, la situation se présente différemment lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans cette situation, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour lequel il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles,

de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans un tel cas, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients. Pour admettre une telle situation – qui exclut la clause de prohibition de concurrence – il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle. f) En l'espèce, il ressort du dossier que l'intimée a fait la connaissance d'une partie de ses élèves par l'intermédiaire de A. _____, qu'elle a commencé une activité indépendante dès la mi-septembre 2019 (donc avant l'expiration du délai de six mois fixé par l'article 6 du contrat no 2) et que plusieurs clients qui fréquentaient antérieurement la structure de l'appelante ont, dès septembre 2019, quitté cette structure et conclu des contrats avec l'intimée pour des prestations que l'on peut supposer semblables (même si les termes utilisés pour l'intitulé des cours ne sont pas identiques). Cela étant, il faut admettre que l'activité d'une monitrice d'activités physiques du genre de celles proposées par l'appelante, puis à titre indépendant par l'intimée revêt une composante personnelle importante et même prépondérante. Les activités dont il est question supposent une proximité physique entre la monitrice et les élèves, proximité qui n'équivaut certes pas à celle d'un gynécologue ou d'un dentiste avec ses patientes et patients, mais qui ne peut cependant pas être niée (correction des mouvements des élèves, nécessitant un contact physique étroit). Même en faisant abstraction des messages de clients déposés par l'intimée en première instance, il faut constater que, dans une relation de ce genre, des liens d'attachement et d'amitié se créent (tém. D. _____), qu'un élève peut se sentir à l'aise et en confiance avec un moniteur et pas forcément avec un autre et particulièrement apprécier son approche des cours (tém. F. _____) et que la personnalité du moniteur est importante, comme dans le cas d'un médecin bienveillant, et qu'on n'a pas forcément envie de changer pour quelqu'un d'autre (tém. G. _____). Dans son mémoire d'appel, l'appelante a d'ailleurs elle-même indiqué que les clientes qui avaient témoigné avaient « insisté sur le caractère des liens d'amitié, de sympathie ou autres, pour justifier le fait qu'elles ont suivi l'intimée dans sa nouvelle activité indépendante », ce dont on peut déduire qu'il est naturel que de tels liens se créent dans ce genre de contexte, qui attachent la monitrice aux élèves. L'activité en question est assez clairement une question de capacités personnelles, quant à la manière de donner les cours, mais aussi de confiance et de sympathie, au sens de la jurisprudence fédérale. Dans ce genre de situation, le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur, ce que confirme d'ailleurs le fait qu'à suivre l'appelante, 43 clients sur 47 auraient suivi l'intimée dans sa nouvelle structure : si la structure avait une importance prépondérante, un tel résultat aurait évidemment été exclu, quels que soient les éventuels efforts déployés par l'intimée pour débaucher les clients de l'appelante. On peut ainsi suivre le Tribunal civil, quand il résume la situation en disant que « [l']approche personnelle adoptée par [l'intimée] pour l'enseignement de ces cours ainsi que la complicité qu'implique une telle activité ont permis à celle-ci de séduire une clientèle qui, en raison du lien créé, a désiré la suivre une fois sa nouvelle activité mise en place. Ainsi, ces clients étaient plus attachés aux qualités personnelles de [l'intimée] qu'à la structure dans laquelle celle-ci exerçait, ce qui ne saurait lui être reproché par [l'appelante] ». En conséquence, il faut retenir que la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable et ne pouvait, partant, pas être opposée à l'intimée.

Salaire relatif aux vacances a) Le Tribunal civil a relevé qu'aucun des deux contrats passés entre les parties ne prévoyait d'indemnité pour les vacances. La fiche de salaire de décembre 2018 ne mentionnait pas non plus une telle indemnité et aucun élément du dossier ne permettait de conclure qu'il se serait agi d'une erreur isolée, ce que n'alléguait d'ailleurs pas la demanderesse. Dès janvier 2019, une indemnité pour les vacances apparaissait sur les fiches de salaire de la défenderesse, venant en déduction du salaire horaire net pourtant convenu dans le contrat no 2 et entraînant ainsi, dans les faits, une réduction du salaire horaire. Selon la demanderesse, elle avait averti ses employés que l'indemnité de vacances était comprise dans le salaire horaire, mais la défenderesse avait contesté que cela lui ait été spécifié. Aucun des contrats de travail produits n'indiquait que la part du salaire afférent aux vacances était versée simultanément au salaire variable. Cette part n'apparaissait qu'à partir de janvier 2019 sur les fiches de salaire, mais en déduction – et non en sus – de la rémunération variable nette prévue dans le contrat no 2. Consciente de cette problématique, la demanderesse avait proposé à la défenderesse la conclusion d'un avenant visant apparemment à se conformer aux exigences jurisprudentielles et qui prévoyait en fait une réduction du salaire horaire de 8,33 %. C'était la preuve que le système de rémunération n'était initialement pas aussi clair que prétendu par la demanderesse. Selon la défenderesse, elle avait refusé cette proposition de modification et il ne ressortait pas du dossier qu'elle l'aurait acceptée, la charge de la preuve d'une éventuelle acceptation incombant à la demanderesse. Les conditions formelles de l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire variable n'étaient pas respectées et la prétention reconventionnelle devait être admise sur le principe. b) Selon l'appelante, le premier juge a occulté le principe de la confiance, à la base de toute relation contractuelle. Il convenait d'interpréter les contrats selon la réelle et commune intention des parties. Aucune des parties ne dispose d'une formation juridique. L'intimée a commencé à travailler en 2012. Durant toutes les années de son engagement, elle a pu prendre des vacances, durant lesquelles elle n'était pas payée. Elle n'a jamais manifesté de désaccord avec la rédaction des contrats, ni avec les fiches de salaire, ni avec les salaires qui lui étaient versés. Ce n'est qu'après que l'appelante lui a signifié qu'elle lui reprochait une violation de la clause de non-concurrence que l'intimée a émis des prétentions relatives aux vacances. L'intimée est de mauvaise foi en réclamant maintenant une indemnisation pour les vacances. Hors des vacances, elle recevait des salaires extrêmement élevés, pour la branche d'activité qu'elle exerçait. L'intimée a d'ailleurs admis, au cours de son interrogatoire, qu'elle avait pris des vacances pendant toute la durée du contrat et qu'elle percevait un salaire net, qui incluait aussi les vacances. La volonté des parties au moment de la conclusion du contrat était bien de fixer un prix de l'heure, incluant les vacances, pour les prestations de l'intimée. Le premier juge a occulté le témoignage essentiel de D. _____, qui a déclaré que, pour elle, cela « a toujours été clair que le tarif horaire de base comprenait le droit aux vacances ». c) D'après l'intimée, les allégations et l'argumentation de l'appelante en rapport avec l'interprétation du contrat et la bonne foi sont nouvelles, dans la mesure où elles n'ont jamais été invoquées en première instance. L'argumentation paraît ainsi irrecevable au stade de l'appel. Au sens de la jurisprudence, l'intimée ne commet pas un abus de droit en réclamant l'indemnité, même si elle a pris ses vacances pendant la durée du contrat. L'appelante n'a pas apporté de preuve d'une hypothétique renonciation de l'intimée à réclamer son droit au salaire pour les vacances. d) L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO) ; ces dispositions sont relativement impératives, en ce

sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Par ailleurs, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO) ; cette règle est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). e) D'après la jurisprudence (arrêt du TF du 11.11.2021 [4A_158/2021] cons. 4.1), ces règles visent à assurer à la fois que le travailleur prenne effectivement du repos et qu'il puisse le faire sans subir une perte de salaire. Ainsi, le salaire relatif aux vacances doit en principe 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. Dans des situations particulières, lorsque le calcul par avance du droit aux vacances se révèle difficile, soit dans le cas d'une activité irrégulière, on admet toutefois que l'indemnité de vacances puisse exceptionnellement être incluse dans le salaire total. Pour cela, il faut une nécessité objective due à une activité irrégulière (première condition) et la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances doit être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il est 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 passé par écrit que dans les décomptes de salaire. Si ces trois conditions (matérielle et formelles) 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 puisqu'il n'était pas rémunéré durant celles-ci. L'employé qui exige à la fin des rapports de travail le salaire correspondant à ses vacances n'abuse donc pas de son droit, mais il peut en aller différemment dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque l'employé a perçu une forme de rémunération pendant ses vacances. f) Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, 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). En droit suisse des contrats, la question de savoir si les parties ont conclu un accord est soumise au principe de la priorité de la volonté subjective sur la volonté objective. Lorsque les parties se sont exprimées de manière concordante (échange de manifestations de volonté concordantes), qu'elles se sont effectivement comprises et, partant, ont voulu se lier, il y a accord de fait. Subsidiairement, si les parties se sont exprimées de manière concordante, mais que l'une ou les deux n'ont pas compris la volonté interne de l'autre, ce dont elles n'étaient pas conscientes dès le début, il y a désaccord latent et le contrat est conclu dans le sens objectif que l'on peut donner à leurs déclarations de volonté, selon le principe de la confiance (arrêt du TF du 22.10.2021 [4A_643/2020] cons. 4.1, qui se réfère à ATF 144 III 93 cons. 5.2.1). En procédure, le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle 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 étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes. L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (arrêt du 22.10.2021 précité, cons. 4.2.1, qui se réfère à ATF 144 III 93 cons. 5.2.2). Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et

commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves –, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (arrêt du 22.10.2021 précité, cons. 4.2.2, qui se réfère à ATF 144 III 93 cons. 5.2.3). L'interprétation selon le principe de la confiance consiste à rechercher comment chacune des parties pouvait et devait comprendre de bonne foi les déclarations de l'autre, en fonction du contexte dans lequel elles ont traité. Même s'il est apparemment clair, le sens d'un texte écrit n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée ; en effet, lorsque la teneur d'un texte paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres éléments du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Cependant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral d'un texte lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne corresponde pas à la volonté ainsi exprimée. D'après le principe de la confiance, la volonté interne de s'engager du déclarant n'est pas seule déterminante ; une obligation à sa charge peut découler de son comportement, dont l'autre partie pouvait, de bonne foi, déduire une volonté de s'engager. Ce principe permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (arrêt du 22.10.2021 précité, cons. 4.2.2). La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit ; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (arrêt du 22.10.2021 précité, cons. 4.2.2). Si le juge parvient à établir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse d'un accord de fait ou d'un désaccord patent, il s'arrête là. Il est ainsi exclu de procéder à l'interprétation du contrat selon le principe de la confiance si la volonté réelle des parties a pu être établie, que ce soit dans le sens d'un accord de fait ou d'un désaccord patent (arrêt du 22.10.2021 précité, cons. 4.2.3). Le principe in dubio contra stipulatorem intervient de manière subsidiaire, si l'interprétation selon le principe de la confiance ne permet pas de dégager le sens de clauses ambiguës (arrêt du TF du 08.04.2019 [4A_469/2017] cons. 3.3, qui se réfère notamment à ATF 133 III 61 cons. 2.2.2.3). Les termes utilisés dans un contrat sont en principe compris dans leur sens habituel (Winiger , in : CR CO I, n. 27 ad art. 18). g) En l'espèce, il est constant que, depuis le début des relations contractuelles, soit depuis 2012, l'intimée a pris des vacances chaque année, pendant lesquelles elle ne touchait pas de salaire, en ce sens qu'elle n'était rétribuée que pour les heures de cours qu'elle donnait effectivement. Les deux contrats signés par les parties ne disent rien au sujet des vacances, qu'il s'agisse de la durée des vacances annuelles ou de la rétribution de l'employée pendant celles-ci. Jusqu'en décembre 2018, les fiches de salaire n'évoquaient pas non plus la question de la rémunération en rapport avec les vacances et les heures de travail étaient payées à raison de 70 ou 50 francs, selon la taille des groupes. Depuis le mois de janvier 2019, les fiches ont fait état d'un salaire horaire inférieur (respectivement 64.62 au lieu de 70 francs et 46.15 au lieu de 50 francs), mais la diminution était compensée dans une rubrique supplémentaire – « Indemnité vacances » –,

au sens de laquelle le salaire déduit de l'application du tarif horaire était augmenté de 8,33 % (on notera que le salaire en résultant était le même que celui qui aurait été versé selon la méthode précédente, la différence de quelques dizaines de centimes que l'on constate dans certaines fiches provenant de la manière d'effectuer des arrondis). Il faut donc déjà constater que les conditions jurisprudentielles pour qu'une indemnité de vacances puisse – exceptionnellement – être incluse dans le salaire total ne sont pas réunies, dans la mesure où aucune nécessité objective due à une activité irrégulière ne pouvait justifier une telle méthode (l'activité de l'intimée était en fait régulière, même si le salaire variait en fonction du nombre d'heures de cours données durant le mois) et que la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances n'était pas mentionnée du tout dans les contrats de travail (qui avaient été conclus par écrit), ni, jusqu'en janvier 2019, sur les décomptes de salaire périodiques. L'appelante ne soutient pas que l'avenant qu'elle avait proposé à l'intimée au sujet de la rétribution des vacances, vraisemblablement en mars 2019, aurait été signé. Elle doit ainsi payer le salaire afférent aux vacances. Que l'intimée ait pris ses vacances en nature n'y change rien, puisqu'elle n'était pas rémunérée durant celles-ci. L'intimée n'a reçu aucune forme de rémunération durant ses congés et elle n'abuse ainsi pas de son droit en exigeant, à la fin des rapports de travail, le salaire correspondant à ses vacances. Cela suffit à sceller le sort de l'appel sur cette question. h) La solution ne serait pas différente si on examinait la question sous l'angle de l'interprétation du contrat. L'appelante soutient que, dès le début des relations de travail, il était clair que l'indemnité de vacances faisait partie du salaire horaire des employés. C'est ainsi que l'a compris l'une des employées, D. _____, qui a déclaré ceci : « [p]our moi il a toujours été clair que le tarif horaire de base comprenait le droit aux vacances » ; la même employée a cependant aussi dit cela : « [v]ous me demandez si je me souviens de discussions particulièrement en lien avec les conditions de travail. Je vous réponds qu'il y avait eu un conflit avec l'une des employées au sujet du contrat de travail. Ce conflit nous a fait prendre conscience qu'il y avait des erreurs sur notre propre contrat, à savoir qu'il n'y a jamais eu de mentions des vacances sur nos fiches de salaire et que les charges sociales étaient mises à notre charge, ce qui n'a jamais été le cas dans les faits. Cela a donné lieu à la création d'un avenant que j'avais moi-même accepté ». On peut en déduire que la compréhension du contrat par D. _____ différait, sur cette question, de celle d'une autre employée, qui s'était trouvée en conflit avec l'appelante. Lors de son interrogatoire, l'intimée s'est exprimée comme suit : « S'agissant de la question des vacances [...], je précise qu'au moment d'être engagée j'étais dans la totale ignorance. Rien ne m'avait été spécifié à ce sujet. Je pense que X. _____ était également dans l'ignorance à ce moment-là. C'est uniquement en 2017 qu'une collègue s'est penchée sur les contrats et qu'elle nous a révélé que nous avions droit à une part de vacances. C'est alors que j'ai ouvert les yeux. L'ambiance au sein de A. _____ est devenue mauvaise, la collègue en question a été licenciée. À ce moment-là, je n'ai pas réclamé les vacances au vu de l'ambiance qui régnait dans A. _____. [...] [en janvier 2019, elle avait été surprise que les vacances soient retranchées du salaire horaire ; elle avait refusé de signer l'avenant qui lui était proposé, car elle trouvait la démarche cavalière]. À votre question de savoir si pour moi il était clair dès le début que tout était compris dans le salaire horaire, je vous réponds que l'on ne nous avait jamais parlé de quoi que ce soit à ce propos. J'ai régulièrement pris mes vacances, mais vu que nous étions payés à l'heure, je n'étais pas payée durant ces périodes ». Contrairement à ce que l'appelante soutient dans son mémoire d'appel, l'intimée n'a donc pas admis qu'elle trouvait normal de ne pas être payée pendant les vacances. Dans les faits, elle ne l'a pas contesté pendant la

durée des rapports de travail, puisqu'elle n'a pas réclamé d'indemnité pour les vacances au moment de recevoir ses fiches de salaire et le salaire lui-même. À cet égard, on peut admettre que le fait que, pendant environ sept ans, l'intimée n'a pas réagi quand elle recevait des fiches de salaire ne mentionnant aucune indemnité pour les vacances, ni aucune rémunération pendant celles-ci, peut constituer un indice que la volonté des parties était que le salaire horaire fixé comprenne les vacances. Cependant, il faut constater que l'intimée n'a aucune formation juridique, qu'elle était la partie présumée faible dans la relation de travail et que, jusqu'en 2017, elle ne savait pas que les vacances devaient en principe être payées. Elle ne s'est pas posé la question et n'a pas reçu d'informations au moment de conclure les contrats (le contraire n'est en tout cas pas établi par le dossier), de sorte qu'on peut difficilement retenir qu'à la conclusion, elle aurait manifesté sa volonté de considérer le salaire horaire fixé comme comprenant les vacances, ni même eu de volonté quelconque à ce sujet. L'intimée a par ailleurs expliqué la situation existant depuis 2017, qui faisait qu'il lui était difficile de faire part de réclamations, dont elle pouvait craindre qu'elles entraînent son licenciement. Les salaires horaires qui étaient prévus n'étaient pas si élevés qu'ils auraient forcément inclus une part aux vacances, comme l'appelante paraît vouloir le soutenir : payer 50 à 70 francs l'heure à une monitrice au bénéfice de diverses formations spécifiques n'a rien d'exceptionnellement généreux, sachant au surplus que la difficulté de totaliser chaque mois un nombre d'heures suffisant pour une rémunération totale décente pesait sur l'employée, avec le système du paiement à l'heure de cours dispensée. En conséquence, l'interprétation du contrat n'amène pas au constat que les parties auraient eu une réelle et commune intention de considérer l'indemnité pour vacances comme incluse dans le salaire horaire convenu. L'interprétation objective n'amène en outre pas au résultat que l'intimée aurait admis qu'elle ne devait pas être payée pour ses vacances. i) Quant à l'argument relatif à une prétendue mauvaise foi de l'intimée, qui se déduirait du fait qu'elle n'a pas demandé le paiement des vacances avant que l'appelante lui fasse part de prétentions déduites de la clause de non-concurrence, il suffit de rappeler la jurisprudence fédérale citée plus haut, au sens de laquelle l'employé n'abuse pas de son droit quand il exige à la fin des rapports de travail le salaire correspondant à ses vacances. j) L'appelante ne formule aucun grief quant au calcul, par le premier juge, du montant dû à l'intimée au titre des vacances. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question.

E. 6

Charges sociales retenues à tort a) Le Tribunal civil a constaté que le contrat no 1 ne contenait aucune précision quant au caractère brut ou net de la rémunération horaire prévue ; à l'inverse, le contrat no 2, à son article 3, prévoyait expressément le caractère net de la rémunération ; malgré cela, les fiches de salaire de décembre 2018 et janvier 2019, produites par la défenderesse, indiquaient un salaire horaire brut, c'est-à-dire duquel les charges sociales étaient déduites. Pour le premier juge, l'article 3 du contrat no 2, prévoyant que « les charges sociales sont prises en charge par l'employé et doit s'assurer (sic) en cas d'accident conformément aux lois suisse (sic) » était contraire au droit. Il ne suffisait pas de se référer abstraitement « aux lois suisses », tout en en méprisant le contenu et les buts, pour rendre l'objet d'une clause conforme à celles-ci. La clause contractuelle en question devait être déclarée nulle. Malgré le texte de cette clause, la demanderesse avait prélevé les cotisations sociales de manière paritaire, ce qui était en soi conforme au système légal. Cela ne signifiait cependant pas qu'elle avait versé à la défenderesse le salaire convenu. Ce salaire était, selon le contrat no 2, un salaire net. Les charges sociales ne devaient pas en être déduites, dès l'entrée en vigueur de ce contrat. La défenderesse avait ainsi droit au

remboursement des charges sociales prélevées à tort, pour la période allant depuis l'entrée en vigueur du contrat no 2 et dans la mesure où le prélèvement des charges sociales était établi. b) L'appelante soutient que le fait qu'elle a toujours déduit les charges sociales, sur chacune des fiches de salaire et des certificats de salaire qu'elle a établis pour l'intimée, doit être considéré comme une preuve que les deux parties avaient bien en vue un salaire brut, et non pas net comme indiqué faussement dans le contrat no 2. Pour l'appelante, le premier juge a violé le droit en ne faisant pas application des articles 2 et 3 CC. Le premier contrat prévoyait bien un salaire horaire brut, contrairement au second, ceci alors que les salaires versés sur la base des deux contrats ont toujours été les mêmes, avec une rémunération horaire brute, de laquelle les charges sociales étaient toujours déduites. La volonté commune des deux parties, au moment de la conclusion des deux contrats, était de fixer un salaire horaire brut, duquel les charges sociales devaient être déduites, charges que l'appelante a toujours acquittées auprès des assurances sociales concernées. c) Selon l'intimée, l'argumentation relative à une prétendue violation du principe de la bonne foi est irrecevable, puisqu'en première instance, l'appelante n'a pas allégué les faits correspondants. Le Tribunal civil a d'ailleurs relevé que l'appelante n'avait allégué aucun fait à l'appui d'une contestation des prétentions de l'intimée à ce sujet. Ce défaut d'allégation ne peut pas être réparé en appel. Même si la procédure relève de la maxime inquisitoire sociale, l'appelante se devait d'alléguer les faits dans le cadre des échanges d'écritures en première instance. Sur le fond, l'intimée rappelle la jurisprudence qui prévoit que le fait pour un employé d'avoir perçu pendant plusieurs années un salaire inférieur au salaire convenu n'entraîne aucune acceptation tacite du salaire réduit. Au surplus, le texte du contrat no 2 est clair et ne nécessite aucune interprétation, en ce sens qu'il prévoit un salaire net. L'appelante n'a apporté aucune preuve d'un consentement de l'intimée à considérer ce salaire comme une rémunération brute. d) D'après l'article 322 al. 1 CO, l'employeur paie à l'employé le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type ou une convention collective. e) Le salaire fixé par les parties à un contrat de travail est généralement le salaire brut, duquel il faut soustraire les déductions sociales et conventionnelles (les charges sociales sont versées de manière paritaire par l'employeur et l'employé), le solde constituant le salaire net ; lorsque les parties ne précisent pas si le salaire est brut ou net, il est d'usage que le salaire s'entende brut, de sorte qu'une présomption peut être admise à cet égard (Wyler/Heinzer , Droit du travail, 4 e éd., p. 237). f) Les règles d'interprétation des contrats ont déjà été rappelées plus haut. g) En l'espèce, il n'est pas contesté que si le contrat no 1 ne dit pas si les salaires horaires convenus sont bruts ou nets (ce qui amène à présumer qu'ils étaient bruts), le contrat no 2, signé le 6 juin 2016 – qui entrerait apparemment tout de suite en vigueur – indique expressément, en son chiffre 3, une rémunération de, respectivement, « CHF 70.00 net par heure » et « CHF 50.00 net par heure » selon la taille des groupes. Il n'est pas contesté non plus que la part de l'employée – et non celle de l'employeur – sur les charges sociales a toujours été déduite des salaires versés à l'intimée, ce qui figurait sur les fiches de salaire mensuelles et les certificats de salaire annuels qui lui étaient remis. L'intimée ne soutient pas qu'elle aurait, avant la fin des rapports de travail, protesté contre ces déductions. L'appelante ne critique pas le constat du premier juge selon lequel c'est elle qui s'était chargée de la rédaction des contrats. L'appelante soutient, en substance, que la réelle et commune intention des parties était, malgré le texte du contrat no 2, que les salaires horaires convenus soient des salaires bruts et que les charges sociales soient dès lors déduites du montant déterminé par les taux horaires. Il est vrai qu'après l'entrée en vigueur du contrat no 2, soit en juin 2016, l'intimée n'a pas

protesté contre la déduction des charges sociales sur ses salaires, ceci jusqu'à la fin des rapports de travail, en juin 2019. Cela peut toutefois s'expliquer par d'autres motifs qu'une volonté d'admettre ces déductions, soit, par exemple, par la crainte que des réclamations mettent en péril son emploi ou les conditions de travail, l'ambiance, dès 2017, n'étant au demeurant pas propice à des discussions sur les salaires (cf. plus haut). On ne peut ainsi pas déduire du contexte général que l'intimée aurait eu la volonté de conclure un contrat prévoyant, malgré son libellé, que les charges sociales seraient déduites de son salaire. L'interprétation subjective ne permet dès lors pas d'aboutir à un résultat. Il faut donc procéder à une interprétation objective, soit selon le principe de la confiance, laquelle, comme on l'a vu, ne peut s'appuyer que sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs. L'absence de réclamations de la part de l'intimée à réception de ses fiches de salaire postérieures à juin 2016 est donc sans pertinence dans ce cadre. Si l'on recherche ainsi comment chacune des parties pouvait et devait comprendre de bonne foi les déclarations de l'autre, en fonction du contexte dans lequel elles ont traité, le seul élément probant que l'on trouve au dossier est le texte du chiffre 3 du contrat no 2, dont le sens littéral est clair – chacun des deux salaires horaires est stipulé « net » – et dont aucune raison sérieuse ne permet de penser qu'il ne correspondait pas à la volonté exprimée. Dans le sens habituel, un salaire est stipulé « net » quand c'est le montant correspondant qui doit être versé à l'employé, sans déduction. Il n'y a rien d'insolite à ce que les parties à un contrat de travail conviennent d'un salaire net, par souci de clarté envers l'employé quant à ce qu'il va effectivement recevoir, et que l'employeur se charge ensuite du paiement des parts des deux parties aux charges sociales. On peut d'autant plus opposer à l'appelante le sens objectif de sa déclaration que c'est elle-même qui a rédigé le contrat dont il est question. En conséquence, il faut retenir que la déduction des charges sociales était injustifiée et que, sur le principe, l'appelante doit rembourser à l'intimée les montants correspondants. h) L'appelante ne formule aucun grief quant au calcul, par le premier juge, du montant dû à l'intimée au titre des charges sociales retenues en trop. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question.

E. 7

Il résulte de ce qui précède que l'appel est mal fondé et doit être rejeté. Il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires (art. 114 let. c CPC). En tant qu'elle succombe, l'appelante doit être condamnée à verser une indemnité de dépens à l'intimée (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci n'a pas déposé de mémoire d'honoraires pour la procédure d'appel et l'indemnité sera dès lors fixée sur la base du dossier (art. 105 al. 2 CPC). Un montant de 1'800 francs, frais et TVA inclus, paraît équitable.