

# VD\_FINDINFO 212 vom 20. April 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-04-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_212](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_212)

FR: VD\_FINDINFO 212 du 20 avril 2022

IT: VD\_FINDINFO 212 del 20 aprile 2022

## Regeste

CONTRAT DE TRAVAIL, HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES, INDEMNITÉ DE VACANCES, SALAIRE, SUPPLÉMENT DE SALAIRE, AUTORITÉ JUDICIAIRE{TRIBUNAL} | 329a CO, 329d CO, 336 CO, 13 LTr, 124 al. 1 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC). L'appel joint n'est jamais soumis à des exigences quant à la valeur litigieuse (Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019 [ci-après : CR-CPC], n. 6 ad art. 313 CPC).

### E. 1.2

En l'espèce, interjeté en temps utile, déposé par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse des conclusions, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, est supérieure à 10'000 fr., l'appel principal est recevable. Quant à l'appel joint, il a été déposé dans le délai imparti pour le dépôt de la réponse, de sorte qu'il est également recevable.

### 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 et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC ; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC ; JdT 2011 III 43 et les réf. citées) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

### E. 3.1

L'appelante principale invoque tout d'abord une constatation inexacte des faits.

### **E. 3.2**

L'appelante principale soutient qu'il ressortirait de la pièce 107 que l'intimé avait pratiquement le même véhicule à disposition, soit celui immatriculé [...] ou [...]. Tel ne ressort toutefois pas de ladite pièce, d'autres immatriculations y figurant. Il n'y a donc pas lieu de corriger l'état de fait sur ce point.

### **E. 3.3**

L'appelante principale prétend encore que l'état de fait du jugement ne relate pas le contenu des fiches de salaires produites en pièce 116, à savoir, d'une part, qu'elles mentionnent toutes une indemnisation des vacances et jours fériés à hauteur de 10,33 % du salaire et le montant nominal auquel celle-ci correspond et, d'autre part, qu'elles comportent toutes la signature de l'intimé après la mention « Reconnu exact ». Ces éléments, qui ressortent effectivement des fiches de salaires produites sous pièce 116, auraient dû figurer dans la partie factuelle du jugement querellé et celui-ci a été complété sur ce point.

### **E. 3.4**

S'agissant des témoignages de Q.\_\_\_\_\_ et de F.\_\_\_\_\_, l'appelante principale reproche aux premiers juges d'avoir tenu compte de leurs déclarations, en raison de leur état d'esprit et des procès qui les opposent ou les ont opposés avec A.V.\_\_\_\_\_, administrateur unique de l'appelante principale jusqu'en décembre 2016 et de la société G.\_\_\_\_\_SA. Or, s'agissant de Q.\_\_\_\_\_, les premiers juges ont pris ces éléments en considération en relevant que son témoignage n'avait été retenu que pour autant qu'il soit corroboré par d'autres éléments probants. Quant au témoignage de F.\_\_\_\_\_, les premiers juges ont relevé que celui-ci n'avait pas connaissance du détail de la procédure et n'avait pas parlé de celle-ci avec l'une ou l'autre des parties, de sorte que ses déclarations pouvaient être prises en compte sans réserve. L'appelante principale soutient que ce témoin serait également divisé par une procédure avec A.V.\_\_\_\_\_. Or, tel ne ressort pas de son procès-verbal d'audition de sorte que cet élément, par ailleurs non prouvé, ne peut pas être pris en compte. On ne saurait donc reprocher aux premiers juges d'avoir tenu compte des déclarations de F.\_\_\_\_\_.

### **E. 4.1**

L'appelante principale invoque une violation de l'art. 349a al. 2 CO et conteste l'augmentation du salaire mensuel brut de l'intimé de 4'221 fr. 30 à 5'000 fr. à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012, date de début de l'horaire de nuit de l'intimé. L'appelante principale soutient que les premiers juges ne pouvaient pas tenir compte de la pénibilité notoire du travail de nuit pour justifier l'augmentation du salaire dans la mesure où l'horaire de nuit avait été choisi par l'intimé lui-même, car plus « rentable » que l'horaire de jour, mais n'avait pas été imposé par l'employeur. L'appelante principale relève au demeurant que l'OTR 2, applicable en l'espèce, ne distingue pas le travail de jour et de nuit s'agissant de la durée journalière et hebdomadaire maximale de conduite. Elle relève encore que l'analyse du salaire convenable d'un voyageur de commerce doit se faire par comparaison à un autre voyageur de commerce fournissant une prestation moyenne et placé dans des circonstances convenables et non au regard de l'ensemble de la branche d'activité économique. Or, en l'espèce, tous les chauffeurs de compagnies de taxi sont logés à la même enseigne. L'appelante principale relève encore que l'idée d'instaurer un salaire minimum a été rejetée par le peuple suisse.

### **E. 4.2**

Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. Il faut donc, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure ; il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III 174 consid. 2b). La provision est la rémunération que le salarié reçoit au prorata des affaires qu'il a permis de conclure avec des tiers (Witzig, Commentaire romand du Code des obligations I, 3 e éd, Bâle 2021 [ci-après : CR CO I], n. 1 ad art. 322b CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque l'employé est rémunéré exclusivement par l'encaissement de provisions sur les affaires conclues, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Notre haute cour justifie sa position par le but d' « éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes (cf., à ce propos, ATF 129 III 664 consid. 6.1), l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO devant être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions » (ibid.). Relevant que le caractère "convenable" d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral retient qu'une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permet de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (Arbeitseinsatz), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). Dans le cas d'espèce, le travailleur avait réalisé un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. pour une activité à plein temps. Selon le Tribunal fédéral, dans de telles conditions, il n'était pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en Suisse, n'était pas convenable (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Ainsi, en jugeant que le salaire mensuel brut de 3'874 fr. 25 était « convenable » dans le sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'avait en rien abusé de son pouvoir d'appréciation, relevant que ledit salaire était encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4'727 fr. par mois (ibid.). Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur (TF 4A\_8/2013 du 2 mai 2013 consid. 3.3., non publié in ATF 139 III 214). Cette jurisprudence s'applique également au travailleur rémunéré principalement ou exclusivement à raison d'un pourcentage du chiffre d'affaires (TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2). Elle a été unanimement approuvée par la doctrine et par la jurisprudence cantonale (Rudolph Roger, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Zurich 2021, n. 626 s. et les réf. citées ; Aubert, in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 28 ad art. 349a CO et les réf. citées). En effet, le législateur n'entendait pas réserver l'assurance d'un salaire convenable aux seuls voyageurs de commerce, mais partait de la prémisse – aujourd'hui dépassée – que seule cette catégorie d'employés était concernée par des rémunérations fixées principalement ou exclusivement en fonction de provisions (Rudolph, op. cit., n. 628 s.). Or, il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment les voyageurs de commerce des autres employés, c'est pourquoi le Tribunal fédéral avait comblé une lacune en retenant une application analogique de l'art. 349a al. 2 CO dès qu'un employé était rémunéré principalement ou exclusivement par commissions (Rudolph, op. cit., n. 630).

#### **E. 4.3**

En l'espèce, les parties sont convenues d'une rémunération fixée exclusivement en fonction d'un pourcentage des recettes encaissées par l'intimé. Compte tenu de la jurisprudence sus-rappelée, non contestée par la doctrine et appliquée sans discussion par la jurisprudence cantonale, on ne saurait reprocher aux premiers juges d'avoir appliqué par analogie l'art. 349a al. 2 CO dans le cas d'espèce. Il reste à examiner si le salaire mensuel brut moyen perçu par l'intimé, estimé par les premiers juges à 4'221 fr. 30 – ce que l'appelante ne remet pas en cause, constitue un salaire convenable au regard des critères développés par la jurisprudence, à savoir en fonction de l'engagement au travail de l'employé, de sa formation, de ses années de service, de son âge, de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). En l'occurrence, les premiers juges ont tenu compte de l'âge de l'intimé au moment de son engagement (35 ans), du fait qu'il n'avait alors pas d'expérience dans la profession, qu'il n'assumait pas de responsabilités particulières dans le cadre de son emploi, ainsi que de la pénibilité notoire que représente un travail de nuit pour un chauffeur de taxi, tant s'agissant des conditions de travail que du comportement adopté par certains clients, notamment le week-end. Ils ont considéré que, dès l'année 2012, à savoir dès que l'intimé avait modifié son horaire de jour pour passer à un horaire de nuit, le salaire perçu n'était plus convenable et devait être augmenté pour atteindre 5'000 fr. par mois. Au vu des critères dégagés par la jurisprudence, on ne discerne pas en quoi les premiers juges auraient violé l'art. 349a al. 2 CO, appliqué par analogie, et auraient outrepassé leur pouvoir d'appréciation. Il est indéniable que l'employé qui modifie son horaire de jour pour passer à un horaire nocturne s'engage davantage dans son travail et un tel élément doit être pris en compte pour examiner si le salaire perçu est convenable. En effet, l'engagement du travailleur dans son emploi figure parmi les critères pertinents retenus par la jurisprudence. Or il ne fait aucun doute que les conditions de travail et les sacrifices consentis par l'employé qui travaille de nuit ne sont pas les mêmes que ceux d'un travailleur de jour. Il importe peu, comme le soutient l'appelante principale, que l'OTR 2 ne distingue pas, pour fixer la durée maximale de la semaine de travail et celle de la conduite journalière, entre l'horaire de jour et celui de nuit. Dans le cadre de la détermination du salaire convenable, il s'agit de tenir compte du plus grand engagement consenti par l'employé dans son travail. Il n'importe également pas que l'horaire de nuit n'ait pas été imposé à l'intimé mais choisi par celui-ci : d'une part, la pénibilité ne s'en trouve pas modifiée ; d'autre part et comme le reconnaît elle-même l'appelante, les taxis sont souvent sollicités la nuit, partant le rendement est plus important durant cette période, ce qui a certainement conduit l'intimé à choisir de modifier son horaire. Cela étant, aucune violation de l'art. 349a al. 2 CO, appliqué par analogie conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne peut être reprochée aux premiers juges. Il y a lieu de confirmer la condamnation de l'appelante principale à payer à l'intimé le montant brut de 24'139 fr. 70 à titre de différence entre le salaire perçu et le salaire convenable.

#### **E. 5.1**

L'appelante principale reproche aux premiers juges d'avoir admis la prétention de l'intimé en paiement de son salaire afférent aux vacances, alors que les fiches de salaires, toutes signées par l'intimé, mentionnaient le pourcentage et le montant précis versés à ce titre sur chaque salaire mensuel versé. Que le contrat de travail ne prévoie rien à ce titre ne serait pas déterminant.

#### **E. 5.2**

Selon l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances, pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). D'après l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Cette disposition est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO). 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, à savoir 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 p. 137 s. ; ATF 116 II 515 consid. 4a ; ATF 107 II 430 consid. 3a s.) ; toutefois, il s'est par la suite 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 très 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) (ATF 129 III 493 consid. 3.3). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas ; la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres (ATF 116 II 515 consid. 4b), et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3.3 ; TF 4A\_72/2015 du 11 mai 2015 consid. 3.2 et 3.3 ; TF 4A\_463/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.1 ; TF 4C.64/2006 du 28 juin 2006 consid. 4.1.1 ; TF 4C.328/2004 du 12 novembre 2004 consid. 3.1). Toutefois, lorsque les parties ont conclu un contrat oral, il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement (ATF 129 III 493 consid. 3.3 ; ATF 116 II 515 consid. 4b). Dans une telle situation, la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement (ATF 129 III 493 consid. 3.3 in fine). Dans tous les cas, le Tribunal fédéral considère que le seul caractère variable de la rémunération de l'employé ne permet pas de justifier un accord dérogatoire au principe prévu par l'article 329d al. 1 CO (TF 4A\_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 4 ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4 e éd., Berne 2019, p. 511). Si les conditions ci-dessus ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances. Peu importe que l'employé ait ou non pris ses vacances en nature (ATF 129 III 664 consid. 7.2 ; ATF 129 III 493 consid. 5.2 ; ATF 118 II 136 consid. 3b ; ATF 116 II 515 consid. 4b ; TF 4A\_463/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.2). 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 (TF 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 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 pas 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 (TF 4A\_561/2017 du 19 mars 2018 consid. 4.1).

### **E. 5.3**

En l'espèce, il convient d'examiner si la première condition posée par la jurisprudence est réalisée, à savoir la nécessité objective d'inclure l'indemnité pour les vacances dans le salaire global en raison d'une activité très irrégulière, notamment dans le cas d'occupation à temps partiel ou de travail intérimaire. En l'occurrence, le contrat de travail prévoit un engagement « à temps complet » et il a été établi que l'intimé avait travaillé six jours sur sept, selon le planning 6h-18h du 2 octobre 2009 au 31 décembre 2011, puis 18h-6h dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Il convient dès lors de retenir que l'activité de l'intimé était loin d'être irrégulière au sens de la jurisprudence précitée, les conditions autorisant, à titre dérogatoire, l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total n'étant pas réunies. Le seul caractère variable du nombre de courses effectuées par l'intimé, partant des recettes encaissées par celui-ci, ne permet pas de conclure que l'occupation était irrégulière. Cet élément a uniquement un impact sur le montant du salaire. Or, le Tribunal fédéral a expressément exclu que le seul caractère variable de la rémunération, notamment un emploi payé à la tâche ou à la commission, puisse suffire à justifier l'inclusion des vacances dans le salaire global. Il convient ensuite de relever, à l'instar des premiers juges, que le contrat de travail écrit conclu entre les parties est muet au sujet de la rémunération des vacances, contrairement à ce qu'exige la jurisprudence (deuxième condition). La question de savoir si cette carence a été réparée par la signature de chaque décompte de salaire par l'intimé peut demeurer ouverte, dans la mesure où la première condition imposée par la jurisprudence fait déjà défaut. Ainsi, et comme l'ont retenu les premiers juges, le salaire afférent aux vacances doit être payé par l'appelante principale, peu importe que l'intimé ait pris tout ou partie de ses vacances durant les rapports de travail. Par ailleurs, aucune circonstance n'indique que l'intimé aurait adopté un comportement abusif en réclamant le paiement de ses vacances. Le seul fait pour l'intimé d'avoir signé les décomptes de salaire incluant l'indemnité de vacances ne suffit pas pour constituer un abus de droit, sous peine de vider de son sens l'art. 341 CO. Par conséquent, les premiers juges n'ont pas appliqué l'art. 329d CO de manière incorrecte en retenant que l'appelante principale devait verser à l'intimé le montant brut de 22'405 fr. 65 à titre de salaire afférent aux vacances. Le jugement doit être confirmé sur ce point.

### **E. 6.1**

L'appelante principale invoque une violation de l'art. 336 CO dès lors que les premiers juges ont retenu que le congé signifié à l'intimé était abusif, en tant que congé-représailles. Elle soutient que le motif du congé tenait en l'attitude de l'intimé au travail dès le mois de décembre 2013, créant une mauvaise ambiance au sein de l'entreprise malgré le fait que l'intimé ne devait y paraître que deux fois par jour. L'appelante principale n'aurait pas eu d'autre choix que de licencier l'intimé, ne se cachant toutefois pas du fait que l'ouverture d'action à son encontre avait encore péjoré les rapports de travail.

### **E. 6.2**

Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut, de sorte que pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO ; ATF 136 III 513 consid. 2.3 ; ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère une liste de cas dans lesquels la résiliation est abusive. Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des

prétentions résultant du contrat de travail. Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit et qu'elle ait été de bonne foi, même si sa prétention, en réalité, n'existait pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4). L'employé doit donc être de bonne foi, celle-ci étant présumée (art. 3 al. 1 CC ; TF 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.1). Il importe peu qu'en réalité, sa prétention n'existe pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4). Il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser que sa prétention est fondée. L'employeur qui soutient que l'employé est de mauvaise foi doit l'établir (TF 4A\_401/2016 consid. 5.1.1). Ainsi, alors que l'employé de bonne foi peut bénéficier de la protection de l'art. 336 al. 1 let. d CO sans démontrer le bien-fondé de sa prétention, l'employeur, de son côté, s'il entend établir la mauvaise foi de l'employé, doit démontrer que l'employé savait qu'il faisait valoir des prétentions totalement injustifiées, ou chicanières ou présentant un caractère téméraire (TF 4A\_401/2016 précité consid. 5.1.1 ; TF 4A\_346/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.1). Les prétentions résultant du contrat de travail portent notamment sur des salaires, des primes ou des vacances (TF 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.1 ; TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.3). Cela étant, les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier (ATF 136 III 513 consid. 2.6). Ainsi, le fait que l'employé émette de bonne foi une prétention résultant de son contrat de travail n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre abusif le congé donné ultérieurement par l'employeur. Encore faut-il que la formulation de la prétention en soit à l'origine, et qu'elle soit à tout le moins le motif déterminant du licenciement (TF 4A\_401/2016 précité consid. 5.1.3 ; TF 4C.60/2006 du 22 mai 2006 consid. 7.1). Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (TF 4A\_485/2015 du 15 février 2016 consid. 3.1). En application de l'art. 8 CC, il appartient en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 130 III 699 consid. 4.1 ; ATF 123 III 246 consid. 4b). La jurisprudence a toutefois tenu compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui donne le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » (ATF 130 III 699 consid. 4, JdT 2006 I 193 ; JAR 1996, p. 201 ; SJ 1993 360 consid. 3a). De son côté, l'employeur ne peut pas rester inactif ; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4 ; TF 4A\_217/2016 du 19 janvier 2017 consid. 4.1 ; TF 4A\_507/2013 du 27 janvier 2014 consid. 3 ; TF 4A\_447/2012 du 17 mai 2013 consid. 4 ; TF 4A\_408/2011 du 15 novembre 2011 consid. 4.2).

### **E. 6.3**

En l'espèce, les premiers juges ont relevé que l'employeuse ne contestait pas avoir licencié l'intimé notamment en raison des prétentions que celui-ci avait fait valoir judiciairement à son encontre. A.V. \_\_\_\_\_, administrateur de l'appelante, avait expliqué que le fait que l'intimé réclame plus de 400'000 fr. à sa société avait joué un rôle dans la perte de confiance et dans le fait que les rapports de travail étaient devenus tout à fait détestables. Il ressortait par ailleurs de la lettre de congé que le « motif du congé est notamment le fait que » l'intimé ait « décidé d'agir contre l'entreprise », l'employeuse y ajoutant être parfaitement consciente des risques encourus au regard de l'art. 336 CO. Il en résulterait ainsi qu'au moins un des motifs avancés par l'appelante principale à l'appui du licenciement serait

abusif. Les premiers juges ont encore considéré que l'appelante principale n'avait pas établi qu'elle aurait quoi qu'il en soit licencié l'intimé, à savoir même sans le motif abusif, le témoin P.\_\_\_\_\_ ayant estimé que l'intimé avait toujours été « pas très agréable » et ce comportement n'ayant cependant jamais été signalé ou fait l'objet d'un avertissement de la part de l'employeuse avant que l'intimé n'ouvre action à son encontre. L'appelante principale soutient que le licenciement est fondé sur la mauvaise ambiance de travail créée par l'attitude de l'intimé. Comme l'ont relevé les premiers juges, l'attitude de l'intimé n'avait pas changé au cours de la relation contractuelle, celui-ci n'ayant jamais été très agréable, ce dont l'appelante principale ne semblait guère se soucier avant que l'intimé n'ouvre action contre elle. Ainsi, il y a de toute évidence un lien entre les démarches judiciaires entreprise par l'intimé et la mauvaise ambiance de travail invoquée par l'employeuse, ce dont la lettre de congé fait d'ailleurs état en indiquant que « cela [l'action en justice] crée un mauvais climat de travail général ». Or, que l'introduction d'une procédure judiciaire crée certaines tensions entre les parties, partant un mauvais climat de travail, ne justifie pas un licenciement, l'art. 336 let. d CO ayant précisément pour but d'éviter que l'employé ne renonce à agir par crainte de représailles. Ainsi, le seul comportement de l'employé – dont l'appelante principale ne s'était jamais plainte avant l'introduction de la procédure judiciaire hormis s'agissant de l'événement survenu à la fin de l'année 2013 dont le contexte particulier n'entre pas en ligne de compte dans le cadre de la présente appréciation – n'a pas été déterminant dans la décision de licencier, mais bien l'engagement d'une procédure judiciaire à son encontre, laquelle a certainement créé des tensions entre les parties. Que l'ouverture d'un procès entraîne une dégradation des relations entre les parties ne saurait être imputé à l'employé qui ouvre action et justifier son licenciement. Le lien de cause à effet entre la procédure judiciaire et le licenciement ne fait ainsi pas de doute. L'appelante principale ne s'en est d'ailleurs pas cachée puisque la lettre de congé mentionne expressément que la procédure judiciaire a rompu le lien de confiance et que le congé est « notamment » motivé par le fait que l'intimé a décidé d'ouvrir action contre la société. Il est évident que le dépôt de la requête de conciliation a été l'élément déclencheur dans la décision de l'appelante principale de licencier l'intimé. Or, il s'agit d'un motif abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Cette disposition suppose toutefois que le travailleur ait réclamé « de bonne foi » des prétentions découlant du contrat de travail. La bonne foi étant présumée, il appartenait à l'appelante de démontrer que l'intimé avait fait valoir des prétentions totalement injustifiées, chicanières ou présentant un caractère téméraire, ce qu'elle a échoué à faire. Force est en effet de constater que la majorité des prétentions réclamées par l'intimé a été accordée par les premiers juges. On ne saurait ainsi retenir la mauvaise foi de l'intimé à agir en justice contre son employeuse. Au vu de ce qui précède, les premiers juges n'ont pas violé l'art. 336 let. d CO en retenant que le motif du congé était abusif et en accordant à l'intimé une indemnité à ce titre. La quotité de celle-ci n'étant remise en cause par aucune des parties, il convient de confirmer la condamnation de l'appelante principale à verser à l'intimé le montant net de 10'000 fr., correspondant à deux mois de salaire.

### **E. 7.1**

Dans un dernier moyen, l'appelante principale invoque une violation de l'art. 124 CPC, dans la mesure où le juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale qui a effectivement mené l'instruction, à savoir le juge N.\_\_\_\_\_, a été remplacé en cours de procédure par le juge C.\_\_\_\_\_, la décision ayant été rendue par une cour composée des juges C.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_. De l'avis de l'appelante principale, il est évident

qu'un tribunal de première instance doit avoir un contact physique avec les parties pour apprécier leurs déclarations ou l'attitude des témoins et qu'en l'espèce, il n'existerait aucun document écrit par le juge N.\_\_\_\_\_ sur son appréciation de la cause.

### **E. 7.2**

Selon l'art 124 al. 2 CPC, la conduite du procès peut être déléguée à l'un des membres du tribunal. Toutes les décisions qui ne portent pas sur l'instance elle-même peuvent être déléguées, soit par exemple les décisions de suspension de cause, de perception d'avances de frais ou de prolongation de délai (Schneuwly, in Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann [édit.], Petit commentaire du Code de procédure civile, 2020 [cité ci-après : PC-CPC], n. 3 ad art. 124 CPC ; Haldy, CR-CPC, n. 5 ad art. 124 CPC). D'après l'art. 155 al. 1 CPC, l'administration des preuves peut être déléguée à un ou plusieurs membres du tribunal. De manière générale, la délégation de l'administration des preuves sert l'économie de procédure (Chabloz/Copt, PC-CPC, n. 4 ad art. 155 CPC). Toutefois, lorsque l'impression personnelle du tribunal est nécessaire ou décisive, l'administration des preuves se fait par le collège (Chabloz/Copt, PC-CPC, n. 5 ad art. 155 CPC). Une partie peut d'ailleurs requérir que les preuves soient administrées par le tribunal in corpore si elle dispose d'un juste motif, comme en cas d'audition d'un témoin central dont l'appréciation des déclarations peut faire basculer le procès à lui seul (Schweizer, CR CPC, n. 10 ad art. 155 CPC). Il découle par ailleurs de l'art. 3 CPC que le droit à une composition régulière de l'autorité est violé lorsque la composition du tribunal change en cours de procédure sans motif objectif suffisant (ATF 137 I 340 consid. 2.2.1). Un tel motif peut par exemple résulter du départ à la retraite d'un juge, d'élection dans un autre tribunal ou d'incapacité de travail de longue durée (TF 4A\_1/2017 du 22 juin 2017 consid. 2.1.2). Si les parties ont en principe droit à ce que les juges ayant eu connaissance de la procédure probatoire participent à la décision, l'intervention pour la première fois d'un juge dans le cadre du procès par l'étude du dossier est suffisante (ATF 117 Ia 133 consid. 1e). Le principe de l'oralité des débats ne justifie pas la réouverture de l'instruction ni ne confère le droit de s'expliquer devant le nouveau juge (ATF 141 V 495 consid. 2.3).

### **E. 7.3**

En l'espèce, la composition de la cour a été modifiée suite à la nomination du président N.\_\_\_\_\_ au sein du Tribunal d'arrondissement de La Côte. Il s'agit d'un motif objectif justifiant de modifier la composition de la cour, conformément à la jurisprudence précitée. Par ailleurs, les art. 124 et 155 CPC autorisent la délégation à l'un des membres du tribunal de la prise de décisions ne portant pas sur l'instance elle-même ainsi que la conduite de l'administration des preuves. En l'occurrence, c'est conformément à ces dispositions que des ordonnances d'instruction ou autres décisions incidentes ont été prises par le juge N.\_\_\_\_\_, de même que la conduite des audiences au cours desquelles les preuves ont été administrées, aucune des parties n'ayant au demeurant requis que les preuves soient administrées par le tribunal in corpore au sens de l'art. 155 al. 2 CPC. Enfin, toutes les mesures probatoires ont fait l'objet de procès-verbaux figurant au dossier et dont l'ensemble des juges composant la cour ont pu prendre connaissance. L'appelante principale ne soutient pas que la teneur des procès-verbaux aurait été affectée par l'absence, lors de l'audition des témoins et durant les audiences, du juge délégué C.\_\_\_\_\_, ni en quoi la prise de connaissance de ces procès-verbaux dans le cadre de l'étude du dossier n'aurait pas suffi aux premiers juges pour rendre leur décision. Ainsi, le grief tiré de la violation de l'art. 124 CPC tombe à faux.

### E. 8.1.1

Dans le cadre de son appel joint, l'intimé et appelant par voie de jonction conteste le refus des premiers juges de lui accorder une compensation financière pour les heures supplémentaires effectuées. Il soutient que la réserve de l'art. 71 LTr (Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ; RS 822.11) ne vise que l'OTR 1 (Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 19 juin 1995 ; RS 822.221) et non l'OTR 2, qui est applicable en l'espèce. Partant, le travail supplémentaire effectué devrait impérativement être rétribué à hauteur de 125% du salaire-horaire conformément à l'art.

### E. 8.1.2

L'art. 71 let. a LTr réserve la législation fédérale sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobile. L'OTR 2 réglemente la durée du travail, de la conduite et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles affectés au transport de personnes. Elle fixe la durée maximale de la semaine de travail du salarié employé dans une entreprise de taxis à 53 heures (art. 5 OTR 2). Selon l'art. 6 al. 1 OTR 2, « la durée maximale de la semaine de travail peut être prolongée de 4 heures de travail supplémentaire. 2 autres heures supplémentaires sont autorisées par semaine durant les périodes où l'entreprise connaît une intense activité de caractère extraordinaire (p. ex. fluctuations saisonnières). Toutefois, le total des heures supplémentaires accomplies par année civile ne doit pas dépasser 208 ». Aux termes de l'art. 6 al. 3 OTR 2, le travail supplémentaire peut être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle selon le code des obligations, soit par un congé de même durée au moins. Une telle compensation doit avoir lieu dans les trois mois, à moins que l'employeur et le salarié ne soient convenus d'un délai plus long ; ce délai ne peut en aucun cas excéder douze mois. D'après l'art. 7 al. 1 et 2 OTR 2, la durée de la conduite entre deux périodes consécutives de repos quotidien ne doit pas excéder 9 heures et la durée hebdomadaire de conduite ne doit pas excéder 45 heures. L'art. 7 al. 3 OTR 2 prévoit encore que même en cas de travail supplémentaire, la durée journalière et hebdomadaire maximale de la conduite ne doit pas être dépassée. Il résulte de la réserve de l'art. 71 let. a LTr que seules les dispositions sur la protection de la santé de la LTr sont applicables aux personnes couvertes par les OTR 1 et 2, à l'exclusion des dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans la LTr (Commentaire LTr, Secrétariat à l'économie, ad art. 71 LTr ; Mahon/Benoît, in : Commentaire LTr, Berne 2005, n.9 ad art. 71 LTr). Les OTR 1 et 2 contiennent des règles sur la durée du travail et du repos dérogeant à celles de la LTR, afin de tenir compte des exigences particulières de sécurité routière liées à l'exercice du métier de chauffeur (Mahon/Benoît, op. cit., ibid.). La réserve de l'art. 71 let. a LTr est constitutive, en ce sens que cette loi cède le pas aux dispositions spéciales contenues dans les OTR 1 et 2 (Mahon/Benoît, op. cit., n. 23 ad art. 71 LTr). Selon la jurisprudence, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (TF 4A\_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du

temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 consid. 3 ; TF 4A\_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible ; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (TF 4A\_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Selon le Tribunal fédéral, l'existence même de l'horaire de travail flexible se fonde sur le principe que l'employé dispose de la maîtrise de son temps, au contraire du travail supplémentaire (ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). Ainsi, d'après notre haute cour, « l'autonomie temporelle dont dispose le travailleur dans le cadre d'un travail à horaire flexible implique une obligation de sa part de réduire ses éventuelles heures supplémentaires dans un délai raisonnable. Le sens de l'horaire flexible est précisément fondé sur le fait que le travailleur peut, dans ce cadre, déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Inversement, il lui appartiendra de veiller à effectuer en temps voulu une compensation du travail supplémentaire. Etant donné que les rapports de travail soumis au droit suisse ne bénéficient que d'une protection limitée et qu'ils peuvent en principe être résiliés en tout temps dans le délai de congé convenu ou déterminé par la loi, les excédents d'heures réalisés dans le cadre d'un horaire de travail flexible ne devraient pas prendre une ampleur telle qu'ils ne puissent plus être compensés dans les limites de l'horaire flexible, pendant la période correspondant à un délai de congé ordinaire. Ainsi, si le travailleur laisse s'accumuler de manière importante des heures supplémentaires dans le cadre d'un horaire flexible, il encourt le risque de ne plus pouvoir les récupérer entièrement jusqu'à la fin de la durée de travail contractuelle » (ATF 123 III 469 consid. 3, JdT 1999 I 23).

### **E. 8.1.3**

En l'espèce, il convient d'abord de relever que l'accomplissement d'heures supplémentaires ne ressort pas de l'état de fait, les premiers juges ayant au contraire relevé que l'appelant par voie de jonction avait échoué dans la preuve de l'existence d'un nombre d'heures supplémentaires, le rapport d'expertise judiciaire mettant en évidence un nombre d'heures accomplies sur l'année 2013 inférieur à la durée légale imposée par l'OTR 2. Il convient en effet de relever que l'état de fait indique que les relevés manuscrits produits par l'appelante principale font état d' « heures supplémentaires », à savoir 18 heures et 50 minutes du 2 novembre 2009 au 3 janvier 2010, 87 heures du 4 janvier 2010 au 2 janvier 2011, 65 heures et 40 minutes du 3 janvier 2011 au 1<sup>er</sup> janvier 2012 et 74 heures et 40 minutes du 2 janvier au 30 décembre 2012, mais qu'il ressort du rapport de l'expert B. \_\_\_\_\_ que l'intimé avait, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 30 avril 2014, travaillé en moyenne 51 heures et 34 minutes durant les semaines où il avait travaillé plus de 4 jours, et que l'expert avait mis en évidence, notamment pour l'année 2013, un nombre d'heures inférieur au maximum prévu par l'OTR 2 (1'324 heures pour le premier semestre sur les 1'378 heures OTR, et 1'343 heures pour le second semestre, sur les 1'431 heures OTR). Ainsi, les premiers juges

ont retenu que les heures supplémentaires alléguées avaient été largement compensées sur une période de référence annuelle. Dans son mémoire d'appel joint, l'appelant par voie de jonction ne conteste pas cette appréciation et ne tente pas de démontrer avoir apporté la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires. Il se contente de conclure en appel au paiement de 12'605 fr. 30 à ce titre (59'150 fr. 65 [conclusions de l'appel joint : réforme du chiffre I du dispositif] – 46'545 fr. 35 [montant alloué à l'intimé par les premiers juges]). Or, compte tenu de l'état de fait retenu dans le jugement et non contesté par l'appelant par voie de jonction, force est de constater que l'accomplissement d'heures supplémentaires, tout comme la quotité de celles-ci, n'ont pas été démontrés. L'expert a en effet conclu à une durée moyenne de travail hebdomadaire de 51 heures et 34 minutes, soit moins que la durée maximale de 53 heures fixées par l'art. 5 OTR 2. Il ressort toujours du rapport d'expertise que le nombre d'heures effectuées en 2013 était inférieur à l'horaire légal. Ainsi, comme l'ont retenu les premiers juges, les éventuelles heures de travail supplémentaires ont été compensées sur la période de référence annuelle. Pour ce motif déjà, la prétention de l'appelant par voie de jonction doit être rejetée.

### **E. 8.2**

L'appelant par voie de jonction soutient que la compensation du travail supplémentaire prévue par l'art. 13 LTr serait applicable en l'espèce, nonobstant l'application de l'OTR 2. Or, comme le relève le commentaire LTr du Secrétariat à l'économie ainsi que la doctrine, la réserve de l'art. 71 let. a LTr vise aussi bien l'OTR 1 que l'OTR 2. Par conséquent, les dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans l'OTR 2 priment celles de la LTr, si bien que la compensation du travail supplémentaire était en l'espèce régie par l'art. 6 al. 3 OTR 2 – et non par l'art. 13 LTr –, à savoir que le travail supplémentaire pouvait être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle, soit par un congé de même durée. L'accord du travailleur pour la compensation en nature n'est pas exigé par l'art. 6 OTR 2, contrairement au régime de l'art. 13 al. 2 LTr. Aucune rémunération du travail supplémentaire n'était donc imposée en l'espèce et rien n'empêchait l'appelant par voie de jonction de récupérer ses heures de travail supplémentaires par un congé équivalent, le cas échéant tacitement.

### **E. 8.3**

L'appelant par voie de jonction conteste encore avoir été soumis à un horaire de travail flexible lui imposant de récupérer de lui-même les heures supplémentaires accomplies. Il convient de relever que le contrat de travail ne fixait pas d'horaire particulier et mentionnait seulement le respect de l'« horaire de jour » « selon planning au jour le jour » – étant précisé que les parties se sont ensuite entendues pour passer à un horaire de nuit dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Le contrat attirait par ailleurs l'attention de l'employé sur « l'exigence d'un total respect des lois OTR, LCR, notamment les heures de travail et de repos obligatoire ainsi que le taux d'alcoolémie à 0 pour mille ». Il faut en conclure que la durée contractuelle du travail correspondait à la durée légale, à savoir 53 heures par semaine (art. 6 OTR 2). Les plannings auxquels se réfère le contrat établissent un horaire de 6 heures à 18 heures, l'appelant par voie de jonction ayant cependant expliqué qu'il devait ramener le véhicule à la station à 17h30, pour laisser ses collègues l'utiliser le soir. S'agissant de l'horaire de nuit, il était fixé de 18 heures à 6 heures. Au total, cela représente 72 heures sur une semaine. Il a en effet été établi que l'appelant par voie de jonction travaillait six jours par semaine. Dans la mesure où le contrat stipule que l'employé doit se conformer à l'OTR, cela signifie que celui-ci ne devait pas effectuer plus de 53 heures par semaine sur les 72 heures durant

lesquelles un véhicule était mis à sa disposition. Ainsi, que le chauffeur dispose d'un véhicule durant les 12 heures d'affilée correspondant au planning de jour ou de nuit ne signifie pas qu'il devait travailler durant l'entier de cette plage-horaire, mais, au contraire, qu'il lui appartenait d'organiser librement son temps de travail à l'intérieur de ce planning, étant encore relevé que le chauffeur devait veiller au respect de la durée maximale de conduite prévue à l'art. 7 OTR 2, à savoir 9 heures par jour et 45 heures par semaine. Les premiers juges ont par ailleurs relevé à juste titre que le rapport d'expertise avait montré que l'heure de début et de fin du travail de l'appelant par voie de jonction avait varié quotidiennement. Il en découle qu'aucun horaire n'était imposé par l'employeuse au sein du planning diurne ou nocturne à respecter. Il ne faut pas oublier que les heures ou le travail supplémentaires sont imposés par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, alors que le solde excédentaire de l'horaire flexible est librement accumulé par la volonté du travailleur. En ce sens, l'argument de l'appelant par voie de jonction selon lequel l'employeuse tenait un registre de la durée du travail, de la conduite et du repos de son employé est sans pertinence et ne permet pas de considérer que les heures supplémentaires ont été demandées par l'employeuse. Il convient à cet égard de relever que l'intimée par voie de jonction se devait de vérifier que les temps de conduite et de repos de ses chauffeurs étaient respectés, sous peine de s'exposer à des sanctions pénales (cf. art. 28 OTR 2). Par conséquent, la Cour de céans retient, à l'instar des premiers juges, que l'appelant par voie de jonction était soumis à l'horaire légal de 53 heures par semaine et organisait librement ce temps de travail dans le cadre de l'horaire diurne (6h-18h) ou nocturne (18h-6h) durant lequel un véhicule était mis à sa disposition. Il y a donc lieu d'appliquer la jurisprudence sur l'horaire de travail flexible.

#### **E. 8.4**

Selon la jurisprudence, c'est à l'employé qu'incombe le fardeau de prouver qu'il n'a pas pu compenser son solde positif d'heures compte tenu des besoins de l'entreprise ou des instructions de son employeur. Les premiers juges ont considéré que l'appelant par voie de jonction n'avait pas apporté la preuve qu'il n'avait pas pu récupérer ses heures en raison des directives de son employeuse ou des besoins de l'entreprise. Cette appréciation doit être confirmée : d'abord, aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'appelante principale et intimée par voie de jonction aurait exigé l'accomplissement d'heures de travail supplémentaires. Ensuite, rien n'indique non plus que les besoins de l'entreprise auraient empêché l'appelant par voie de jonction de récupérer ses heures. Au contraire, le rapport d'expertise a démontré que sur une période annuelle, aucune heure supplémentaire n'avait été accomplie. Pour justifier l'accomplissement d'heures supplémentaires, l'appelant par voie de jonction soutient que celles-ci auraient été nécessaires pour atteindre le chiffre d'affaires minimum de 10'330 fr. par mois permettant de prétendre aux 47% des recettes encaissées, soit le plus haut palier prévu par le système de rémunération du contrat. Or, que l'employé ait voulu augmenter sa rémunération en travaillant davantage ne saurait correspondre à des besoins de l'entreprise, l'empêchant de compenser son solde positif. Il s'agit manifestement de temps de travail excédentaire librement accumulé par l'employé. Il faut rappeler que le sens de l'horaire flexible est précisément fondé sur le fait que le travailleur peut, dans ce cadre, déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Ainsi, l'appelant par voie de jonction n'établit pas avoir été empêché de récupérer son solde prétendument positif d'heures en congé équivalent en raison des directives de son employeuse ou un besoin de l'entreprise,

### **E. 8.5**

Par conséquent, aucune rémunération n'est due à l'appelant par voie de jonction à titre de paiement des heures supplémentaires. Le jugement doit être confirmé sur ce point. 9. 9.1 En définitive, l'appel et l'appel joint doivent être rejetés et le jugement confirmé dans son intégralité. 9.2 Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel principal, arrêtés à 782 fr. (art. 62 al. 1 et 2 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelante principale, qui succombe entièrement (art. 106 al. 1 CPC). Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel joint, arrêtés à 363 fr. (62 al. 1 et 2 et 67 al. 3 TFJC), sont mis à la charge de l'appelant par voie de jonction, qui succombe également entièrement (art. 106 al. 1 CPC). Les conclusions de l'appelante principale, par 56'545 fr. 35, représentent 80% de la valeur litigieuse totale des appels, par 69'150 fr. 65, tandis que celles de l'appelant par voie de jonction, par 12'605 fr. 30 (59'150 fr. 65 – 46'545 fr. 35), représentent 20%. Dans ces conditions (art. 106 al. 2 CPC) et sur la base de pleins dépens de 5'000 fr. pour chaque partie (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]), l'appelante principale versera à l'appelant par voie de jonction, après compensation, la somme de 3'000 fr. ([80% de 5'000 fr.] – [20% de 5'000 fr.]) à titre de dépens réduits de deuxième instance.

### **E. 13**

LTr. L'intimé conteste au surplus avoir disposé d'un horaire flexible et soutient par ailleurs qu'il n'avait pas le choix de travailler plus, le système de rémunération exclusivement basé sur le chiffre d'affaires réalisé excluant de pouvoir compenser les heures supplémentaires, puisque chaque heure de travail en moins se traduisait par un manque à gagner.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.