

# VD\_FINDINFO HC / 2016 / 1139 vom 27. Februar 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-02-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2016\\_\\_\\_1139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2016___1139)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2016 / 1139 du 27 février 2017

IT: VD\_FINDINFO HC / 2016 / 1139 del 27 febbraio 2017

## Regeste

HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES, FARDEAU DE LA PREUVE, PREUVE FACILITÉE, FIDÉLITÉ CONTRACTUELLE, CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS, VACANCES, INDEMNITÉ DE VACANCES, LIBÉRATION DE L'OBLIGATION DE TRAVAILLER, PRESCRIPTION, NOUVEAU MOYEN DE FAIT, TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE, CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL, MAGASIN | 321c CO, 329d al. 2 CO, 42 al. 2 CO, 9 al. 1 let. a LTr, 229 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, dans les causes exclusivement patrimoniales, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les fêtes étant applicables (art. 145 al. 1 let. a CPC), l'appel, déposé le 3 mai 2016, l'a été en temps utile. Dès lors, écrit, motivé et déposé par une partie qui y a intérêt (art. 311 al. 1 et 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieur à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### E. 1.2

En vertu de l'art. 313 al. 1 CPC, la partie adverse peut former un appel joint dans la réponse, si la décision querellée a été rendue en application de la procédure ordinaire ou simplifiée (art. 314 al. 2 CPC a contrario). En l'occurrence, l'action ouverte par les intimés est soumise à la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 CPC a contrario). L'appel joint, écrit, motivé (art. 311 CPC) et déposé dans le délai de réponse (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC) par des parties qui y ont intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), est dès lors 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références). Appel de Z. \_\_\_\_\_

### E. 3.1

L'appelante – qui ne conteste pas qu'elle avait l'obligation légale de respecter les dispositions de la CCT dans les relations de travail avec les intimés, conformément à l'art. 357 al. 1 CO – soutient que les intimés n'auraient pas effectué d'heures supplémentaires qui n'auraient pas été récupérées en temps compensatoire. Elle fait valoir que ceux-ci

n'auraient, en cours d'emploi, tenu aucun décompte de leurs prétendues heures supplémentaires, du reste invoquées très tardivement, et que les plannings qu'elle a produits constitueraient un élément probatoire fiable, contrairement aux témoignages recueillis, en particulier ceux d'O. \_\_\_\_\_ et de X. \_\_\_\_\_. A titre très subsidiaire, l'appelante dénonce la quotité des heures supplémentaires prétendument effectuées, telles que retenues par les premiers juges, et soutient que la théorie de l'imprévision serait inapplicable au cas d'espèce.

### **E. 3.2**

Les heures supplémentaires représentent la différence positive entre le temps de travail convenu ou habituel et le temps de travail effectif (ATF 116 II 69 consid. 4a, résumé in JdT 1990 I 384; Müller, *Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit*, thèse Zurich 1986, p. 4; Rehbindler, *Commentaire bernois*, n. 1 ad art. 321c CO). La rétribution des heures supplémentaires dépassant l'horaire contractuel est réglée par l'art. 321c CO. Lorsque l'accomplissement d'heures supplémentaires est expressément ordonné par l'employeur, il n'y a pas de place pour une contestation relative à leur justification et à leur ampleur. Le travailleur agit en conformité avec une instruction expresse de son employeur, au vu et au su de ce dernier. A cette situation, il faut assimiler le cas où des heures supplémentaires sont objectivement nécessaires et où l'employeur a suffisamment d'indices lui permettant de constater que le temps de travail convenu ou habituel ne suffit pas pour exécuter les tâches confiées. Dans ce cas, les heures supplémentaires doivent être traitées comme si elles avaient été expressément ordonnées par l'employeur (TF 4A\_46/2008 du 30 avril 2008; TF 4A\_464/2007 du 8 janvier 2008 consid. 3; Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, *Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations*, n. 4 ad art. 321c CO). Ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures supplémentaires contrairement à la volonté de son employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prête à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4b, résumé in JdT 1990 I 384; Staehelin, *Commentaire zurichois*, n. 10 ad art. 321c CO). Elles ne constituent alors des heures supplémentaires que si elles sont objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, qu'elles sont justifiées et qu'elles sont portées à la connaissance de ce dernier ou qu'il ne peut ignorer leur accomplissement. Ne constituent pas des heures supplémentaires celles qui sont accomplies spontanément par le travailleur, contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que des circonstances exceptionnelles les justifient dans l'intérêt de l'employeur. Par exemple, le travailleur soucieux et inquiet, qui travaille régulièrement le soir, le week-end ou durant ses vacances, par seul souci de méticulosité, n'effectue pas des heures supplémentaires (TF 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2; Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3 e éd., Berne 2014, pp. 93 et 101). Lorsque des heures supplémentaires sont objectivement nécessaires et justifiées, mais que l'employeur l'ignore, le travailleur doit les annoncer dans un délai utile, soit en principe avant la prochaine échéance de paiement du salaire, de manière à ce que l'employeur puisse prendre les mesures organisationnelles pour éviter un travail supplémentaire à l'avenir, pour approuver lesdites heures ou s'y opposer (TF 4A\_86/2007 du 5 juin 2007 consid. 4.2; ATF 129 III 171 consid. 2.2, JdT 2003 I 241; TF 4C.337/2001 du 1 er mars 2002 consid. 2; Wyler/Heinzer, *op. cit.*, p. 100). Dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et où il n'a pas de raison de savoir que de telles heures supplémentaires ont été effectuées, le Tribunal fédéral admet que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 consid. 2.3). Le fardeau de la preuve des

heures de travail supplémentaires accomplies incombe au travailleur (TF 4C.141/2006 du 24 août 2006 consid. 4.2.2). Il appartient au travailleur de prouver qu'il a effectué des heures supplémentaires et qu'elles ont été annoncées à l'employeur ou que celui-ci avait connaissance ou devait avoir connaissance de leur existence. Concrètement, le travailleur doit prouver que des heures dépassant l'horaire normal ont réellement été effectuées et qu'elles étaient nécessaires, dans l'intérêt de l'employeur, pour accomplir le travail demandé (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 102). Une preuve stricte étant à cet égard impossible, ou pouvant difficilement être exigée du travailleur, le fardeau de la preuve peut être allégé, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO ; dans un tel cas, le travailleur doit rendre vraisemblable le nombre d'heures accomplies (TF 4C\_142/2005 du 15 juin 2006 consid. 5, publié in Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2007 pp. 281 ss). Afin toutefois de ne pas détourner la règle de la preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (TF 4A\_431/2008 du 12 janvier 2009 consid. 5.2.1; TF 4A\_86/2008 du 23 septembre 2008 consid. 4.2; TF 4C\_141/2006 du 24 août 2006 consid. 4.2.2 et les références citées). L'art. 321c CO prévoit que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces ; plus précisément, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3). L'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature (ATF 123 III 84 consid. 5a). Un accord du travailleur est nécessaire. Il incombe à l'employeur de prouver l'existence d'une telle convention, qui peut être tacite (TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, en l'absence d'un accord formellement valable et antérieur à l'accomplissement des heures supplémentaires en cause, le droit à la rémunération de telles heures revêt un caractère impératif, si bien que l'art. 341 al. 1 CO (en lien avec l'art. 321c al. 3 CO) s'oppose à ce que le travailleur renonce à ses prétentions à ce titre pendant le contrat et le mois qui suit la fin de celui-ci (TF 4C.364/2001 du 19 juillet 2002 consid. 2.2; ATF 124 III 469 consid. 3a; ATF 126 III 337 consid. 7b ; CACI 14 avril 2016/182, consid. 4.2).

### **E. 3.3.1**

En l'espèce, la clause 3.4 des « dispositions du contrat de travail » de l'appelante, faisant partie intégrante des contrats de travail des intimés, prévoit que les heures supplémentaires sont en principe récupérées, sous forme de congés équivalents (« récupération »), ou payées lorsqu'elles n'ont pas pu être compensées en nature. Or, il résulte des plannings des intimés qu'il subsiste, après compensation, un solde d'heures supplémentaires à prendre, ce qui a été confirmé par l'appelante et intimée par voie de jonction dans sa réponse à l'appel joint et réplique (p. 3, par. 1). Par ailleurs, selon les témoignages O. \_\_\_\_\_ et R. \_\_\_\_\_ et les déclarations de G. \_\_\_\_\_ – résumés ci-avant (let. C/4c) –, la mention « Récup » figurant sur ces plannings correspondait effectivement à une récupération d'heures supplémentaires. Les premiers juges ont indiqué qu'il n'y avait pas lieu de se fonder sur ces plannings, à défaut de fiabilité suffisante de ces pièces, en référence au témoignage Y. \_\_\_\_\_ et à la différence relevée entre les plannings versés en cause et ceux remis à la Commission. Or, si le témoin en question a dit qu'il ne pouvait « garantir à 100% que l'on puisse se fier sur ces plannings », c'est uniquement après avoir expliqué que le chef de succursale lui transmettait

une fois par mois le planning de travail et que celui-ci était modifié en fonction des absences et maladies ; il a ensuite précisé que « dans l'ensemble, la comptabilité et décomptes d'heures, de jours de vacances [étaient] justes » et qu'il n'avait « pas eu de requêtes à ce sujet ». En outre, les autres témoins se sont référés régulièrement au contenu des plannings, ce qui montre bien qu'ils existaient et reflétaient nécessairement une pratique qui avait cours dans le magasin. S'agissant des différences relevées entre les plannings produits en procédure et ceux remis à la Commission, elles s'expliquent par les correctifs qui ont dû être apportés à la suite des remarques de cette Commission. Les explications convaincantes à ce sujet ressortent d'ailleurs des déclarations de G. \_\_\_\_\_ (cf. let. C/4c in fine supra ). Si les intimés parlent de discordance au niveau des heures et des jours travaillés (cf. par ex. allégué 182), ils ne remettent nullement en question la mention, de même que la réalité, des mentions « Récup ».

### **E. 3.3.2**

Cela étant posé, il convient d'examiner si des heures supplémentaires ont bien été effectuées en lien avec l'ouverture et la fermeture du magasin et, dans l'affirmative, de déterminer la quotité de ces heures supplémentaires. Les premiers juges ont retenu que, durant toute la période de leur activité au sein de l'appelante, les intimés avaient effectué 30 minutes par jour d'heures supplémentaires, soit 15 minutes avant l'ouverture du magasin et 15 minutes après sa fermeture, ce qui est contesté par l'appelante (à titre très subsidiaire). A cet égard, le témoin Y. \_\_\_\_\_ a déclaré que l'idéal était d'arriver 10 minutes avant l'ouverture du magasin, que le soir il fallait contrôler les caisses, qu'ils essayaient d'en clôturer au moins une à l'avance, qu'ils ne pouvaient pas partir s'il y avait une erreur de caisse, qu'ils devaient encore rentrer les contrats dans le système et qu'en général, à 19h05 c'était fini. Pour le témoin O. \_\_\_\_\_, le travail commençait le matin à 8h45 et se terminait le soir à 19h20, en précisant que la mise en place des caisses et l'enclenchement des ordinateurs prenaient entre

### **E. 3.4.1**

L'appelante conteste ensuite le taux horaire appliqué aux heures supplémentaires et l'application par les premiers juges de la théorie de l'imprévision.

### **E. 3.4.2**

Dans la mesure où l'application de la clausula rebus sic stantibus (théorie de l'imprévision) va à l'encontre du principe de la fidélité contractuelle ( *pacta sunt servanda* ), le juge doit s'astreindre à la plus grande retenue au moment d'intervenir dans l'accord passé entre les parties (Winiger, Commentaire romand CO I, 2 e éd., Bâle 2012 , n. 214 ad art. 18 CO ; Kramer, Berner Kommentar, Berne 1985, n. 333 ad art. 18 CO). La seule existence d'un déséquilibre économique entre les parties ou encore le fait que les espérances de l'une d'entre elles aient été déçues ne suffisent pas à justifier l'immixtion du juge dans l'accord librement négocié et conclu par les parties. Une intervention du juge dans un contrat en raison d'un changement de circonstances doit rester exceptionnelle et suppose que celui-ci n'était ni prévisible ni évitable, qu'il altère gravement l'équilibre des prestations dans des cas semblables à la présente espèce et que le contrat n'a pas été exécuté sans réserve (ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239 ; ATF 62 II 42 consid. 2 ; Winiger, op. cit., nn. 193 ss ad art. 18 CO, Thévenoz, Commentaire romand CO I, op. cit., n. 5 ad art. 119 CO ; Tercier/Pichonnaz, Droit des obligations, 5 e éd., Zurich 2012, nn. 963 ss, pp. 217 ss).

### **E. 3.4.3**

in fine supra ), de sorte qu'au final, Z. \_\_\_\_\_ doit, à titre d'heures supplémentaires, 1'282 fr. (915 fr. 70 + 366 fr. 30) à A. \_\_\_\_\_, 4'251 fr. 25 (3'036 fr. 60 + 1'214 fr. 65) à W. \_\_\_\_\_ et 2'545 fr. 90 (1'818 fr. 50 + 727 fr. 40) à K. \_\_\_\_\_.

## E. 5

semaines (25 jours ouvrables) de vacances. L'intimé W. \_\_\_\_\_ ayant commencé son activité au sein de l'appelante en février 2004 et ayant dépassé les 40 ans en 2009, il avait droit à 4 semaines de vacances pour les années 2006 à 2008, puis à 22.5 jours de vacances pour les années 2009 à 2011. D'après l'art. 10.1 de la CCT, le droit aux vacances est de quatre semaines et deux jours par année. Ainsi, l'intéressé avait droit à 127.5 jours de vacances, en application de la clause 3.5.1 du contrat de travail, auxquels s'ajoutaient, en application de l'art. 10.1 de la CCT, un jour pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2006 et deux jours par année pour 2007 et 2008, soit au total 132.50 jours de vacances. Ayant pris 119.5 jours de vacances, il avait un solde de 13 jours (132.50 – 119.50). 4.3.2 Sur le fond, les premiers juges ont considéré que dès lors que le Tribunal fédéral avait jugé admissible la prise de 5 jours de vacances dans une durée de libération de l'obligation de travailler d'un mois (ATF 131 III 623 consid. 3.3, JdT 2006 I 127 précité), si l'on appliquait ce ratio à l'intimé W. \_\_\_\_\_, il fallait admettre la prise de 7.5 jours de vacances par l'intéressé durant la période de sa libération de l'obligation de travailler d'un mois et demi, de sorte qu'au final, il avait droit de réclamer le versement du salaire pour les vacances non prises à hauteur de 5.5 jours (13 – 7.5) de vacances, soit un montant de 1'301 fr. 30, calculé sur la base du salaire annuel brut, y compris le treizième salaire et les commissions. Force est de constater que les premiers juges n'ont pas fait une correcte application de la jurisprudence citée, puisque, précisément, il ne suffit pas d'effectuer un calcul arithmétique entre le solde de vacances et le délai de congé. Or, c'est ce qu'ont fait les premiers juges, sans avoir examiné la problématique sous l'angle des circonstances propres au cas d'espèce pour évaluer si le temps disponible pour des recherches d'emploi et pour les vacances permettait une prise de celles-ci en nature. En l'occurrence, l'intimé W. \_\_\_\_\_ a été licencié par lettre du 16 novembre 2011 avec effet au 31 décembre 2011 et a été libéré de l'obligation de travailler à compter du 15 novembre 2011. Il a donc disposé de 35 jours ouvrables jusqu'à la fin du contrat. Déduction faite de 13 jours de vacances, il lui serait resté 22 jours pour effectuer des recherches d'emploi. Or, il n'est pas établi ni même allégué que l'intimé W. \_\_\_\_\_, âgé de 42 ans lors de son licenciement, après presque huit ans d'expérience au sein de l'appelante Z. \_\_\_\_\_, en bonne santé et au bénéfice d'un certificat de travail – intermédiaire – très favorable, a éprouvé des difficultés particulières – due à la profession exercée ou à son âge – à retrouver un emploi ou qu'il se trouvait confronté à un marché du travail peu accueillant dans son domaine d'activité. Compte tenu de ces circonstances et à défaut de toute allégation des intimés selon laquelle W. \_\_\_\_\_ n'aurait pas pu bénéficier de suffisamment de temps pour chercher un emploi, une libération de l'obligation de travailler de 35 jours ouvrables peut être considérée comme étant compatible avec la prise de vacances de 13 jours, l'intéressé disposant encore de trois semaines pour chercher un emploi. Cela conduit au rejet des prétentions de l'intimé W. \_\_\_\_\_ à titre d'indemnité pour jours de vacances, contrairement à ce qui a été jugé par les premiers juges. Les intimés prétendent en appel que les premiers juges auraient opéré la réduction de 7.5 jours du solde de vacances non prises de 13.5 jours (recte : 13 jours) sans tenir compte du fait que l'intimé W. \_\_\_\_\_ « perdait » déjà 177.65 heures supplémentaires, soit un mois de travail. Ce chiffre ne ressort toutefois d'aucun allégué, pas davantage que du jugement entrepris, sans que soit dénoncé en appel (joint) un état de fait

établi de manière erronée ou incomplète. Il a même été allégué – de manière contradictoire – en procédure par les intimés que « la défenderesse ne pouvait pas compenser les heures supplémentaires du demandeur avec les jours durant lesquels il avait été dispensé de travailler » (all. 200) et que « les demandeurs n’avaient jamais pu reprendre des heures supplémentaires en nature ... » (all. 204). On ne saurait donc suivre les intimés dans leur explication.

### **E. 5.1**

Dans un dernier moyen, l’appelante reproche aux premiers juges d’avoir considéré qu’elle n’avait pas invoqué en temps utile l’exception de prescription dont elle entendait se prévaloir et d’avoir retenu qu’elle aurait dû soulever cette exception à l’occasion de l’un des deux échanges d’écritures, soit au moment de la rédaction de la réponse ou de la duplique. Selon l’appelante, la prescription est une exception de droit matériel, laquelle est recevable à la seule condition que les faits et les moyens de preuve sur lesquels elle se fonde aient été invoqués en temps utile. A titre subsidiaire, elle estime que l’invocation de la prescription lors de l’audience d’instruction ayant précédé l’audience de premières plaidoiries a été opérée en temps utile et qu’elle n’avait pas à satisfaire aux conditions de l’art. 229 CPC puisqu’elle avait eu lieu avant l’ouverture des débats principaux. L’appelante soutient encore que « l’admission de l’invocation de la prescription à l’audience d’instruction par insertion dans le procès-verbal constitue en réalité une décision d’admission », qui a autorité de chose jugée et sur laquelle le tribunal ne saurait revenir dans son jugement au fond.

### **E. 5.2**

S’agissant de la prescription, le juge ne peut suppléer d’office le moyen en résultant (art. 142 CO). Pour que l’exception de prescription puisse être retenue, il faut que le débiteur ait invoqué un tel moyen selon les formes et dans le délai prescrits par le droit de procédure (TF 4A\_210/2010 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 consid. 7.1.1 non publié à l’ATF 136 III 502 ; ATF 112 II 231 consid. 3e; ATF 66 II 234; TF 4A\_459/2009 du 25 mars 2010 consid. 4; TF 4A\_56/2008 du 8 octobre 2009 consid. 9.1). C’est en effet le droit de procédure qui détermine jusqu’à quel stade de l’instance l’exception peut être soulevée dans le procès (ATF 80 III 41 consid. 2 ; cf. aussi ATF 123 III 213). Si le CPC ne règle pas expressément la question, la doctrine considère que, comme la prescription suppose une déclaration expresse en procédure de la partie concernée (ATE 101 lb 348; TF 4A\_56/2008 du 8 octobre 2009 consid. 9.1; Krauskopf, La prescription en pleine mutation, in SJ 2011 II 1, p. 18), il paraît logique de soumettre cette déclaration aux règles sur les allégations de fait, à savoir, en procédure ordinaire, conformément à l’art. 229 CPC (Tappy, op. cit., n. 41 ad art. 221 CPC et la réf. citée). Elle doit ainsi être invoquée en principe lors de l’échange d’écritures ou lors de la dernière audience d’instruction. L’art. 229 CPC n’admet en effet l’invocation de novas aux débats principaux que s’ils sont postérieurs à l’échange d’écritures ou à la dernière audience d’instruction ou s’ils ont été découverts postérieurement (novas proprement dits ; let. a), ou s’ils existaient avant la clôture de l’échange d’écritures ou la dernière audience d’instruction mais qu’ils ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s’en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits ; let. b) (CACI 16 août 2013/347 consid. 3.1.2). Selon le Tribunal fédéral, la phase d’allégation est close à l’issue du deuxième échange d’écritures, même s’il y a encore des débats d’instruction. Les faits et moyens de preuve nouveaux ne peuvent être introduits plus tard dans le procès sinon aux conditions de l’art. 229 al. 1 CPC

(ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.1).

### **E. 5.3**

En l'espèce, l'appelante ne conteste pas avoir invoqué la prescription lors de l'audience d'instruction et de premières plaidoiries alors qu'un double échange d'écriture avait préalablement eu lieu. Elle a donc eu l'occasion, à deux reprises, préalablement à l'audience d'instruction et de premières plaidoiries, d'alléguer les faits pertinents en lien avec la prescription. Il résulte de la jurisprudence précitée qu'au stade où en était le procès, l'exception de prescription ne pouvait plus être soulevée. Pour le surplus, le fait qu'il ait été inscrit au procès-verbal d'audience que l'appelante se prévalait de l'exception de prescription ne constitue en rien une admission de la part des premiers juges. Partant, le moyen est mal fondé et doit être rejeté.

### **E. 6**

Il s'ensuit que l'appel doit être partiellement admis sur les questions des heures supplémentaires – quotité et taux horaire applicable – et des vacances, mais non pas sur celle de la prescription. Appel joint d'A. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ et K. \_\_\_\_\_

### **E. 7.1**

Les appelants par voie de jonction contestent tout d'abord la distinction faite par les premiers juges entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire et réclament le montant équivalent aux heures supplémentaires liées à la violation de la CCT, ce qui est contesté par l'intimée par voie de jonction, qui soutient que les jours de « récupération » ont bel et bien servi à la compensation générale des heures supplémentaires. S'agissant des heures supplémentaires quotidiennes réduites en appel à 15 minutes (cf. consid. 3.3.2 supra), les appelants par voie de jonction contestent la période retenue par les premiers juges et soutiennent que cette période ne devrait pas être calquée sur celle de l'entrée en vigueur de la CCT, dans la mesure où l'on est ici face à un dépassement de ce qui était prévu contractuellement.

#### **E. 7.2.1**

Les premiers juges ont fait une distinction entre les heures supplémentaires et les heures de travail supplémentaire, en lien avec la LTr, et ont rejeté la conclusion des intimés tendant au versement d'une indemnité à titre de travail supplémentaire, au motif que le seuil des 45 heures de l'art. 9 LTr n'était pas atteint. Ainsi, les magistrats sont entrés en matière sur les heures effectuées en sus de l'horaire contractuel s'agissant de l'ouverture et de la fermeture du magasin, mais ont rejeté toutes prétentions pour les heures effectuées au-delà du maximum d'heures hebdomadaires prévues par la CCT. Comme relevé par les appelants par voie de jonction, il n'a jamais été allégué que les heures dépassant le cadre prévu par la CCT devaient être qualifiées de travail supplémentaire ; il n'a de plus jamais été conclu au paiement de ces heures à titre de travail supplémentaire. En définitive, on ne discerne pas ce qui a motivé le raisonnement des premiers juges en relation avec l'art. 9 LTr et la critique est, sur ce point, fondée. La CCT prévoit une durée hebdomadaire de travail de 41 heures effectives, soit sans les pauses, alors que le contrat des appelants par voie de jonction prévoyait 43.5 heures, pauses de 15 minutes dans la journée comprise, ce qui correspond à 42.25 heures de temps de travail effectif. Pour les appelants par voie de jonction, ce sont 2.5 heures par semaine qui devaient être prises en compte pour calculer la majoration due à titre d'heures supplémentaires liées à la CCT, sans déduction des 15 minutes de pause, dès lors que celles-ci n'avaient pas pu être prises par les travailleurs, les différents témoignages

recueillis indiquant que ces pauses étaient rares. Les appelants par voie de jonction relèvent d'ailleurs une contradiction du jugement sur ce point. Dans sa réponse à l'appel joint, l'intimée par voie de jonction ne remet pas en cause, à titre subsidiaire, les 2.5 heures par semaine d'heures dépassant le cadre autorisé par la CCT, soit la non-déduction du temps de pause rémunéré. Ce n'est que dans la réplique qu'elle relève, s'agissant des pauses, qu'il ne ressort nullement des témoignages qu'il n'était jamais possible de les prendre. L'intimée par voie de jonction ne démontre toutefois pas ses affirmations, ne prenant même pas la peine de citer les témoignages auxquels elle fait allusion. On peut donc admettre ex aequo et bono, avec les appelants par voie de jonction, que le temps qui devait être consacré à la pause était du temps travaillé. L'intimée par voie de jonction soutient dans sa réponse que ces heures supplémentaires auraient été récupérées en nature ; preuve en serait le contenu des plannings, dont l'examen permettrait de s'en convaincre. Si les plannings font apparaître le mot « Récup », on ignore à quoi correspond cette mention (cf. consid. 3.3.1 supra). Rien ne permet en tout cas de dire qu'elle est l'équivalent en nature des heures effectuées en sus des 41 heures hebdomadaires prévues dans la CCT. A cela s'ajoute qu'il ressort des plannings mensuels produits que des heures supplémentaires subsistent, sans que l'on sache à quoi elles correspondent. Dans ces conditions, il y a lieu de majorer les 2.5 heures qui dépassent le cadre autorisé par la CCT selon le mode de rétribution des heures supplémentaires de la clause 3.4 des contrats de travail. En accord avec ce que soutiennent les appelants par voie de jonction, on peut se reporter aux tableaux (élaborés pour le calcul des 30 minutes retenues par les premiers juges en lien avec l'ouverture et la fermeture du magasin) figurant au bas des pages 55, 56 et 57 du jugement entrepris concernant respectivement A.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_, dès lors que les 2.5 heures par semaines dont il est question ici équivalent à 0.5 heure (ou 30 minutes) par jour. Il s'ensuit que le « nombre d'heures supp. effectives sur la période de travail » mentionné dans chacun des tableaux peut être repris tel quel en tant qu'heures supplémentaires liées à la violation de la CCT, soit 185.69 pour A.\_\_\_\_\_, 615.78 pour W.\_\_\_\_\_ et 345.56 pour K.\_\_\_\_\_. Seule la rémunération diffère, compte tenu des considérations retenues ci-dessus (consid. 3.4.3 supra). Dès lors que seul le supplément de 25 % d'heure supplémentaire est réclamé, il faut calculer la différence entre le salaire de base majoré de 125% – tel que retenu ci-avant (consid. 3.4.3 in fine) – et ce même salaire sans majoration, puis multiplier le résultat ainsi obtenu par le nombre d'heures supplémentaires. On obtient ainsi pour A.\_\_\_\_\_  $185.69 \times 1.9725$  (9 fr. 8625 [salaire de base majoré à 125 %] - 7 fr. 89 [salaire de base]), soit 366 fr. 27, arrondis à 366 fr. 30, pour W.\_\_\_\_\_  $615.78 \times 1.9725$  (9 fr. 8625 - 7 fr. 89), soit 1'214 fr. 62, arrondis à 1'214 fr. 65, et pour K.\_\_\_\_\_  $345.56 \times 2.105$  (10 fr. 525 - 8 fr. 42), soit 727 fr. 40. Il convient ensuite d'ajouter ces montants à ceux retenus à titre de rémunération pour les heures supplémentaires en lien avec l'ouverture et la fermeture du magasin (consid.

### **E. 7.2.2**

Contrairement à ce que prétendent les appelants par voie de jonction, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a considéré qu'ils ne pouvaient pas fonder de prétentions découlant de la CCT pour une période antérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2006, puisque le champ d'application de la CCT n'a été étendu que depuis cette date.

### **E. 7.2.3**

Autre est la question des heures supplémentaires hebdomadaires liées à l'ouverture et à la fermeture du magasin, qui ne relève, quant à elle, pas de la CCT, mais des clauses

contractuelles antérieures au 1<sup>er</sup> juillet 2006 pour les appelants par voie de jonction W. \_\_\_\_\_ et K. \_\_\_\_\_. Toutefois, il a été admis, dans la demande du 11 juin 2013, que la date à partir de laquelle ces heures supplémentaires – comme celles liées à la non-prise des pauses – devaient être calculées était le 1<sup>er</sup> juillet 2006 ; cela ressort clairement des allégués 54 et 55 qui font état respectivement de 600 heures supplémentaires pour W. \_\_\_\_\_ (soit 5 ans x 48 mois x 2.5 heures ; cf. allégué 30) et de 480 heures supplémentaires pour K. \_\_\_\_\_ (soit 4 ans x 48 mois x 2.5 heures ; cf. allégué 42). On ne saurait donc reprocher aux premiers juges d’avoir retenu (ndr : en application de la maxime de disposition), comme point de départ des prétentions invoquées à ce titre par les prénommées, non pas la date de leur engagement respectif, mais le 1<sup>er</sup> juillet 2006. Les appelants par voie de jonction sont dès lors mal venus de prétendre, en appel, avoir droit à une indemnité pour les heures supplémentaires liées à l’ouverture et à la fermeture du magasin antérieures au 1<sup>er</sup> juillet 2006. Il s’ensuit que la critique ne saurait être accueillie favorablement, ce qui permet de confirmer les données exposées ci-dessus au consid. 3.4.3 in fine .

## **E. 8**

Les appelants par voie de jonction reviennent ensuite sur l’appréciation des premiers juges au sujet des vacances de W. \_\_\_\_\_. De leur point de vue, il aurait fallu retenir que l’intéressé avait le droit de réclamer le versement de son salaire pour les vacances non prises à hauteur de 11 jours, eu égard au fait qu’il devait prendre 177.65 heures supplémentaires. Cette question a déjà été traitée au consid. 4.3.2 ci-dessus, auquel il est ici renvoyé, et qui conduit à rejeter les prétentions des appelants par voie de jonction qui réclament 2’602 fr. 60 à titre de vacances non prises.

## **E. 9.1**

Il reste à examiner la question du point de départ des intérêts. Selon les appelants par voie de jonction, les heures supplémentaires devraient être rattachées au paiement de leur salaire, lequel est exigible à chaque fin de mois, au sens de l’art. 323 al. 1 CO.

## **E. 9.2**

Si le paiement du salaire afférent aux heures supplémentaires est soumis aux règles applicables à l’exigibilité du salaire, cela implique qu’un décompte des heures supplémentaires ait été présenté par l’employé à l’employeur (cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n. 14 ad art. 321c CO). Dans l’hypothèse où, comme en l’espèce, le salarié n’a pas exigé la rémunération des heures supplémentaires préalablement à la fin des rapports de travail, les créances relatives à la rémunération des heures supplémentaires ne peuvent être devenues exigibles avant la fin des rapports de travail (cf. Aubert, Commentaire romand CO I, n. 21 ad art. 321c CO). La solution retenue par les premiers juges, qui ont fixé la date de départ des intérêts au lendemain de la fin des rapports de travail, est par conséquent correcte.

## **E. 10**

Il s’ensuit que l’appel joint doit être partiellement admis, dès lors que les appelants par voie de jonction obtiennent gain de cause sur la quotité des heures supplémentaires liées à la violation de la CCT, mais pas sur le montant réclamé ; ils perdent s’agissant de la période (antérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2006) à prendre en considération pour les heures supplémentaires liées à l’ouverture et à la fermeture du magasin, ainsi que sur les questions des vacances de W. \_\_\_\_\_ et des intérêts. Recours d’A. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ et K. \_\_\_\_\_

## **E. 11**

A. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ et K. \_\_\_\_\_ ont fait recours, le 2 mai 2016, sur la question des frais, avant même de savoir qu'un appel serait déposé par la partie adverse. Il leur a été proposé de joindre les deux causes, le recours étant traité comme un appel. Les parties ne s'y étant pas opposées (let. B supra), il sera procédé ainsi. Or, dès lors que les frais et dépens de première instance sont revus d'office en fonction de l'issue modifiée du litige et qu'en l'occurrence les deux appels sont partiellement admis, le recours est devenu sans objet. Conclusions

### **E. 12.1**

En première instance, les demandeurs obtiennent ainsi gain de cause : - sur la question des heures supplémentaires liées aux 41 heures prévues par la CCT, plus précisément sur la quotité (fixée à 2.5 heures par semaine) mais pas sur le taux horaire applicable ; - sur le principe des heures supplémentaires liées à l'ouverture et à la fermeture du magasin (mais ni sur la quotité ni sur le taux horaire applicable) ; - sur la question de la prescription soulevée par la partie adverse. En revanche, ils succombent : - sur la question des intérêts ; - sur les prétentions liées au samedi de congé par mois et au congé le soir à partir de 17h ; - sur les prétentions d'A. \_\_\_\_\_ et de K. \_\_\_\_\_ liées aux vacances. Les premiers juges ont fait application de l'art. 107 al. 1 let. a CPC, au motif que les demandeurs avaient obtenu gain de cause sur le principe des heures supplémentaires, et ont mis l'entier des frais à la charge de la défenderesse. Or, dans la mesure où, comme on vient de le voir, les demandeurs ont quand même échoué sur d'autres points, les frais de première instance, arrêtés à 4'300 fr., doivent être mis à la charge de la défenderesse par deux tiers, soit 2'867 fr., et à la charge des demandeurs, solidairement entre eux, à raison d'un tiers, soit 1'433 fr., étant précisé que dès lors que ces derniers sont au bénéfice de l'assistance judiciaire, la part des frais mise à leur charge sera provisoirement laissée à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). La même proportion peut être retenue pour les dépens de première instance. Compte tenu du fait que les pleins dépens peuvent être fixés à 12'000 fr., la défenderesse versera aux demandeurs, créanciers solidaires, 4'000 fr. de dépens (2/3 de 12'000 fr. moins 1/3 de 12'000 fr.).

### **E. 12.2**

Les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel principal seront arrêtés à 1'428 fr. 80, correspondant au montant de l'avance de frais requise. Quant à l'appel joint, si une avance de frais avait été demandée, elle aurait été de 827 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]). L'appelante et intimée par voie de jonction obtient gain de cause sur les questions des heures supplémentaires liées à l'ouverture et à la fermeture du magasin – tant sur la quotité que sur le taux horaire applicable – et des vacances, mais elle succombe sur la question de la prescription. Les intimés et appelants par voie de jonction obtiennent quant à eux gain de cause sur la quotité des heures supplémentaires liées à la violation de la CCT, mais pas sur le montant réclamé (taux horaire) ; ils succombent sur la période à prendre en considération pour les heures supplémentaires liées à l'ouverture et à la fermeture du magasin, sur la question des vacances de W. \_\_\_\_\_ et sur celle des intérêts. Vu l'issue du litige, l'appelante et intimée par voie de jonction supportera un tiers des frais relatifs à l'appel principal, soit 476 fr. 25, et un quart des frais relatifs à l'appel joint, soit 206 fr. 75, donc un total de 683 fr. ; le solde, soit 1'572 fr. 80, qui doit être mis à la charge des intimés et appelants par voie de jonction, solidairement entre eux, sera laissé provisoirement à la charge de l'Etat, puisque ceux-ci

bénéficient de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance. Au vu du fait que les pleins dépens peuvent être fixés à 6'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6] et tenant compte d'une participation de chacune des parties aux honoraires de la partie adverse selon la même proportion que les frais judiciaires, l'appelante et intimée par voie de jonction a droit à des dépens de 4'000 fr. (2/3 de 6'000 fr.) et les intimés et appelants par voie de jonction ont droit à des dépens de 1'500 fr. (1/4 de 6'000 fr.). Après compensation, l'appelante et intimée par voie de jonction a donc droit à 2'500 fr. (4'000 fr. – 1'500 fr.), ainsi qu'à un montant de 952 fr. 55 (2/3 de 1'428 fr. 80) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance, donc à un total de 3'452 fr. 55. En sa qualité de conseil d'office d'A.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_, Me Séverine Berger a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Le 28 novembre 2016, Me Berger a produit une liste détaillée des opérations effectuées entre le 24 mars et le 18 octobre 2016 dans le cadre du recours déposé le 2 mai 2016, d'une part, et pour la procédure d'appel, d'autre part, faisant état d'un total de 46h10 de travail et de 34 fr. 80 de débours. Contrairement à ce qu'elle indique dans sa lettre du 28 novembre 2016 accompagnant la production de sa liste des opérations, elle a, dans son courrier du 20 avril 2016, sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire non pas pour le recours et pour l'appel, mais uniquement pour l'appel. Si, comme elle le relève, il lui a été répondu, par avis du 21 avril 2016 du Président de la Cour de céans, que sa requête d'assistance judiciaire était prématurée, c'était uniquement en rapport avec l'appel que ses mandants envisageaient de déposer. Quoiqu'il en soit, dès lors que ceux-ci – avant même de savoir qu'un appel serait interjeté par la partie adverse – ont déposé un recours contenant une requête d'assistance judiciaire et qu'il a été décidé, avec l'accord des parties, de traiter le recours comme un appel, il se justifie de tenir compte également du temps consacré à la procédure de recours. On admettra à cet égard le temps allégué pour la rédaction du recours et pour la lettre du 2 juin 2016, soit 1 heure et 40 minutes, ainsi que les débours (2 fr. 20). Pour la procédure d'appel, il n'y a pas lieu de tenir compte des opérations antérieures au 3 août 2016, les intimés à l'appel et appelants par voie de jonction n'ayant finalement pas fait appel, contrairement à ce qu'ils envisageaient de faire, mais ils ont déposé une réponse et un appel joint. Pour les opérations postérieures à cette date, il convient d'admettre le temps allégué, soit 6h30, et les débours, soit 12 fr. 70. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Berger doit être fixée à 1'470 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 14 fr. 90 et la TVA sur le tout par 118 fr. 80, soit 1'603 fr. 70 au total. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire seront, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

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