

# VD\_FINDINFO HC / 2017 / 925 vom 9. November 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-11-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2017\\_\\_\\_925](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2017___925)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2017 / 925 du 9 novembre 2017

IT: VD\_FINDINFO HC / 2017 / 925 del 9 novembre 2017

## Regeste

CONTRAT DE TRAVAIL, DURÉE ET HORAIRE DE TRAVAIL, MODIFICATION{EN GÉNÉRAL}, MAINTIEN DU PAIEMENT DU SALAIRE | 322 al. 1 CO, 322 al. 2 CO, 322 CO, 82 CO

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les affaires patrimoniales (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]), pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Il doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]), 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). En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### E. 1.2

La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al.

### E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que 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, op. cit., nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

### E. 3

Appel de G. \_\_\_\_\_

### E. 3.1

L'appelante se plaint en premier lieu d'une constatation manifestement inexacte des faits s'agissant des heures non travaillées par l'employée. Elle relève qu'il serait établi qu'au début de son contrat de travail, soit entre le 1<sup>er</sup> novembre et le 19 décembre 2013, l'intimée travaillait encore à 100 % pour son précédent employeur et qu'elle n'aurait effectué que 2

heures par jour, après son travail, pour elle-même. En outre, durant l'année scolaire 2014/2015, l'intimée se serait absentée presque tous les lundis après-midi pour accompagner sa fille chez l'ergothérapeute. Dès juin 2014, elle aurait été également absente les mardis, mercredis et jeudis après-midi pour travailler dans sa propre boutique de vêtements. Selon l'appelante, ces heures non effectuées n'auraient jamais été compensées. L'appelante invoque également une violation du droit s'agissant du constat des premiers juges selon lequel elle aurait accepté tacitement une diminution de l'horaire de travail de l'intimée tout en gardant le salaire convenu au départ. Elle soutient avoir clairement manifesté son opposition au fait de payer à l'intimée un salaire complet alors que les heures contractuellement prévues n'auraient pas été travaillées ni compensées. L'intimée allègue pour sa part que les heures non effectuées en novembre et décembre 2013 auraient été compensées par l'aide apportée par sa mère et son époux, comme convenu entre les parties. Elle admet en outre avoir été absente les lundis après-midi pour accompagner sa fille chez l'ergothérapeute mais relève que son employeuse ne lui aurait jamais demandé de compenser les heures non effectuées. Elle fait également valoir que sa boutique de vêtements n'aurait été ouverte que les vendredis et samedis, de sorte qu'elle n'aurait jamais eu besoin de s'absenter de son travail pour s'y rendre. Enfin, l'intimée relève que l'appelante aurait accepté ses absences puisqu'elle a toujours versé son salaire entièrement.

### **E. 3.2**

Conformément à l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. En effet, le principe est qu'il n'y a pas de rémunération si aucun travail n'est accompli (art. 82 CO ; ATF 120 II 209 consid. 6a). Il y a toutefois des exceptions à ce principe et le travailleur a droit au paiement de la rémunération correspondant à la totalité de son salaire lorsque l'employeur se trouve en demeure (art. 324 CO) ou lorsque le travailleur bénéficie du maintien de sa rémunération en vertu des art. 324a et 324b CO. En dehors de ces hypothèses, les heures non effectuées ne sont pas dues et l'employeur ne doit pas de salaire pour celles-ci, de sorte qu'il peut opérer une réduction pour le salaire payé en trop (TF 4A\_291/2008 du 2 décembre 2008 consid. 3), étant précisé que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la base légale d'un tel droit à la réduction (Streiff/von Känel/Rudolph, *Arbeitsvertrag - Praxiskommentar*, 2012, n. 13 ad art. 322 CO). Ainsi, lorsqu'il effectue un nombre d'heures inférieur à celui qui est prévu dans le contrat, le travailleur ne peut prétendre à la rémunération que des heures effectivement travaillées et non au paiement de la totalité de la durée contractuelle prévue (Witzig, *La modification du contrat de travail*, 2014, p. 52; JAR 1985 page 131 consid. 1). Même si l'employeur continue, après une réduction de l'horaire de travail, de verser le salaire en plein, respectivement fait une offre dans ce sens, le travailleur doit s'attendre et compter avec une baisse de revenu. Il doit se douter que l'employeur est dans l'erreur (JAR 1985 page 131 consid. 1). Ce n'est que lorsque l'employeur continue de verser l'entier de la rémunération, sans réserve, car il a souhaité renoncer à la réduction de la rémunération, que l'on peut partir du principe qu'il y a eu un accord sur la modification du contrat de travail. Selon les juges zurichois, lorsque l'employeur paie sans réserve et pendant plusieurs années une rémunération correspondant à un temps complet alors même que le travailleur a réduit son temps de travail, il ne peut prétendre compenser l'excédent versé avec la rémunération due pendant le délai de congé, car il est présumé avoir renoncé à reprocher au travailleur l'exécution incomplète de son contrat de travail (Witzig, *op. cit.*, p. 52 et les réf. citées, soit AG\_ZH 16 mai 2001, ZR 2002, p. 225 et Streiff/von Känel/Rudolph, *op. cit.*, n. 11 ad art. 322 CO). Il faut en effet

que les parties modifient, d'un commun accord, le contrat de travail si elles entendent diminuer l'horaire de travail sans modifier la rémunération, respectivement convenir d'une augmentation du tarif horaire. Si le contrat de travail doit être modifié, cela suppose une manifestation concordante de volontés des parties. Sauf cas particulier, celle-ci n'est subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière et peut notamment ressortir du comportement adopté par les parties, soit d'une modification tacite (Witzig, op. cit., p. 111ss et les réf. citées).

### **E. 3.3.1**

En l'espèce, il y a lieu de distinguer deux périodes, à savoir celle de novembre à décembre 2013 et celle courant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014. S'agissant de la première période, il n'est pas contesté que l'appelante a engagé l'intimée au 1<sup>er</sup> novembre 2013 alors qu'elle savait que celle-ci était liée par un contrat de travail à un taux d'activité de 100% auprès d'un autre employeur. Dans son appel, G.\_\_\_\_\_ affirme que les heures non effectuées devaient être compensées par l'employée, une promesse allant dans ce sens ayant été faite par celle-ci. Pour asseoir ses dires, l'appelante se réfère au contenu de son audition du 27 septembre 2016, à ses déclarations faites avant procès, aux déclarations du témoin W.\_\_\_\_\_ et au témoignage écrit de son cousin F.\_\_\_\_\_. L'intimée reconnaît ne pas avoir travaillé autant d'heures que celles prévues contractuellement, mais fait état d'un accord qui serait intervenu entre les parties pour que les heures non effectuées durant les mois de novembre et décembre 2013 soient compensées par l'aide apportée par sa mère ainsi que par son mari, qui devait aider la défenderesse à déménager des meubles dans son appartement, ce qui aurait été fait, notamment durant les week-ends.

### **E. 3.3.2**

Selon les déclarations de H.\_\_\_\_\_, mère de la demanderesse, les parties avaient trouvé un arrangement entre elles pour compenser d'une autre manière le travail non effectué par sa fille durant les mois de novembre et décembre 2013 en ce sens que, du lundi au jeudi, elle-même travaillait deux heures par jour auprès de la défenderesse en remplacement de sa fille, sans être payée. S'agissant des déclarations du témoin B.C.\_\_\_\_\_, elles sont contradictoires. En effet, celui-ci a d'abord indiqué qu'il avait été convenu oralement entre les parties que pour compenser les heures non faites de la demanderesse, lui-même devait aider la défenderesse à déménager des meubles dans son appartement, ce qui avait été fait. Néanmoins, il a ensuite déclaré que c'était la défenderesse qui lui demandait de venir l'aider et que ce travail ne visait pas à compenser les heures non faites par sa femme mais à aider cette dernière. Pour le témoin W.\_\_\_\_\_, indépendante dans une fiduciaire et qui a personnellement commencé à verser les salaires de l'employée à partir de mars ou avril 2015, ainsi que pour le témoin S.\_\_\_\_\_, amie de la fille de la défenderesse, il avait été convenu entre les parties que les heures non effectuées durant les mois d'octobre à décembre 2013 seraient restituées ultérieurement sous forme d'heures supplémentaires.

### **E. 3.3.3**

L'intimée admet ne pas avoir effectué les heures contractuellement prévues, mais prétend que, pour compenser les heures non faites, il aurait été convenu que son mari et sa mère travaillent pour elle, ce qui a été contesté par l'appelante. Les témoignages sur ce point sont partagés. On ne saurait toutefois retenir un tel accord sur la seule base des témoignages du mari et de la mère de l'intimée, au vu de leur relation étroite avec cette dernière, alors que d'autres témoignages vont dans le sens contraire, notamment celui de S.\_\_\_\_\_, qui est

une amie proche de la fille de l'appelante et non de l'appelante elle-même, de sorte que son témoignage paraît davantage probant. Si l'on peut retenir que la mère de l'intimée et son époux ont rendu des services à l'appelante, il n'est pas établi que ceux-ci auraient remplacé les heures non effectuées par l'employée. Au demeurant, le mari de A.C. \_\_\_\_\_ a lui-même déclaré, à la fin de son audition, que le travail qu'il avait effectué chez l'appelante ne visait pas à compenser des heures non effectuées par son épouse. Dès lors que l'appelante supportait le fardeau de la preuve sur ce point, elle échoue dans la preuve d'un tel accord. Ainsi, dès lors qu'il est établi que l'intimée a travaillé pour un autre employeur durant les mois de novembre et décembre 2013 et que l'appelante a allégué, sans que cela soit contesté par l'intimée, que celle-ci n'avait jusqu'au 20 décembre 2013 travaillé chez elle que pendant deux heures par jour après son travail à l'usine, il y a lieu de retenir que l'intéressée, qui était censée travailler du lundi au jeudi à hauteur de 8 heures par jour, a accumulé 168 heures de travail non effectuées et non compensées, soit 6 heures par jour durant 28 jours.

#### **E. 3.4.1**

S'agissant des heures non effectuées depuis le mois de janvier 2014, l'appelante allègue que, depuis l'ouverture de sa boutique, l'intimée y consacrait la plus grande partie de son temps et que, du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2014, l'intimée aurait été absente tous les mardis, mercredis et jeudis après-midi pour y travailler. Selon l'appelante, il aurait été convenu que sa fille aide à la boutique pour permettre à l'intimée de travailler le matin chez l'appelante, mais cette aide aurait cessé en septembre 2014, les absences de l'intimée se multipliant depuis lors. L'appelante soutient également que, depuis le 6 octobre 2014, l'intimée s'absentait les lundis après-midi pour se rendre avec sa fille chez l'ergothérapeute et qu'il avait été convenu que les heures manquées non excusées par certificat médical devaient être restituées. L'intimée a pour sa part allégué qu'elle ne travaillait à la boutique que les vendredis et samedis, ce qui lui aurait permis de respecter ses engagements. Elle a également relevé que, certes, en accord avec l'appelante, elle n'aurait travaillé que les lundis matin chez celle-ci pour accompagner sa fille chez l'ergothérapeute les lundis après-midi, tout en précisant que, durant les vacances scolaires, elle avait aussi travaillé les lundis après-midi et que l'appelante aurait toléré ces absences, sans émettre l'hypothèse de revoir son salaire à la baisse pour cette raison.

#### **E. 3.4.2**

Sur ce point, le témoin S. \_\_\_\_\_ a confirmé que, du 1<sup>er</sup> mai 2014 au 31 décembre 2014, la demanderesse avait été absente tous les mardis, mercredis et jeudis après-midi pour travailler dans sa boutique et que durant cette période, pour que la demanderesse puisse travailler le matin, il avait été convenu entre les parties que la fille de la défenderesse aiderait dans la boutique de la demanderesse les matins et que l'après-midi, les rôles seraient inversés. De son côté, l'intimée a tenté de prouver son allégation concernant le fait qu'elle ne travaillait à la boutique que les vendredis et samedis par une attestation écrite de [...], qui relève que ses rendez-vous avec l'intimée avaient lieu les vendredis uniquement, la boutique étant fermée les autres jours. D'une part, une telle attestation écrite ne revêt qu'une valeur probante très faible et le fait que l'intéressé n'ait eu des rendez-vous que le vendredi n'établit pas que l'intimée ne travaillait pas à la boutique les autres jours, étant au demeurant précisé qu'on ignore tout de la période à laquelle ont eu lieu les rendez-vous entre [...] et l'intimée. Au demeurant, l'intimée elle-même admet que sa boutique était à tout le moins ouverte le vendredi et le samedi, ce qui ne fait que confirmer la faible valeur probante de l'attestation

rédigée par [...]. Quant aux absences des lundis après-midi, elles sont admises par l'intimée, qui n'apporte pas la preuve qu'elles auraient été admises par l'appelante. On doit donc retenir que, pour cette période également, des heures de travail n'ont pas été accomplies par l'intimée.

#### **E. 3.4.3**

Reste à savoir si l'absence de courrier de l'appelante pendant une année et demie peut être considérée comme un accord tacite de modification du contrat de travail, accord que l'on ne devrait admettre qu'avec prudence comme déjà mentionné. Or, il apparaît que l'appelante a établi à tout le moins avoir manifesté son désaccord avec le fait que l'intimée n'accomplissait pas les heures qu'elle devait, ce qui suffit pour qu'un accord tacite ne soit pas retenu. Certes, il est étonnant que l'employeuse, qui effectuait elle-même les décomptes, ait toléré que l'activité à 80 % contractuellement prévue ne soit que partiellement effectuée et ait continué à verser un salaire ne correspondant pas aux prestations fournies pendant une année et demie sans réclamer l'exécution des heures. Il résulte toutefois des déclarations de partie de l'appelante à l'audience de jugement que celle-ci a continué à verser un plein salaire car l'intimée avait promis de les restituer et que, lorsqu'elle lui devait des heures, l'intimée lui disait oralement qu'elle ne pouvait pas, en lui mettant la pression. Il résulte en outre du témoignage de W.\_\_\_\_\_ que l'appelante faisait une confiance totale, voire aveugle, aux membres de la famille de l'intimée. En outre, l'appelante a allégué avoir demandé à l'intimée de cesser les abus en novembre 2014, ce qui est confirmé par le témoignage de W.\_\_\_\_\_ et étayé par la déclaration – certes non décisive à elle seule – de F.\_\_\_\_\_ selon laquelle l'appelante attendait la contrepartie des heures qu'elle avait payées. Ainsi, l'intimée a échoué à démontrer l'existence d'un accord tacite sur une renonciation à la compensation des heures non travaillées.

#### **E. 3.4.4**

Il y a donc lieu de chiffrer les heures non effectuées par l'intimée. S'agissant des absences de A.C.\_\_\_\_\_ relatives aux consultations d'ergothérapie pour sa fille, elles correspondent à 29 après-midis à hauteur de 4 heures par demi-journée, et non 5 heures comme allégué par l'appelante. En effet, dès lors qu'il n'est pas formellement établi que l'intimée effectuait 5 heures de travail l'après-midi, il y a lieu de s'en tenir à la moitié de ses heures contractuellement prévues, soit

#### **E. 3.5**

En définitive, l'intimée a accumulé 909 heures non effectuées. Pour calculer le tarif horaire auquel ces heures doivent être rémunérées, il y a lieu de déterminer le nombre d'heures travaillées par mois, qui s'obtient en multipliant le nombre moyen de jours travaillés par mois, soit 21.7, par le nombre d'heures travaillées par jour, soit 8 heures, puis de multiplier ce résultat par 80%, soit le taux d'activité de l'intimée, ce qui donne un résultat de 138.9 heures. Il faut ensuite diviser le salaire mensuel brut de l'intéressée, soit 3'900 fr., part au treizième salaire comprise  $([3'600 \times 13]/12)$ , par 138.9 heures, ce qui donne un salaire horaire brut de 28 fr., qui sera ramené à 25 fr. 85 conformément aux conclusions de l'appelante. Au tarif horaire de 25 fr. 85, les 909 heures non effectuées représentent un montant total de 23'497 fr. 65. Toutefois, l'appelante a limité ses conclusions à un montant de 16'220 fr. 55, auquel il y a lieu de se tenir afin de ne pas statuer ultra petita. L'intérêt moratoire est réclamé dès le 1<sup>er</sup> décembre 2015, ce qui peut être admis, au vu des échéances contractuelles.

### **E. 3.6.1**

G.\_\_\_\_\_ a conclu, aux termes de son appel, à la réforme du jugement entrepris en ce sens que les conclusions prises par la demanderesse A.C.\_\_\_\_\_ et par la CCh soient rejetées.

### **E. 3.6.2**

Les premiers juges ont relevé que la demanderesse avait droit aux salaires qu'elle n'avait pas encore perçus au 7 septembre 2015, soit à ceux concernant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 7 septembre 2015, part au 13<sup>e</sup> salaire en sus. Ils ont ainsi déterminé que la défenderesse devait à son ex-employée un montant brut de 8'682 fr. 35, la CCh étant subrogée aux droits de la demanderesse sur ce montant à hauteur de 1'977 fr. 80. Dès lors que l'appelante ne motive pas les raisons qui devraient conduire à refuser à l'intimée tout salaire pour la période considérée, étant précisé qu'elle a admis ne pas avoir versé de salaire à l'intéressée pour cette période, il n'y a pas lieu de modifier le jugement entrepris à cet égard.

## **E. 4**

Appel joint de A.C.\_\_\_\_\_

### **E. 4.1**

Un appel joint a été formé par A.C.\_\_\_\_\_ dans sa réponse à l'appel principal. Celle-ci considère en effet que les premiers juges auraient violé le droit dans leur examen de la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat en date du 7 septembre 2015. Elle reproche aux premiers magistrats d'avoir retenu qu'elle n'aurait pas respecté les conditions de résiliation prévues par l'art. 337a CO pour n'avoir pas exigé de son employeuse qu'elle lui fournisse des sûretés dans un délai convenable, ce qui aurait conduit à une réduction de ses prétentions de 6'917 fr. 65. Pour l'intimée par voie de jonction, ce serait à tort que les premiers juges ont considéré que l'employée avait l'obligation de demander des sûretés à son ancien employeur avant de résilier son contrat de travail avec effet immédiat. Elle affirme ainsi que la résiliation immédiate du contrat de travail serait valable.

### **E. 4.2**

En l'espèce, il y a lieu de relever, indépendamment de la question de la réalisation ou non des conditions de l'art. 337a CO, soit de la motivation apportée par les premiers juges, que selon les faits retenus dans le jugement entrepris, le contrat a pris fin au 7 septembre 2015, conclusion à laquelle aboutit l'appelante par voie de jonction au terme de sa démonstration. On peine dès lors à voir la pertinence de son grief. L'appelante n'explique en tout cas pas pour quelle raison les premiers juges auraient dû retenir comme date butoir le 31 octobre 2015 à la place du 7 septembre 2015 et, en cela, le grief est insuffisamment motivé et ne permet pas de conduire à une modification du résultat auquel sont parvenus les premiers juges. L'appelante ne motive pas davantage comment elle parvient au montant réclamé de 11'929 fr. 95. Ainsi, le grief de l'appelante, mal fondé, doit être rejeté.

## **E. 5.1**

En définitive, l'appel principal doit être partiellement admis (cf. consid. 3.5 et 3.6 supra), l'appel joint rejeté (cf. consid. 4.2 supra) et le jugement réformé au chiffre V de son dispositif en ce sens que les conclusions prises par G.\_\_\_\_\_ sont admises, A.C.\_\_\_\_\_ étant reconnue sa débitrice et lui devant immédiat paiement de la somme de 16'220 fr. 55 nets, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2015.

### **E. 5.2**

Au vu de l'admission de l'appel principal, il y a lieu de revoir la question des dépens de première instance, étant rappelé que le jugement a été rendu sans frais judiciaires. A cet égard, les premiers juges ont considéré que la demanderesse, qui avait obtenu partiellement gain de cause, avait droit à des dépens réduits arrêtés à 1'000 fr. nets. Néanmoins, au vu de l'admission de l'appel principal, la défenderesse obtient l'allocation de l'entier de ses conclusions reconventionnelles, alors que la demanderesse obtient toujours partiellement gain de cause sur ses propres conclusions. Ainsi, il y a lieu d'allouer à la défenderesse des dépens réduits arrêtés à 1'000 fr. nets (art. 5 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

### **E. 5.3**

La requête d'assistance judiciaire formée par G. \_\_\_\_\_ dans le cadre de son appel peut être admise, les conditions fixées par l'art. 117 CPC étant réalisées. Le bénéfice de l'assistance judiciaire sera ainsi octroyé à l'appelante, Me Séverine Berger étant désigné comme son conseil d'office. Celle-ci sera par ailleurs astreinte à verser une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1<sup>er</sup> décembre 2017 en mains du Service juridique et législatif du Canton de Vaud en application de l'art. 123 CPC (art. 5 RAJ).

### **E. 5.4**

Me Séverine Berger, conseil d'office de l'appelante, a indiqué dans sa liste d'opérations du 12 juin 2017 avoir consacré 10 heures et 30 minutes au dossier et a chiffré ses débours à 18 fr. 60. Compte tenu de la complexité de la cause ainsi que du fait que ce conseil n'a été mandaté qu'au stade de l'appel, le temps consacré peut être admis. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Berger doit être fixée à 1'890 fr., montant auquel il convient d'ajouter les débours, par 18 fr. 60, et la TVA sur le tout, par 152 fr. 70, ce qui aboutit à 2'061 fr. 30 au total. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

### **E. 5.5**

Il ne sera pas perçu de frais judiciaires, compte tenu de la nature du litige (art. 114 let. c CPC).

### **E. 5.6**

L'appelante obtenant pour l'essentiel gain de cause en appel, elle a droit à de pleins dépens. L'intimée lui versera donc la somme de 2'200 fr. (art. 7 TDC) à titre de dépens de deuxième instance.