

## **VD\_GERICHTE P313.012322 vom 4. August 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-08-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_P313.012322](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_P313.012322)

FR: VD\_GERICHTE P313.012322 du 4 août 2015

IT: VD\_GERICHTE P313.012322 del 4 agosto 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Appel de D. \_\_\_\_\_ SA

##### **E. 3.1**

et les réf., JT 2007 I 423 ; ATF 125 I 305 c. 2b et les réf.).

- 47 - Dans le cadre de l'interprétation subjective, le juge s'intéressera en premier lieu aux termes utilisés et/ou aux comportements des parties, les termes utilisés étant pris au sens habituel (moyens primaires d'interprétation ; Winiger, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2012, n. 25-26 ad art. 18 CO, p. 140). Pour préciser la volonté des parties, le juge prendra en compte notamment le comportement des parties aussi bien avant qu'après la conclusion du contrat, leurs déclarations antérieures, les projets de contrat, la correspondance échangée, leurs intérêts respectifs et le but du contrat (moyens complémentaires d'interprétation ; Winiger, op. cit., n. 32 ss ad art. 18 CO, pp. 141 ss). Pour interpréter une clause contractuelle selon la théorie de la confiance, le juge doit rechercher comment cette clause pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à la volonté intime de l'intéressée. Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 61 c. 2.2.1 et les réf.). Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 c. 2.2.1 et les réf.). bb) Selon 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. L'art. 341 al. 1 CO, qui exclut une renonciation de la part du travailleur, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de normes impératives, ne vise

- 48 - pas l'art. 322 CO, de sorte que le salaire du travailleur peut être modifié ou diminué en cours de contrat par accord des parties (TF 4A\_434/2014 du 27 mars 2015 c. 3.2 et les réf. ; TF 4A\_552/2013 du 4 mars 2014 c. 4.1 et les réf. ; TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 c. 4.2). 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. Toutefois, c'est avec réserve que le

juge peut inférer du silence du travailleur, à la suite d'une proposition de modification du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de ces conditions. Celle-ci ne peut être admise que dans les situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit et de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (TF 4A\_443/2010 du 26 novembre 2010 ; ATF 109 II 327 c. 2b ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, pp. 59 et 174). S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire (TF 4A\_434/2014 du 27 mars 2015 c.

### **E. 3.2**

a) L'appelante soutient que l'intimé n'a pas pris de conclusions spécifiques afférentes aux vacances et qu'en allouant un montant de ce chef, les premiers juges ont outrepassé leur compétence, la maxime inquisitoire sociale ne le permettant pas. L'intimé estime que la conclusion de sa demande du 12 mars 2013, soit le versement de la somme de 30'000 fr. par l'employeur à titre d'arriérés de salaire, comprenait le salaire afférent aux vacances. En outre, dès lors que la procédure simplifiée s'appliquait, le juge devait interpréter les conclusions pour déterminer la réelle volonté des parties. b) L'art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC prévoit que le tribunal établit les faits d'office dans les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs. Il doit le faire avec retenue lorsque la partie est assistée d'un avocat (Tappy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 25 ad art. 247 CPC). Tappy précise que la distinction entre partie assistée et non assistée n'est pas aussi évidente que cela et renvoie à la doctrine (nn. 25 à 28 ad art. 247 CPC), mais peu importe ici. En effet, la maxime inquisitoire sociale ne permet au juge que d'établir les faits d'office et d'apprécier librement les preuves, sans pouvoir statuer ultra petita ou en l'absence de conclusions (art. 58 CPC ; TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3 et 5.4). Le principe est respecté si le juge reste dans le cadre des conclusions prises, celui-ci pouvant répartir différemment les divers postes du dommage invoqués par le demandeur, voire sur une base juridique différente (Haldey, CPC Commenté, Bâle 2011, nn. 3 et 5 ad art. 58 CPC).

- 53 - c) En l'espèce, dans sa demande du 12 mars 2013, l'intimé a conclu à l'allocation d'un montant de 30'000 fr. avec intérêts, à titre « d'arriérés de salaires ». A l'allégué 10 de son écriture, il a mentionné le fait qu'il avait droit à quatre semaines de vacances et, lors de son interrogatoire du 29 octobre 2014, il a indiqué qu'il avait compris que le salaire afférent aux vacances n'était pas inclus dans son salaire et qu'il n'avait pas perçu de salaire durant ses vacances. Il est vrai que l'intimé, assisté dès le début de la procédure par un mandataire professionnel, n'a pas plus commenté cette problématique. L'appelante ne saurait toutefois contester l'examen de cet élément de fait, dès lors que le travailleur en a expressément fait mention dans son mémoire et que l'instruction a démontré la difficulté à comprendre comment elle avait calculé le salaire de l'intimé. En outre, comme exposé par Haldey, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre (ATF 119 II 396). C'est donc à bon droit que les premiers juges se sont déterminés sur le salaire afférent aux vacances.

### **E. 3.3**

a) L'appelante fait valoir que l'indemnité de 8,33 % afférente aux vacances était incluse dans le salaire horaire de 29 fr. pour les heures en shift, car ces heures ont été dispensées durant les 25,2 heures hebdomadaires pour lesquelles il était prévu contractuellement quatre

semaines de vacances. Elle admet en revanche que l'indemnité de vacances de 8,33 % doit être ajoutée au tarif horaire de 50 fr. pour les heures de travail effectuées hors shift. L'intimé allègue que l'appelante n'a pas apporté la preuve que le salaire afférent aux vacances lui a été versé lorsqu'il a pris ses vacances et qu'il n'existe aucune raison d'exclure toute indemnité de vacances pour les heures travaillées en shift puisque l'appelante en a admis le principe dans toutes les fiches de salaire. b) Selon l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Cette disposition est relativement impérative, c'est-à-dire qu'il ne

- 54 - peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Les vacances ont pour but essentiel de maintenir le travailleur en bonne santé et de lui permettre de faire disparaître la fatigue accumulée durant l'année (Cerottini, *Le droit aux vacances*, thèse Lausanne 2001, p. 253). L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (art. 329d al. 1 CO). Il comprend le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, mais également les modes de rémunération complémentaires ayant un caractère de rémunération durable, comme les allocations familiales, les indemnités de résidence, le treizième salaire, les provisions, les commissions, la participation au chiffre d'affaires, ainsi que, dans certains cas, les pourboires et le remboursement des frais (Cerottini, *op. cit.*, p. 181). Chaque travailleur, y compris celui qui n'exerce qu'un travail à temps partiel, peut prétendre à des vacances, ainsi qu'au paiement du salaire afférent aux vacances (Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2e éd., Lausanne 2010, n. 1.3 ad art. 329a CO et les réf. citées). Pour calculer le salaire afférent à quatre semaines de vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.2 ad art. 329d CO ; Wyler/Heinzer, *op. cit.*, p. 400 et les réf. citées). Il est déduit de cette disposition que le travailleur ne doit pas être traité différemment, d'un point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 136 III 283 c. 2.3.5 ; ATF 129 I 493 c. 3.1 ; ATF 129 II 664 c. 7.3). Pour la période de vacances dues, le travailleur doit recevoir autant que ce qu'il aurait obtenu s'il avait travaillé pendant cette période (ATF 136 III 283 c. 2.3.5 ; ATF 134 III 399 c. 3.2.4.2). Selon l'art. 329d al. 2 CO, qui revêt un caractère impératif absolu (art. 361 CO), soit auquel il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. D'après une jurisprudence constante,

- 55 - l'employeur doit donc en principe accorder les vacances en nature. Celles-ci ne doivent pas être remplacées par des prestations en espèces, le salaire afférent aux vacances devant être payé à l'occasion de celles-ci, à défaut de quoi le but des vacances s'en trouverait compromis (Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 2.1 ad art. 329d CO et les réf. citées). Le Tribunal fédéral admet une exception dans des cas particuliers, comme le travail très irrégulier à temps partiel et le travail intérimaire (ATF 129 III 664 ; Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 2.3 ad art. 329d CO et les réf. citées). Dans ces cas, l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est alors admissible. Cette méthode ne prive pas le travailleur du droit de bénéficier effectivement de ses vacances. Son seul effet consiste en ce que le salaire afférent aux vacances n'est pas payé durant la période de prise effective des vacances, mais compris dans le salaire payé durant les périodes de travail effectives. Le principe de l'indemnité afférente aux vacances est admis à

trois conditions cumulatives : le contrat de travail écrit doit mentionner clairement le système adopté, les décomptes de salaire doivent indiquer de manière différenciée la part du salaire global destinée à indemniser les vacances et des circonstances exceptionnelles doivent le justifier (ATF 129 III 664 ; Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 404-405). Si ces conditions ne sont pas remplies, l'employeur doit payer le salaire des vacances en sus de la rémunération convenue (ATF 118 II 136 par exemple). La preuve du paiement incombe à l'employeur (TF 4A\_419/2011 du 23 novembre 2011). c) En l'espèce, l'intimé n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail à horaires très irréguliers à temps partiel, justifiant l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total. L'appelante ne le conteste par ailleurs pas. Celle-ci ne saurait sérieusement soutenir qu'aucune indemnité de vacances n'est due sur le salaire horaire de 29 fr., puisque le contrat de travail ne mentionne aucunement que l'indemnité de vacances y est comprise (ni d'ailleurs dans le salaire horaire de 50 fr.) et qu'il s'agit d'un élément essentiel de tout contrat de travail. Il n'existe donc aucune raison de faire une distinction entre les heures en shift et les heures hors shift.

- 56 - Cela étant, il est établi que l'intimé n'a perçu aucun salaire pendant ses vacances. Il doit donc être rémunéré pour l'équivalent vacances tant pour les cours dispensés en shift à raison de 31 fr. 41 l'heure, que pour les cours effectués hors shift à raison de 54 fr. 16 l'heure. Le moyen de l'appelante doit par conséquent être rejeté.

#### **E. 3.4**

a) L'appelante conteste la méthode appliquée par le tribunal pour suppléer aux absences des fiches mensuelles de certains mois. Elle soutient que, durant les 33 mois pour lesquels une fiche mensuelle a pu être produite, l'intimé a effectué une moyenne de 47 % d'heures in shift et une moyenne de 53 % d'heures hors shift et que ces pourcentages doivent être appliqués pour tous les autres mois pour lesquels il n'existe pas de fiches mensuelles. De plus, cette clé de répartition aurait dû être opérée pour les heures payées au tarif horaire de 23 fr., puisqu'il est établi qu'on ignore à quoi elles correspondent. b) L'art. 8 CC règle le fardeau de la preuve et donc les conséquences de l'absence de preuve (ATF 129 III 18). Chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue (ATF 130 III 478). S'agissant de la rémunération, il appartient à l'employeur de prouver que celle-ci a effectivement été payée (TF 4C.429/2005 du 21 mars 2006 c. 4.2; ATF 125 II 78 c. 3b). c) En l'espèce, ni l'appelante ni l'intimé ne se sont déterminés sur la question du fardeau de la preuve. Le raisonnement du tribunal de première instance doit être confirmé, à savoir qu'il manquait un certain nombre de fiches mensuelles, que les heures figurant sur les fiches de salaire ne correspondaient pas à celles figurant sur les fiches mensuelles, que l'employeur avait échoué à apporter la preuve que toutes les heures de personal training en shift et hors shift auraient été rémunérées à 50 fr. et que, partant, il y avait lieu de se fonder sur les fiches mensuelles pour les mois pour lesquels elles avaient été produites et sur les fiches de salaire pour les mois pour lesquels les fiches mensuelles n'avaient pas été produites. L'employeur est en outre plutôt malvenu de soutenir, a

- 57 - posteriori, qu'une moyenne en shift et hors shift devrait être opérée afin de limiter le montant à verser au travailleur, alors que c'est lui qui est à l'origine des erreurs dans les fiches de salaire et des incertitudes qui en ont découlé pour le travailleur.

#### **E. 3.5**

a) Dans un dernier moyen, l'appelante soutient qu'elle était certaine d'avoir versé tous les salaires dus, ayant offert plusieurs témoignages pour pallier à l'absence de l'ensemble des

pièces permettant de démontrer l'exactitude des fiches de salaire. Elle considère que le calcul théorique des salaires effectué par les premiers juges, qui s'écarte considérablement des fiches de salaire produites, constitue un fait nouveau découlant du jugement de première instance, de sorte qu'elle doit pouvoir exciper de la compensation entre le montant dû au travailleur par 6'988 fr. 44 et « le montant de CHF 24'541,31 que celui-ci a perçu de son employeur ». L'intimé considère que l'appelante était la seule à pouvoir comprendre un système de salaire qu'elle avait elle-même mis en place et à pouvoir contrôler la concordance entre les fiches mensuelles et les fiches de salaire, de sorte qu'elle était parfaitement à même de connaître le montant réellement dû au travailleur. Dès lors que l'appelante ne fait valoir aucun fait nouveau, elle ne peut pas invoquer la compensation. b) L'objection de compensation doit faire l'objet d'une déclaration de procédure et être invoquée au plus tard au début de la procédure (art. 124 al. 1 CO ; Tappy, op. cit., n. 26 ad art. 222 CPC ; Hohl, Procédure civile, tome I, p. 158, n. 816 et les réf. citées). Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver

- 58 - spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 II 43 et les réf. citées). Il incombe ainsi au plaideur qui désire invoquer les faits ou moyens de preuve nouveaux devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, si bien qu'on ne saurait lui reprocher de ne pas les avoir invoqués ou produits devant la première instance (Jeandin, op. cit., n. 8 ad. art 317 CPC). c) Dans le cas particulier, l'appelante ne conteste pas qu'elle n'a pas invoqué la compensation en première instance. Cela étant, il appartenait à l'employeur de prouver que le salaire avait été versé dans son intégralité conformément à l'art. 8 CC, ce qu'il n'a pas fait. De plus, force est de constater que c'est l'appelante qui a décidé d'un système de rémunération complexe. De deux choses l'une : soit elle rédigeait un contrat simple et pouvait déterminer facilement un éventuel trop payé, soit elle élaborait un contrat de travail compliqué comme en l'espèce et devait craindre d'éventuels trop payés, ce d'autant que plusieurs employés avaient contesté leurs fiches de salaire et que l'Inspection du travail était même intervenue afin d'enquêter sur les conditions de travail des employés. En faisant preuve de diligence, l'employeur devait donc savoir qu'il existait un risque de trop perçu, de sorte qu'il aurait dû invoquer la compensation en première instance. Pour le surplus, on ne voit aucun fait nouveau résultant de la motivation des premiers juges comme l'appelante tente de l'alléguer. Le moyen de l'appelante se révèle par conséquent infondé. Appel joint d'F. \_\_\_\_\_

#### **E. 4**

a) L'appelant par voie de jonction soutient que les premiers juges ont omis de prendre en considération l'augmentation de son salaire de base à 2'700 fr. à partir du 1er janvier 2010, telle qu'elle ressort des témoignages T2. \_\_\_\_\_ et T3. \_\_\_\_\_. L'intimée fait valoir que l'appelant par voie de jonction n'a jamais allégué être le créancier d'un salaire mensuel de base supérieur à 2'116 fr. et n'a jamais pris aucune conclusion à cet égard. Au contraire, le

- 59 - tableau récapitulatif produit à l'appui de sa demande du 12 mars 2013 (pièce 4) mentionne expressément un salaire de base de 2'116 francs. Les nouvelles conclusions de l'appelant par voie de jonction devraient donc être rejetées puisqu'elles ne remplissent pas

les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Toutefois, si l'augmentation de salaire devait être prise en compte, l'appelant par voie de jonction considère que celle-ci ne serait effective que pour les mois de novembre 2011 à février 2012, selon ce qui est mentionné sur les fiches de salaire. b) Selon l'art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC, le tribunal établit les faits d'office dans les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs. La maxime inquisitoire sociale ne permet au juge que d'établir les faits d'office et d'apprécier librement les preuves, sans pouvoir statuer ultra petita ou en l'absence de conclusions (art. 58 CPC ; TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3 et 5.4). Le principe est respecté si le juge reste dans le cadre des conclusions prises, celui-ci pouvant répartir différemment les divers postes du dommage invoqués par le demandeur, voire sur une base juridique différente (Halvy, op. cit., nn. 3 et 5 ad art. 58 CPC). Selon l'art. 317 al. 1 CPC, un moyen de preuve nouveau n'est pris en compte au stade de l'appel que s'il est produit sans retard (let. a) et ne pouvait l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Cette règle signifie que le procès doit en principe se conduire entièrement devant les juges du premier degré ; l'appel est ensuite disponible mais il est destiné à permettre la rectification des erreurs intervenues dans le jugement plutôt qu'à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (Sterchi, Berner Kommentar, n. 2 ad art. 317 CPC). Il n'est pas arbitraire d'appliquer l'art. 317 al. 1 CPC dans toute sa rigueur même dans le cadre d'une procédure soumise à la maxime inquisitoire (TF 5A\_266/2015 du 24 juin 2015 c. 3.2.2 ; TF 5A\_22/2014 du 13 mai 2014 c. 4.2, SJ 2015 I p. 17 et les réf.). La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la responsabilité des parties quant à la

- 60 - détermination des faits (TF 4A\_701/2012 du 19 avril 2013 ; ATF 125 III 231). Même dans les procédures visées par l'art. 247 al. 2 CPC, la partie ne saurait passer sous silence un fait sur lequel elle souhaite faire porter l'instruction, ou dont elle veut ensuite se prévaloir en appel (TF 4\_309/2013 du 16 décembre 2013 c. 3.2) c) En l'espèce, le témoin T2.\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il y avait eu des avenants au contrat mentionnant l'augmentation de salaire de l'appelant par voie de jonction, avec également l'augmentation de son taux d'activité. Le témoin T3.\_\_\_\_\_ a déclaré que le salaire de base de l'appelant par voie de jonction avait été augmenté en 2009 ou 2010 en passant à 2'700 fr., qu'il était présent lorsque G.\_\_\_\_\_ l'avait annoncé à l'intéressé, mais qu'il ne se souvenait pas s'il y avait eu un avenant au contrat à ce sujet ou si l'appelant par voie de jonction en avait reçu une copie. La hausse de salaire évoquée par les témoins T2.\_\_\_\_\_ et T3.\_\_\_\_\_ n'a fait l'objet d'aucune allégation de la part de l'appelant par voie de jonction dans sa demande du 12 mars 2013, ni d'aucune mention aux procès-verbaux des audiences des 6 mars 2014 et 29 octobre 2014, alors que celui-ci était assisté d'un avocat. Il ne fait pas de doute qu'une hausse de salaire a été envisagée et même adoptée en faveur de l'appelant par voie de jonction durant les rapports de travail. Toutefois, en l'absence qu'une quelconque prétention du travailleur à cet égard durant la procédure de première instance, celui-ci ne saurait s'en prévaloir en appel. C'est donc à bon droit que les premiers juges n'ont pas pris en considération cet élément de fait dans le calcul des salaires.

## **E. 5**

En définitive, l'appel de D.\_\_\_\_\_ SA et l'appel joint d'F.\_\_\_\_\_ doivent être rejetés et le jugement attaqué confirmé. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, s'agissant d'un litige portant sur un contrat de travail dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. (art. 114 let. c CPC).

- 61 - L'appelante a fait valoir quatre moyens et l'appelant par voie de jonction a fait valoir un moyen, lesquels ont tous été rejetés. Les conclusions de l'appelante portaient en outre sur des montants nettement plus importants. L'appelante doit par conséquent verser à l'appelant par voie de jonction des dépens réduits d'un quart, soit 3'000 fr. au lieu de 4'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6]).

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