

## **VD\_GERICHTE P314.028453 vom 6. März 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_P314.028453](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_P314.028453)

FR: VD\_GERICHTE P314.028453 du 6 mars 2015

IT: VD\_GERICHTE P314.028453 del 6 marzo 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Dans un premier moyen, l'appelant se plaint d'un état de fait lacunaire. Il dit ne trouver aucune mention du salaire effectivement versé durant les rapports de travail pour chacun des mois travaillés, ni du nombre d'heures travaillées pour chaque mois d'activité et des prestations d'assurance-accident qui lui ont été versées. Il relève également que le premier juge n'a pas fait état de la procédure de dénonciation qu'il a ouverte à l'encontre de l'intimée ni des conclusions des inspecteurs du travail intervenus sur son lieu de travail à la suite de sa dénonciation. Il estime avoir été ainsi privé du bénéfice de la double instance.

- 7 - a) Aux termes de l'art. 129 al. 1 Cst-VD, toute décision judiciaire en matière civile ou pénale peut être portée devant une seconde instance au niveau cantonal. Si cette disposition ne déployait pas d'effets immédiats (JT 2004 III 76; JT 2006 III 90), elle est devenue directement applicable à l'échéance du délai de droit transitoire de l'art. 179 ch. 3bis Cst-VD, soit à l'entrée en vigueur de la procédure civile unifiée, le 1er janvier 2011 (Tappy, op. cit., JT 2009 III 22). b) En l'espèce, l'état de fait a été complété, s'agissant du contrôle effectué par l'Inspection cantonale du travail. Au surplus, il ressort des bulletins de salaire ainsi que des décomptes de salaire figurant au dossier que ces documents indiquent avec précision le mode de rémunération, soit le salaire horaire et le nombre d'heures effectué, ainsi que les rubriques qui viennent s'ajouter au montant de base, pourcentages à l'appui. On peut ainsi y lire que le travailleur perçoit une indemnité pour jours fériés de 2.270%, une indemnité pour les vacances payées à raison de 10,650% et un treizième salaire à raison de 8,330%. Y figurent également, de manière détaillée, les charges sociales et la retenue pour l'impôt à la source. Au vu de ce qui précède, l'état de fait n'a pas à être considéré comme étant lacunaire, sous réserve des éléments déjà mentionnés et complétés. Par conséquent, c'est à tort que l'appelant se prévaut d'une violation du principe de la double instance, la Cour de céans étant en mesure de statuer sur la base des éléments à disposition. Ce premier moyen, mal fondé, doit être rejeté.

#### **E. 4**

L'appelant se plaint ensuite d'une violation du droit. Il conteste avoir donné son accord pour s'écarter des conditions d'emploi prévues dans son contrat de travail et avoir accepté d'être rémunéré sur la base d'un emploi à temps partiel, selon une rémunération à l'heure.

a) Selon l'art. 322 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Cette

- 8 - disposition étant de droit dispositif (non soumise à l'art. 341 CO; ATF 124 II 436 c. 10e/aa), les parties peuvent conventionnellement diminuer le salaire en cours de contrat (TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 c. 4.1; TF 4C.428/2005 du 28 février 2008 c. 5.2.1). Si la

conclusion du contrat primitif n'était pas soumise à la forme écrite, la réduction du salaire arrêté dans le contrat passé peut être convenue tacitement, c'est-à-dire par le silence ou par actes concluants (TF 4C.242/2005 déjà cité c. 4.2; TF 4A\_223/2010 du 12 juillet 2010 c. 2.1). En principe, le silence du travailleur ne vaut pas acceptation de la réduction du salaire proposée par l'employeur. Une acceptation tacite ne peut être admise que dans des circonstances où, selon les règles de la bonne foi, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (ATF 109 II 327 c. 2b ; TF 4C.242/2005 déjà cité c. 4.3; TF 4A\_443/2010 du 26 novembre 2010 c. 10.1.4; TF 4A\_216/2013 du 29 juillet 2013 c. 6.3). Il appartient à l'employeur d'établir ces circonstances. Tel est le cas lorsqu'il est reconnaissable pour le travailleur que l'employeur en déduit son accord tacite et que, dans le cas contraire, il prendrait d'autres mesures ou résilierait le contrat; dans ce cas, le travailleur doit exprimer son désaccord dans un délai raisonnable (TF 4A\_443/2010 déjà cité, c. 10.1.4; TF 4A\_223/2010 déjà cité c. 2.1.2). Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit, il est en règle générale reconnaissable pour le travailleur que l'employeur part d'une acceptation tacite de la réduction. Il est aussi admis que, si le travailleur a encaissé pendant au moins trois mois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve, il y a présomption de fait (*tatsächliche Vermutung*) qu'il a accepté tacitement la baisse de salaire. Si, par la suite, le travailleur entend réclamer une créance de salaire en raison de cette réduction, il lui incombe de renverser cette présomption en établissant des circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur n'aurait pas dû déduire, malgré son long silence, un accord de sa part avec cette réduction (TF 4A\_404/2014 du 17 décembre 2014 c. 5.1, qui confirme l'arrêt CACI 21 mai 2014/199 c. 7).

- 9 - b) En l'espèce, sur les vingt-deux bulletins de salaire produits par l'intimée, pour la période d'octobre 2011 à août 2013, l'appelant a signé les bulletins de salaire des mois de janvier, mars, avril et mai 2012 ainsi que les décomptes de salaire des mois de mai, juin, juillet et août 2013. Les décomptes de salaire sont détaillés. Ils indiquent avec précision le mode de rémunération, soit le salaire horaire et le nombre d'heures travaillées, ainsi que les rubriques qui viennent s'ajouter au montant de base (indemnité pour jours fériés, indemnité de vacances et treizième salaire), pourcentages à l'appui. Y figurent également, de manière détaillée, les charges sociales et la retenue pour l'impôt à la source. A la lecture de ces décomptes, l'appelant ne pouvait que comprendre qu'il était rémunéré selon un tarif horaire et non pas selon un tarif mensuel, ce qu'il a d'ailleurs lui-même admis lorsqu'il a été entendu par les premiers juges le 29 septembre 2014. On ne dispose par ailleurs d'aucun élément qui permettrait de dire que l'appelant se serait opposé à ce mode de faire. Bien au contraire ont été produits en première instance des décomptes horaire des mois de juin, juillet, août 2012 et janvier 2013, apparemment remplis de la main de l'appelant et signés par celui-ci, ce qui vient confirmer les déclarations de l'intimée, qui a indiqué, à l'audience du 29 septembre 2014, que c'était l'appelant qui notait ses heures et que celui-ci avait compris que le système était la rémunération à l'heure. Force est ainsi d'admettre que l'appelant avait accepté ce mode de faire, qui induisait une réduction du temps de travail et du salaire mensuellement perçu. Cela est confirmé par les décomptes de salaire produits pour la période litigieuse, décomptes qui font état d'un salaire mensuel net moyen - qui inclut le paiement des vacances - inférieur à celui initialement prévu de 2'806 fr. 80. Dans sa lettre de démission, l'appelant semble d'ailleurs se plaindre de la trop faible quantité de travail (« perché in quanto, il lavoro è poco »), ce qui vient encore confirmer le système de rémunération à l'heure. A cela s'ajoute que l'employé n'a pas soulevé d'objection aux

versements du salaire tel que figurant sur les bulletins de salaire et ce pour la totalité de la période contractuelle le liant à l'employeur, soit

- 10 - durant vingt-trois mois. Il y a ainsi une présomption de fait qu'il y a eu acceptation tacite des modifications apportées au contrat de travail, sous l'angle d'une modification du mode de rémunération. Alors qu'il a accepté pendant presque deux ans le système de rémunération susmentionné, il incombait au travailleur d'établir des circonstances qui apporteraient la contre-preuve de cette présomption de consentement. Par sa critique, le recourant n'apporte en effet aucun élément dans ce sens. Il n'y a en particulier rien à déduire du décompte de prestations LAA du 27 septembre 2013 qui fait état d'un salaire annuel de 54'242 fr., puisqu'il s'agit là d'une estimation de l'employeur vis-à-vis de son assurance, estimation qui – au regard du caractère variable du travail rémunéré – pouvait faire l'objet de rectificatifs à la fin de chaque période contractuelle. On observera encore que l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire est légale (ATF 118 II 136 c. 3b; ATF 116 II 515 c. 4a; ATF 107 II 430 c. 3a). La jurisprudence s'est certes interrogée sur la justification d'une telle dérogation, mais elle a laissé la question ouverte, en relevant qu'il fallait en tous les cas que le contrat de travail, lorsque celui-ci était conclu par écrit, ainsi que les décomptes de salaire périodiques, mentionnent clairement et expressément quelle était la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances (cf. ATF 129 III 493 c. 3.2 et 3.3, 664 c. 7.2). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas; il faut que la part représentant cette indemnité soit fixée en pourcentage ou en chiffres (ATF 116 II 515 c. 4a) et que cette mention figure aussi bien dans le contrat de travail, s'il doit être conclu par écrit, que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 c. 3.3). L'exigence de la mention dans le contrat de travail ne vaut que si le contrat est passé en la forme écrite, soit parce que la loi l'exige, soit parce que les parties en sont convenues ainsi (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3e éd. 2014, ch. 5.5. 3 let. b, p. 404).

- 11 - Les nouvelles Modalités, qui ne pouvaient qu'être admises par les parties (cf. supra, consid. 4), n'ont pas été finalisées par écrit, ce qui n'était pas nécessaire pour être valable, quoi qu'en dise l'appelant. On ne saurait donc reprocher aux parties de ne pas avoir mentionné par écrit, de manière claire et expresse, la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances. Cela ressort d'ailleurs des décomptes de salaire périodiques produits, ce qui est suffisant. Il est enfin significatif de relever que, dans le cadre de son travail actuel, l'appelant est rémunéré à l'heure, les vacances étant également payées en sus, de même que le 13e salaire et les jours fériés. Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait dire que le salaire au mois tel que prévu contractuellement devait être versé à l'appelant et que donc l'intimée était redevable de la différence entre le salaire mensuel et le salaire horaire, et ce en dépit de la prise de position de l'inspectrice de l'Office de contrôle, qui se réfère à l'art. 9 de la CCNT, relatif au système de rémunération. Cet article stipule d'ailleurs, à son alinéa 1er que « Le système de rémunération est défini dans le contrat de travail. La forme écrite est recommandée. En principe, tout système de rémunération est autorisé (salaire fixe, participation au chiffre d'affaires ou combinaisons) ». Il ne fait pas état, contrairement à ce que l'on pourrait comprendre de la prise de position, que « si l'employeur établi (sic) un contrat de travail sur la base d'un salaire mensuel brut, il ne peut pas par la suite rémunérer le collaborateur sur la base d'un salaire horaire brut ». On ne saurait pas plus prétendre que les indemnités LAA dont l'appelant a bénéficié en juin et juillet 2013 devaient être calculées sur la base du salaire mensuel brut initialement prévu.

Dès lors que ces indemnités ont été calculées sur la base du tarif horaire finalement convenu entre les parties, il n'y a rien à redire à ce mode de faire, qui est seul remis en cause par l'appelant, qui ne revient en particulier pas sur le calcul effectué par l'intimée.

- 12 -

#### **E. 5**

En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé. L'appel n'étant pas dénué de toute chance de succès et l'appelant ayant démontré qu'il ne disposait pas de ressources suffisantes, il y a lieu d'admettre la requête d'assistance judiciaire formée par celui-ci et de désigner Me Amandine Torrent en qualité de conseil d'office. Le conseil de l'appelant, Me Amandine Torrent, a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Dans sa liste d'opérations produite le 4 mars 2015, elle a indiqué 8 heures 15 de travail consacré à la procédure de deuxième instance. Ce décompte peut être admis de sorte que, calculée au tarif horaire de 180 fr. hors TVA (art. 2 al. 1 let. a RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'office due à Me Torrent doit être arrêtée à 1'467 fr. pour ses honoraires, plus 117 fr. 65 de TVA au taux de 8% et 56 fr. 15, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale arrondie à 1'640 francs. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, de rembourser l'indemnité de l'avocat d'office mis à la charge de l'Etat. Il ne sera pas perçu de frais judiciaires, s'agissant d'un litige portant sur un contrat de travail dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 fr. (art. 114 let. c CPC). Il n'y a au surplus pas lieu à l'allocation de dépens d'appel, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

- 13 -

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