

VD_GERICHTE PT14.004818 vom 18. Mai 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-05-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT14.004818

FR: VD_GERICHTE PT14.004818 du 18 mai 2022

IT: VD_GERICHTE PT14.004818 del 18 maggio 2022

Erwägungen

E. 3.1

L'appelant invoque d'abord une constatation inexacte des faits. Il soutient que le jugement attaqué se baserait injustement sur le salaire hypothétique retenu par l'expert pour un horaire hebdomadaire de 53 heures, soit 4'953 fr. 65 brut, vacances et jours fériés compris, alors qu'il s'agirait de se fonder sur le salaire réellement perçu par l'appelant durant la période de février 2012 à décembre 2013, à savoir 4'519 fr. 59 (103'950 fr. 65 / 23), indemnité vacances et jours fériés comprise.

E. 3.2

En l'espèce, l'expert judiciaire était invité à se déterminer sur l'allégué 36 de la demande selon lequel « si les chauffeurs de taxi respectaient les 53 heures prévues par l'OTR 2, leur salaire mensuel brut serait d'environ 2'500 [fr.] ». Pour se positionner sur cet allégué, l'expert a déterminé le salaire perçu et le temps de travail de l'appelant entre février 2012 et décembre 2013, ne disposant pas des données sur le temps de travail pour les mois antérieurs à cette période. Il résulte ainsi du rapport d'expertise (pp. 14 s.) que l'appelant a reçu au total 103'950 fr. 65 pour 4'448 heures et 45 minutes de travail. L'expert a dès lors calculé un salaire-horaire de 23 fr. 37. Il a ensuite indiqué que cela équivalait, pour une durée de travail de 53 heures par semaine, à un salaire mensuel de 4'953 fr. 65 ([23 fr. 37 x 53 heures] x 4 semaines travaillées). Les premiers juges en ont déduit que le salaire mensuel brut moyen en cas de respect de la limite des 53 heures de travail hebdomadaire fixées par l'OTR 2 était nettement supérieur aux 2'500 fr. allégués par l'appelant. S'il est exact que le salaire mensuel moyen de l'appelant pour les mois de février 2012 à décembre 2013 doit être évalué à 4'519 fr. 59 comme le relève à juste titre l'appelant (à savoir le salaire total perçu pour cette période selon l'expertise divisé par le nombre de mois travaillés, soit 103'950 fr. 65 / 23), et non en fonction d'un revenu hypothétique – au demeurant calculé de manière erronée dans la mesure où un mois compte en moyenne 4,34 semaines et non 4 semaines –, rien

- 15 - ne peut être reproché aux premiers juges lorsqu'ils estiment que le salaire moyen dépassait largement les 2'500 fr. allégués par l'appelant dans sa demande (cf. jugement attaqué, p. 22). On ne décèle ainsi aucune constatation inexacte des faits. Quant au montant à prendre en compte pour déterminer si l'appelant a bénéficié d'un salaire convenable, le grief sera discuté en détail ci-après (cf. infra consid. 5.3).

E. 4.1

L'appelant se plaint d'une violation de l'art. 326 CO car, de son point de vue, la relation contractuelle litigieuse ressortirait du travail aux pièces ou à la tâche au sens de cette disposition, l'appelant étant rémunéré en fonction des courses réalisées. Or l'art. 326 CO impose à l'employeur de fournir du travail en quantité suffisante sous peine de tomber en

demeure (art. 324 CO), le travailleur ayant alors droit à son salaire comme s'il avait été pleinement occupé. L'appelant ayant passé 42,6 % de son temps de travail à attendre des courses, il ne s'agirait pas de travail en quantité suffisante. L'intimée devrait lui verser un complément de salaire calculé sur la base du temps passé à attendre, soit 5'080 heures au taux-horaire de 23 fr. 37, ce qui représente la somme de 118'719 fr. 60.

E. 4.2

Aux termes de l'art. 326 al. 1 CO, lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante. D'après l'alinéa 4 de cette disposition, l'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps. Le salaire à la tâche se caractérise par le fait que le travail est rémunéré en fonction de la quantité de travail fournie et non du temps de travail (Danthe, in Dunand/Mahon [édit.], Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 4 ad art. 326 CO ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4e éd.,

- 16 - 2019, p. 202). Comme le relèvent Subilia et Duc (Droit du travail, éléments de droit suisse, 2010, n. 3 ad art. 326 CO), le travailleur à la tâche très habile va accomplir son travail plus rapidement qu'un autre travailleur à la tâche moins doué et disposer ainsi de temps supplémentaire, qu'il pourra employer pour travailler et gagner plus. Selon Witzig (in Thévenoz/Werro [édit.], Commentaire romand, Code des obligations I, 3e éd., 2021, n. 4 ad art. 326 CO), la rémunération aux pièces pourrait connaître un nouveau cas d'application avec l'émergence de l'intelligence artificielle, certains travailleurs étant rémunérés au clic.

E. 4.3

En l'espèce, l'appelant n'était pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, mais du chiffre d'affaires réalisé (cf. art. 322b CO ; également infra consid. 5.3). Ce n'est pas l'intimée qui lui attribuait les courses à réaliser et le travail ne dépendait pas des propres besoins de l'employeur, mais de ceux de la clientèle, soit d'un élément externe et aléatoire, que l'intimée ne pouvait pas maîtriser. Il convient de relever que les parties avaient toutes les deux un intérêt à ce que l'appelant accomplisse des courses et passe le moins de temps à attendre, puisqu'une partie des recettes revenait à l'intimée et servait à payer les charges. En outre, le contrat de travail prévoit que la durée du travail est de 53 heures par semaine. L'élément temporel a donc été intégré dans la relation contractuelle. L'appelant n'étant pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, on ne saurait retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à la tâche ou à la pièce, ce qui exclut de retenir une violation de l'art. 326 al. 4 CO et d'accorder à l'appelant un complément de salaire sur cette base.

E. 5.1

L'appelant prétend encore que la rémunération qu'il a perçue ne serait pas convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO. Sa rémunération, qu'il évalue à 4'171 fr. 50 brut par mois, vacances et jours fériés non compris, ne satisferait pas aux exigences de la disposition précitée, un montant mensuel brut de 5'000 fr. par mois devant être considéré comme

- 17 - convenable, soit un différentiel de 828 fr. 50 par mois. Sur 64 mois, ce sont 53'024 fr. qui seraient dus.

E. 5.2

Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. Il faut donc, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure ; il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III 174 consid. 2b). La provision est la rémunération que le salarié reçoit au prorata des affaires qu'il a permis de conclure avec des tiers (Witzig, op. cit., n. 1 ad art. 322b CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque l'employé est rémunéré exclusivement par l'encaissement de provisions sur les affaires conclues, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Notre haute cour justifie sa position par le but d'« éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes (cf., à ce propos, ATF 129 III 664 consid. 6.1), l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO devant être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions » (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Relevant que le caractère « convenable » d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral retient qu'une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permet de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (Arbeitseinsatz), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). Dans le cas d'espèce, le travailleur avait réalisé un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. pour une activité à plein temps. Selon le Tribunal fédéral, dans de telles conditions, il n'était pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en

- 18 - Suisse, n'était pas convenable (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Ainsi, en jugeant que le salaire mensuel brut de 3'874 fr. 25 était « convenable » dans le sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'avait en rien abusé de son pouvoir d'appréciation, relevant que ledit salaire était encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4'727 fr. par mois (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur (TF 4A_8/2013 du 2 mai 2013 consid. 3.3., non publié aux ATF 139 III 214). Cette jurisprudence s'applique également au travailleur rémunéré principalement ou exclusivement à raison d'un pourcentage du chiffre d'affaires (TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2). Elle a été unanimement approuvée par la doctrine et par la jurisprudence cantonale (Rudolph, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, 2021, nn. 626 s. et les réf. citées ; Aubert, in Commentaire du contrat de travail, op. cit., n. 28 ad art. 349a CO et les réf. citées). En effet, le législateur n'entendait pas réserver l'assurance d'un salaire convenable aux seuls voyageurs de commerce, mais partait de la prémisse – aujourd'hui dépassée – que seule cette catégorie d'employés était concernée par des rémunérations fixées principalement ou exclusivement en fonction de provisions (Rudolph, op. cit., nn. 628 s.). Or, il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment les voyageurs de commerce des autres employés, c'est pourquoi le Tribunal fédéral avait comblé une lacune en retenant une application analogique de l'art. 349a al. 2 CO dès qu'un employé était rémunéré principalement ou exclusivement par commissions (Rudolph, op. cit., n. 630). Dans un arrêt du 20 avril 2022 (no 212), la Cour de céans a confirmé le

raisonnement de la Chambre patrimoniale selon lequel un salaire inférieur à 5'000 fr. par mois, pour un travail comme chauffeur de taxis la nuit, n'est pas convenable (cf. consid. 4.3).

- 19 -

E. 5.3

En l'espèce, il convient d'abord de déterminer le montant du salaire de l'appelant avant d'examiner son caractère convenable. Les premiers juges ont tenu compte d'un salaire mensuel brut de 4'953 fr. 65 (jugement attaqué, p. 46), en se référant au salaire mensuel calculé hypothétiquement par l'expert sur la base des revenus et des heures travaillées par l'appelant entre février 2012 et décembre 2013, à savoir un tarif-horaire de 23 fr. 37 et 53 heures par semaine. L'appelant soutient pour sa part que le salaire moyen est celui qu'il a effectivement perçu durant cette période, à savoir 4'519 fr. 59 (103'950 fr. 65 / 23), parts vacances et jours fériés comprises. Pour déterminer si le salaire versé à l'appelant est convenable, il convient en réalité de tenir compte non pas d'un salaire hypothétique, comme l'ont fait les premiers juges, mais du salaire effectivement perçu par l'appelant durant les relations contractuelles. On ne saurait non plus suivre l'appelant et tenir compte du salaire moyen versé pour la période de février 2012 à décembre 2013. Le revenu moyen doit être déterminé en fonction de la rémunération totale de l'appelant durant l'entier de la relation contractuelle. L'expert ne s'est pas prononcé sur le salaire moyen perçu par l'appelant durant la totalité du rapport de travail. Le salaire-horaire calculé par l'expert n'est pas pertinent dans la mesure où il ne se rapporte qu'à une période des relations de travail, à savoir 23 mois sur les 64 mois travaillés. Cette période ne reflète donc pas la rémunération moyenne de l'appelant entre décembre 2008 et mars 2014, qui est pourtant la seule déterminante. Il convient dès lors de tenir compte des salaires effectivement perçus par l'appelant au moyen des fiches de salaires figurant au dossier. On relèvera à cet égard que seules les fiches de salaires pour les mois de décembre 2008 à décembre 2013 ont été produites, à l'exclusion de celles pour l'année 2014. L'appelant n'a donc pas prouvé le salaire perçu durant l'année 2014. Il est dès lors impossible de vérifier si le salaire versé en

- 20 - 2014 était convenable. La prétention de l'appelant en paiement d'une éventuelle différence de salaire doit être rejetée pour cette période. Il faut donc de calculer le salaire moyen perçu par l'appelant durant 61 mois de travail, soit de décembre 2008 à décembre 2013. Selon les fiches de salaire retranscrites dans le jugement attaqué (pp. 5 ss), l'appelant a reçu, pour la période du 1er décembre 2008 au 31 décembre 2013, 257'540 fr. 70, hors indemnités vacances et jours fériés. A ce montant a été ajouté un supplément de 10,33 % censé rémunérer les vacances et les jours fériés, à savoir au total 26'603 fr. 95 (257'540 fr. 70 x 10,33 %). Le montant total effectivement perçu par l'appelant durant la période précitée se monte ainsi à 284'144 fr. 65, ce qui représente un salaire mensuel moyen de 4'658 fr. 10 (284'144 fr. 65 / 61). Ce montant ne constitue cependant pas le salaire effectivement dû par l'intimée pour cette période, dans la mesure où celle-ci a été condamnée à verser en sus la part aux vacances, par 8,33 % – ce point n'est pas remis en cause dans le présent appel. Il ressort du jugement querellé que l'intimée doit verser à l'appelant la somme de 26'408 fr. 90 à titre de vacances. Ce montant a été calculé sur les 64 mois durant lesquels ont duré les rapports de travail. Il convient donc de déterminer la part due pour les 61 à considérer, à savoir 25'170 fr. 95 ([26'408 fr. 90 x 61] / 64). Ainsi, la rémunération totale de l'appelant pour la période de décembre 2008 à décembre 2013 se monte à 309'315 fr. 60 (284'144 fr. 65 + 25'170 fr. 95). Cela représente un salaire mensuel

moyen de 5'070 fr. 75 (309'315 fr. 60 / 61). L'appelant soutient que le supplément salarial dû pour les vacances ne devrait pas être inclus dans le montant précité au motif que l'intimée n'aurait pas apporté la preuve de la prise effective des vacances. Or l'appelant n'a jamais allégué ne pas avoir pris ses vacances. Il a seulement contesté la légalité du système de rémunération des vacances,

- 21 - à savoir le paiement d'une indemnité mensuelle (cf. allégués 58 à 65 de la demande du 31 janvier 2014). Le débat judiciaire ne portait donc pas sur la question de savoir si l'appelant avait ou non pris ses vacances. L'intimée n'avait donc pas à apporter la preuve de la prise effective de vacances. Il convient donc de tenir compte, dans le salaire mensuel moyen perçu par l'appelant, du supplément de 8,33% relatif aux vacances, que l'intimée a été condamnée à verser à l'appelant. Il reste ainsi à examiner si le salaire moyen perçu par l'appelant durant les rapports contractuels, de 5'070 fr. 75, doit être considéré comme convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO. En effet, les parties ont convenu d'une rémunération fixée exclusivement en fonction d'un pourcentage sur les recettes encaissées par l'appelant. Compte tenu de la jurisprudence sus-rappelée, non contestée par la doctrine et appliquée sans discussion par la jurisprudence cantonale, on ne saurait reprocher aux premiers juges d'avoir retenu une application par analogie de l'art. 349a al. 2 CO, quoi qu'en dise l'intimée. L'appelant soutient que le salaire convenable se situe à 5'000 fr. par mois. Au regard de l'arrêt du 20 avril 2022 (no 212) précité, l'appelant doit être suivi sur ce point. Or, dans la mesure où le salaire mensuel moyen de l'appelant s'est élevé à 5'070 fr. 75, il est légèrement supérieur au salaire convenable invoqué. Il convient dès lors de confirmer le jugement attaqué en ce qu'il rejette la prétention de l'employé fondée sur l'art. 349a al. 2 CO.

E. 6.1

L'appelant conteste encore le refus des premiers de lui accorder une compensation financière pour les heures de travail supplémentaires qu'il aurait accomplies. Il soutient qu'une compensation en temps équivalent supposait l'accord du travailleur conformément à l'art. 13 LTr (loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 ; RS 822.11) et que tel n'avait pas été le cas, de sorte que les heures de travail supplémentaires devraient lui être payées. Il réfute par ailleurs l'appréciation des premiers juges selon laquelle il aurait disposé d'un horaire flexible qui lui permettait de

- 22 - récupérer les heures effectuées en trop, le système de rémunération exclusivement basé sur le chiffre d'affaires réalisé excluant de pouvoir compenser les heures supplémentaires, puisque chaque heure de travail en moins se traduisait par un manque à gagner. D'après lui, il aurait effectué au moins 681 heures 04 de travail supplémentaires sur la période totale de son engagement. Un supplément de 25 %, calculé à 5 fr. 85 par heure supplémentaire – compte tenu du tarif horaire de 23 fr. 37 calculé par l'expert –, devrait donc lui être payé, à savoir au total 3'984 fr. 10.

E. 6.2

L'art. 71 let. a LTr réserve la législation fédérale sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobile. L'OTR 2 régleme la durée du travail, de la conduite et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles affectés au transport de personnes. Elle fixe la durée maximale de la semaine de travail du salarié employé dans une entreprise de taxis à 53 heures (art. 5 OTR 2). Selon

l'art. 6 al. 1 OTR 2, la durée maximale de la semaine de travail peut être prolongée de 4 heures de travail supplémentaires. Deux autres heures supplémentaires sont autorisées par semaine durant les périodes où l'entreprise connaît une intense activité de caractère extraordinaire (p. ex. fluctuations saisonnières). Toutefois, le total des heures supplémentaires accomplies par année civile ne doit pas dépasser 208. Aux termes de l'art. 6 al. 3 OTR 2, le travail supplémentaire peut être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle selon le Code des obligations, soit par un congé de même durée au moins. Une telle compensation doit avoir lieu dans les trois mois, à moins que l'employeur et le salarié ne soient convenus d'un délai plus long ; ce délai ne peut en aucun cas excéder douze mois. D'après l'art. 7 al. 1 et 2 OTR2, la durée de la conduite entre deux périodes consécutives de repos quotidien ne doit pas excéder 9 heures et la durée hebdomadaire de conduite ne doit pas excéder 45 heures. L'art. 7 al. 3 OTR 2 prévoit encore que même en cas de travail supplémentaire, la durée journalière et hebdomadaire maximale de la conduite ne doit pas être dépassée.

- 23 - Il résulte de la réserve de l'art. 71 let. a LTr que seules les dispositions sur la protection de la santé de la LTr sont applicables aux personnes couvertes par les OTR 1 et 2, à l'exclusion des dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans la LTr (Secrétariat à l'économie [SECO], Commentaire de la LTr, ad art. 71 LTr [<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html>] ; Mahon/Benoît, in Geiser/von Kaenel/Wyler [édit.], Loi sur le travail [Commentaire], 2005, n. 9 ad art. 71 LTr). Les OTR 1 et 2 contiennent des règles sur la durée du travail et du repos dérogeant à celles de la LTr, afin de tenir compte des exigences particulières de sécurité routière liées à l'exercice du métier de chauffeur (Mahon/Benoît, op. cit., n. 9 ad art. 71 LTr). La réserve de l'art. 71 let. a LTr est constitutive en ce sens que cette loi cède le pas aux dispositions spéciales contenues dans les OTR 1 et 2 (Mahon/Benoît, op. cit., n. 23 ad art. 71 LTr). Selon la jurisprudence, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (TF 4A_518/2020 du 25 août 2021 consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses

- 24 - heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 consid. 3 ; TF TF 4A_518/2020, déjà cité, consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016, déjà cité, consid. 4.2). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible ; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur,

tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (TF TF 4A_518/2020, déjà cité, consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016, déjà cité, consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012, déjà cité, consid. 3.2). Selon le Tribunal fédéral, l'existence même de l'horaire de travail flexible se fonde sur le principe que l'employé dispose de la maîtrise de son temps, au contraire du travail supplémentaire (ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). Ainsi, d'après notre haute cour, l'autonomie temporelle dont dispose le travailleur dans le cadre d'un travail à horaire flexible implique une obligation de sa part de réduire ses éventuelles heures supplémentaires dans un délai raisonnable. Le sens de l'horaire flexible est précisément fondé sur le fait que le travailleur peut, dans ce cadre, déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Inversement, il lui appartiendra de veiller à effectuer en temps voulu une compensation du travail supplémentaire. Etant donné que les rapports de travail soumis au droit suisse ne bénéficient que d'une protection limitée et qu'ils peuvent en principe être résiliés en tout temps dans le délai de congé convenu ou déterminé par la loi, les excédents d'heures réalisés dans le cadre d'un horaire de travail flexible ne devraient pas prendre une ampleur telle qu'ils ne puissent plus être compensés dans les limites de l'horaire flexible, pendant la période correspondant à un délai de congé ordinaire. Ainsi, si le travailleur laisse s'accumuler de manière importante des heures supplémentaires dans le cadre d'un horaire flexible, il encourt le risque de ne plus pouvoir les récupérer entièrement jusqu'à la fin de la durée de travail contractuelle (ATF 123 III 469 consid. 3, JdT 1999 I 23).

- 25 -

E. 6.3

En l'espèce, les premiers juges ont laissé ouverte la question de savoir si l'appelant avait accumulé, comme il le prétend, 681,04 heures de travail supplémentaires sur toute la durée de la relation contractuelle, retenant que, dans tous les cas, la jurisprudence sur le travail flexible devait s'appliquer et n'ouvrait pas la voie à une rémunération supplémentaire. L'appelant soutient que la compensation du travail supplémentaire prévue par l'art. 13 LTr serait applicable en l'espèce, nonobstant l'application de l'OTR 2, ce qui imposerait de compenser le travail supplémentaire en argent et non en nature. Or, comme le relèvent le SECO dans le Commentaire de la LTr ainsi que la doctrine, la réserve de l'art. 71 let. a LTr vise aussi bien l'OTR 1 que l'OTR 2. Par conséquent, les dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans l'OTR 2 priment celles de la LTr, si bien que la compensation du travail supplémentaire était en l'espèce régie par l'art. 6 al. 3 OTR 2 – et non par l'art. 13 LTr –, à savoir que le travail supplémentaire pouvait être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle, soit par un congé de même durée. L'accord du travailleur pour la compensation en nature n'est pas exigé par l'art. 6 OTR 2, contrairement au régime de l'art. 13 al. 2 LTr. Aucune rémunération du travail supplémentaire n'était donc imposée en l'espèce et rien n'empêchait l'appelant de récupérer ses heures de travail supplémentaires par un congé équivalent, le cas échéant tacitement. L'appelant conteste par ailleurs avoir été soumis à un horaire de travail flexible, lui imposant de récupérer de lui-même les heures supplémentaires accomplies. Il convient de relever que le contrat de travail précise que l'horaire de travail est de 53 heures par semaine et que l'employé s'engage à respecter cet horaire et « à le mettre à profit dans les limites de l'ordonnance sur le travail et le repos ». Ainsi, la durée contractuelle du travail correspondait à la durée légale de 53 heures par semaine. Un véhicule était mis à la disposition de l'appelant de 18 h 00 à 6 h 00, soit durant 12 heures. Sur six jours – il a été établi que l'appelant travaillait en

moyenne six jours par semaine –, cela représente 72 heures

- 26 - par semaine. Dans la mesure où le contrat stipule que l'horaire est de 53 heures par semaine et que l'employé doit se conformer à l'OTR 2, cela signifie que l'appelant déterminait librement, durant les 72 heures pendant lesquelles un véhicule était mis à sa disposition, quand il effectuait ses 53 heures de travail, étant encore relevé que le chauffeur devait veiller au respect de la durée maximale de conduite prévue à l'art. 7 OTR 2, à savoir 9 heures par jour et 45 heures par semaine. Dans le cadre de cette plage-horaire, il appartenait donc à l'appelant de fixer librement son horaire de telle sorte que celui-ci corresponde à l'horaire contractuel et ne dépasse pas celui-ci, sous peine de violer le contrat et l'art. 5 OTR 2. A cet égard, l'intimée a plusieurs fois averti l'appelant que la durée légale n'avait pas été respectée et de la nécessité de se conformer aux prescriptions de l'OTR 2, démontrant qu'elle ne tolérait pas le dépassement de l'horaire de travail convenu. Il en découle qu'aucun horaire n'était imposé par l'employeuse au sein de la plage-horaire 18 h 00 – 6 h 00, hormis le maximum légal et contractuel de 53 heures par semaine qui devait être respecté. Les premiers juges ont par ailleurs retenu que les relevés tachygraphiques produits par l'expert en annexe à son rapport complémentaire montraient que l'heure de début et de fin du travail de l'appelant variait quotidiennement, ce qui confirme l'existence d'un horaire de travail flexible. Il convient de rappeler que les heures ou le travail supplémentaires sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, alors que le solde excédentaire de l'horaire flexible est librement accumulé par la volonté du travailleur. En ce sens, le fait que l'intimée connaissait les horaires effectués par ses employés ne permet pas de considérer que les heures supplémentaires ont été demandées par elle. Au contraire, l'intimée a remis l'appelant à l'ordre à plusieurs reprises après avoir constaté que l'horaire contractuel avait été dépassé, le sommant de se conformer à la durée du travail fixée dans l'ordonnance. Par conséquent, il convient de retenir, à l'instar des premiers juges, que l'appelant était soumis à l'horaire contractuel et légal de 53

- 27 - heures par semaine et organisait librement ce temps de travail dans le cadre de l'horaire nocturne (18 h 00 – 6 h 00) durant lequel un véhicule était mis à sa disposition. Il y a donc lieu d'appliquer la jurisprudence sur l'horaire de travail flexible. Selon cette dernière, il appartient à l'employé de prouver qu'il n'a pas pu compenser son solde positif d'heures compte tenu des besoins de l'entreprise ou des instructions de son employeur. Or, rien n'indique que l'appelant n'a pas pu récupérer ses heures en raison des directives de l'intimée ou des besoins de l'entreprise. Quoi qu'en dise l'appelant, l'accomplissement d'heures supplémentaires n'était pas nécessaire pour atteindre le chiffre d'affaires minimum de 10'330 fr. par mois permettant de prétendre au 47 % des recettes encaissées. En effet, il a été établi que l'appelant avait souvent obtenu ce pourcentage sans avoir atteint le niveau de recettes prévu. Ainsi, à supposer que l'appelant ait effectivement accumulé un solde positif d'heures supplémentaires, il s'agissait de temps de travail excédentaire librement accumulé dans le cadre de son horaire flexible. Il faut rappeler que le sens de l'horaire flexible est de permettre au travailleur de déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Ainsi, l'appelant n'établit pas avoir été empêché de récupérer son solde prétendument positif d'heures en congé équivalent en raison des directives de l'intimée ou des besoins de l'entreprise. Il s'ensuit qu'aucune rémunération n'est due à l'appelant au titre d'heures de travail supplémentaires. Le jugement doit également être confirmé sur ce point.

E. 7.1

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

E. 7.2

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'227 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art.

- 28 - 106 al. 1 CPC), et laissés provisoirement à la charge de l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

E. 7.3

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires mis provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 CPC). Il incombe à la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes de fixer le principe et les modalités de ce remboursement (art. 39a CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.02]).

E. 7.4

Au vu de l'issue du litige, l'appelant versera à l'intimée la somme de 3'300 fr. (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

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