

# **VD\_GERICHTE PT19.036488 vom 6. Mai 2021**

VD Tribunal cantonal, 2021-05-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT19.036488](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT19.036488)

FR: VD\_GERICHTE PT19.036488 du 6 mai 2021

IT: VD\_GERICHTE PT19.036488 del 6 maggio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

L'appelante a produit des pièces nouvelles et fait valoir des faits nouveaux, arguant à cet égard qu'elle avait fait face à des problèmes informatiques qui l'avaient jusque-là empêchée d'avoir accès aux données de l'intimé.

### **E. 3.2.1**

Les faits nouveaux et les pièces produites à l'appui de l'appel ne sont recevables qu'aux conditions cumulatives de l'art. 317 al. 1 CPC, qui prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont pris en compte aux conditions d'être invoqués ou produits sans retard (let. a) et de ne pas avoir pu être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). La diligence requise doit être appréciée rigoureusement (Petit commentaire, Code de procédure civile, Bâle 2021 (ci-après : PC CPC), Bastons Bulletti, art. 317 CPC n. 14).

- 13 - Il convient de distinguer entre vrais et pseudo nova. Les premiers sont des faits ou moyens de preuve qui sont survenus après la fin des débats principaux de première instance (art. 229 al. 1 CPC). Leur recevabilité en appel n'est soumise qu'à la condition de l'allégation immédiate posée par l'art. 317 lit. a CPC (TF 4A\_76/2019 du 15 juillet 2020 consid. 8.1.1). Les pseudo novas sont les faits ou moyens de preuve qui existaient déjà au début des délibérations de première instance, leur admissibilité étant largement limitée en appel : ils sont irrecevables lorsque le plaideur aurait déjà pu les introduire dans la procédure de première instance s'il avait été diligent (ATF 143 III 42 consid. 4). Il appartient à la partie qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'elle a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le fait n'a pas pu être introduit en première instance (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 ; 143 III 272 consid. 2.3). Il en va de même pour la production de moyens de preuve nouveaux (TF 4A\_76/2019 précité consid. 8.1.2). Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'invocation des faits ou la production de moyens de preuve nouveaux dépendent de la seule volonté d'une partie, comme la mise en oeuvre d'une expertise privée, ils ne peuvent pas être considérés comme des vrais novas mais comme des pseudo novas (TF 4A\_76/2019 précité consid. 8.1.2). Le Code de procédure civile part du principe que le procès doit se conduire entièrement devant les juges de première instance. A ce stade, chaque partie doit exposer l'état de fait de manière soigneuse et complète et amener tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (TF 4A\_547/2019 du 9 juillet 2020 consid. 3.1). La procédure d'appel n'a pas pour but de compléter le procès de première instance en permettant aux parties de réparer leurs propres carences, mais doit seulement permettre de contrôler et corriger le jugement de première instance à la lumière des griefs formulés à son encontre (ATF 142 III 412 consid. 2.2.2). On ne saurait certes exiger des parties l'impossible en ce sens qu'elles devraient envisager toutes les éventualités qui pourraient

interagir avec le litige, mais elles sont censées être attentives, se faire une idée globale de l'objet du litige, du contexte dans lequel celui-ci s'inscrit,

- 14 - et faire preuve d'anticipation (TF 4A\_547/2019 précité consid. 3.1). Ainsi, l'on attend des parties qu'elles mènent au besoin des investigations poussées, avant la fin de la phase d'allégations, pour identifier, voire prévoir, tous les faits et moyens de preuves qui pourraient s'avérer pertinents et pour apprécier s'il est concrètement opportun de les présenter (Bastons Bulletti, Nova potestatis : de faux vrais nova, de véritables pseudo nova, CPC Online du 1er octobre 2020, n. 7 in fine).

### **E. 3.2.2**

Aux termes de l'art. 150 al. 1 CPC, seuls les faits pertinents et contestés doivent être prouvés. Les faits incontestés sont ainsi considérés comme admis (principe de la vérité formelle ; PC CPC-Chabloz/Copt, art. 150 CPC n. 10). L'art. 153 al. 2 CPC admet une exception, lorsque le juge doute sérieusement de la véracité d'un fait non contesté, pour lequel il doit alors administrer le ou les moyens de preuve proposés. Il découle de l'art. 150 CPC que lorsque la partie défenderesse ne répond pas dans le délai imparti et prolongé d'office par le juge conformément à l'art. 223 CPC, les faits allégués dans la demande sont réputés admis et lient le tribunal sans devoir être prouvés (PC CPC-Heinzmann, art. 223 CPC n. 14 ; Sarah Scheiwiler, Saumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Zurich 2016, n. 242 et 254). Si l'appel est certes ouvert contre une décision rendue par défaut, il ne permet pas de faire corriger l'état de fait qui a été établi sur la base des règles susmentionnées (Denis Tappy, Les décisions par défaut, in : Bohnet (éd.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 409 ss, p. 438 s. n. 98 s.). Ainsi, le défaillant ne peut pas effacer les conséquences de son défaut en première instance par une instruction en deuxième instance (idem, n. 99). L'appel peut en revanche servir à contester la correcte application du droit sur la base de l'état de fait non contesté et retenu par les premiers juges (idem, n. 100).

### **E. 3.3**

En l'espèce, les faits allégués et les pièces produites en appel par l'appelante ne respectent pas les exigences exposées ci-dessus. L'appelante a fait défaut dans la procédure de première instance, lors de laquelle elle ne s'est pas du tout manifestée. Les juges précédents ont, par

- 15 - courrier du 7 octobre 2019, notifié la demande à l'appelante et lui ont fixé un délai de réponse au 4 novembre suivant. Faute de réponse de sa part, ils lui ont imparti, par courrier du 21 novembre 2019, un nouveau délai au 2 décembre 2019. A nouveau sans succès. Les faits allégués par l'intimé n'ont donc pas été contestés et l'appelante n'a pas non plus proposé l'administration de preuves, alors qu'elle y avait été invitée à deux reprises par le tribunal dans le cadre de son droit de réponse. Ce faisant, les allégués de la demande doivent être tenus pour admis. Les faits allégués et les moyens de preuve proposés en appel ne constituent pas des vrais novas, puisqu'ils existaient avant la fin des débats principaux et leur production dépendait de la seule volonté de l'appelante : les pièces produites sous n° 3 du bordereau sont tirées de son propre système informatique (cf. TF 4A\_76/2019 précité consid. 8.1.2). En tant que faux novas, ces éléments ne respectent pas la condition de la diligence requise, puisque les données concernant l'intimé se trouvaient sur le disque dur en mains de l'appelante au moment de la procédure de première instance. Or, il était évident, dans le cadre d'un litige portant notamment sur le nombre d'heures effectuées par l'employé,

que les données du tachygraphe présent dans le véhicule conduit par l'intimé étaient pertinentes et devaient être présentées devant les premiers juges, pour permettre de fixer les faits. Les problèmes informatiques et de personnel rencontrés par l'appelante ne lui sont d'aucun secours. Ils auraient pu être invoqués en première instance déjà, justifiant le cas échéant l'octroi d'un délai supplémentaire pour déposer une réponse jusqu'à ce que les preuves invoquées soient disponibles. Ils n'empêchaient au demeurant pas l'appelante de prendre position sur l'état de fait allégué par l'intimé. En tant qu'employeuse, l'appelante avait une pleine et entière connaissance du contexte dans lequel s'inscrivaient les faits allégués et pouvait se déterminer à leur égard. S'agissant de son prétendu problème informatique, l'appelante n'explique pas pourquoi elle n'a pas entrepris plus tôt les démarches nécessaires pour que les données concernant l'intimé soient retrouvées, avant que la procédure de première instance ne prenne fin. Elle pouvait identifier à ce stade déjà les mesures probatoires qu'il était nécessaire de mettre en oeuvre, à savoir notamment les relevés tachygraphiques ou les témoins à faire entendre. Il convient de relever

- 16 - que la procédure de conciliation a été initiée le 6 mars 2019 et que la demande date du 29 juillet suivant, les délais de réponse des 4 novembre et 2 décembre 2019 et le jugement attaqué du 20 janvier 2020. L'appelante a donc eu le temps suffisant pour prendre les mesures utiles à sa défense, le cas échéant en informant le tribunal de première instance des difficultés rencontrées. Elle allègue d'ailleurs elle-même, dans son mémoire d'appel, avoir été informée par son informaticien en septembre 2019 déjà – soit avant l'expiration de ses deux délais de réponse – des problèmes d'accès aux données des employés sur le disque dur de la société. Ces problèmes n'ont été résolus que près d'une année après seulement, grâce à l'intervention d'une société tierce mandatée par l'appelante à cet effet. On ne comprend pas pourquoi une telle intervention n'a pas été sollicitée plus tôt. En choisissant de ne pas participer à la procédure de première instance, à savoir en ne prenant pas position sur les allégations de son adverse partie et en ne proposant pas ses propres moyens de preuve, l'appelante ne peut plus corriger ses carences au stade de l'appel. Elle doit souffrir que les allégués de fait non contestés aient été tenus pour admis par les premiers juges. Par conséquent, les faits allégués par l'appelante ainsi que les pièces produites par ses soins doivent être déclarés irrecevables, en tant qu'il ne s'agit pas de vrais novae et que, en leur qualité de faux novae, ils auraient pu être respectivement allégués ou produits en première instance déjà si l'appelante avait fait preuve de la diligence requise. Au stade de l'appel, les faits retenus par les premiers juges ne peuvent être remis en cause que s'ils n'ont pas été allégués en première instance ou s'ils sont contredits de manière manifeste par les pièces au dossier.

#### **E. 4.1**

L'appelante critique également l'appréciation des faits retenue par les premiers juges.

- 17 -

#### **E. 4.2**

Comme relevé précédemment, l'appelante a fait défaut en première instance, si bien que les faits allégués par l'intimé n'ont pas été contestés et doivent être tenus pour établis. Ces faits ne peuvent donc pas être remis en cause par les éléments factuels et probatoires apportés par l'appelante dans la procédure d'appel. Ils ne peuvent l'être qu'au regard du dossier de première instance, à savoir s'ils n'ont pas été allégués par l'intimé ou si une pièce du dossier les contredit de manière manifeste. Les critiques formulées à l'encontre de l'état de fait

seront dès lors examinées sur cette seule base, pour autant que l'appelante les ait motivées en ce sens. Il incombe en effet à la partie qui forme appel de motiver de manière explicite sa contestation en indiquant précisément les éléments du dossier de première instance qui contredisent l'appréciation des faits retenue dans le jugement attaqué (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3).

#### **E. 4.3.1**

L'appelante invoque en premier lieu que les versements de 1'000 fr. par mois à titre de « forfait de remboursement de frais mensuels » constituaient un élément du salaire brut et que ces montants auraient dû être additionnés dans le cadre du total des salaires bruts versés par l'appelante à l'intimé. Elle se réfère aux pièces 1 à 6 et 13 à 34 du bordereau de pièces produites par l'intimé en première instance. Il convient toutefois de relever que, dans les fiches de salaires de l'intimé établies par l'appelante elle-même, ledit forfait n'a pas été inclus dans le salaire brut mais a été ajouté au montant du salaire net à verser. L'on ne discerne pas en quoi les premiers juges auraient dû s'écarter des allégués de la demande, en particulier du tableau figurant sous l'allégué 76, non contestés par l'appelante et corroborés par les pièces au dossier. Le grief tombe à faux.

#### **E. 4.3.2**

S'agissant du 13e salaire, les allégations de l'appelante correspondent aux montants retenus dans le jugement querellé ainsi qu'aux pièces produites en première instance. On ne discerne pas sur quoi porte la contestation des faits établis.

- 18 -

#### **E. 4.3.3**

Concernant les vacances non prises, l'appelante se réfère à une pièce nouvelle irrecevable en appel ainsi qu'aux pièces 34, 36 et 37 produites par l'intimé en première instance. L'intimé a allégué dans sa demande qu'un solde de 4,45 jours était dû au terme des rapports de travail, expliquant que son employeur avait imputé sur ses jours de vacances des périodes de maladie et que le solde figurant sur les décomptes remis par son employeuse était incorrect. Ces allégations n'ont pas été contestées par l'appelante en première instance et doivent être tenues pour admises. Les premiers juges pouvaient dès lors s'écarter des pièces produites au dossier concernant le solde de vacances non prises, dont le contenu était contesté de façon motivée par l'intimé. Le solde de 4,45 jours doit ainsi être confirmé. En outre, les premiers juges ont tenu compte du montant de 147 fr. 45 versé par l'appelante au terme des rapports de travail au titre de vacances non prises. L'appréciation des faits retenue par les premiers juges relativement aux vacances non prises ne prête donc pas le flanc à la critique.

#### **E. 4.3.4**

L'appelante conteste enfin le nombre d'heures supplémentaires, de jours fériés travaillés et de travail de nuit retenu par les premiers juges. Elle se réfère uniquement à la pièce 3 qu'elle a nouvellement produite en appel. Or, comme on l'a vu, cette pièce est irrecevable. Par ailleurs, les faits allégués à cet égard par l'intimé n'ont pas été contestés par l'appelante en première instance et doivent donc être considérés comme admis. Le grief tombe à faux.

#### **E. 5.1**

Figurant à tort sous la rubrique « de la constatation inexacte et incomplète des faits » de son mémoire d'appel, l'appelante invoque que l'utilisation du tachygraphe et du système de

géolocalisation était licite au regard de l'art. 13 OTR 1 (Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 19 juin 1995 ; RS 822.221) et conteste l'existence d'une atteinte à la personnalité de l'intimé sur cette base.

## **E. 5.2**

- 19 -

### **E. 5.2.1**

L'art. 6 LTr (Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 ; RS 822.11) vise à protéger la santé physique et psychique des travailleurs, ainsi que leur « intégrité personnelle », soit leur personnalité au sens des art. 328 ss CO (ATF 130 II 425 consid. 3.3). Selon l'art. 26 OLT 3 (Ordonnance relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 ; RS 822.113), il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail (al. 1). Lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs (al. 2). Cette disposition vise à protéger la santé, la liberté de mouvement et la personnalité des travailleurs en interdisant les systèmes de surveillance destinés à surveiller le comportement des employés (Estelle Mathis- Zwyzgart, La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3, in : Dunand/Mahon (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève et al. 2017, p. 309 ss, p. 313). Le Tribunal fédéral considère que, de manière générale, les systèmes de surveillance induisent le plus souvent chez les personnes observées des sentiments négatifs et détériorent le climat général de l'entreprise et que, par conséquent, ils nuisent au bien-être, à la santé psychique et, finalement, à la capacité de rendement des travailleurs. Seules sont donc admissibles les mesures de surveillance objectivement justifiées qui satisfont un intérêt prépondérant de l'employeur, celui-ci devant toutefois choisir la mesure la moins intrusive (ATF 130 II 425 consid. 3.3). Notre haute cour a certes reconnu que l'activité de transport routier pouvait requérir, afin de rationaliser le travail et d'améliorer la qualité des prestations offertes aux clients, que l'employeur ait la possibilité de localiser en tout temps et aussi vite que possible la position de chacun des véhicules en service, mais elle a précisé qu'une telle surveillance n'était admissible que si le moyen utilisé apparaissait, au vu des circonstances, proportionné au but recherché (ATF 130 II 425 précité, consid. 4.2). Il convient dès lors de mettre en balance, d'une part, l'intérêt public à protéger la santé, la liberté de mouvement et la personnalité des travailleurs avec, d'autre part, l'intérêt privé de l'employeur à pouvoir équiper ses véhicules du

- 20 - système de localisation GPS (ATF 130 II 425 précité, consid. 6.1). Le Tribunal fédéral a considéré qu'un tel système pouvait être proportionné lorsque la surveillance n'est qu'indirecte, partielle et intermittente, notamment parce que l'employé concerné n'est à bord de son véhicule que durant trois à quatre heures par jour et que l'employeur n'appréhende qu'un aspect particulier du comportement du travailleur, à savoir ses déplacements jusqu'au domicile des clients (ATF 130 II 425 précité, consid. 6.5). Selon le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, la surveillance en temps réel requiert une justification particulière, dans la mesure où une telle localisation peut évoluer vers une surveillance du comportement et constituer une atteinte à la personnalité, en particulier lorsque les objectifs de l'employeur peuvent être atteints par des moyens moins intrusifs (25e Rapport d'activités 2017/2018, p. 29, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeber/home/>

documentation/ rapports-d- activites/25--taetigkeitsbericht-2017-2018.html).

### **E. 5.2.2**

En cas de violation de l'art. 328 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), l'employé peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions de l'art. 49 al. 1 CO. Selon cette disposition, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte ne justifie pas une indemnité (ATF 125 III 70 consid. 3a), l'atteinte devant revêtir une certaine gravité objective et être ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation (TF 4A\_326/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3.2 et les réf. citées). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les circonstances justifient une indemnité pour tort moral dans le cas particulier (ATF 129 III 715 consid. 4.4). Pour fixer le montant de l'indemnité, des comparaisons peuvent être utiles mais non déterminantes (Commentaire Stämpfli du contrat de travail, Berne 2013, (ci-après CS), Dunand, art. 328 CO n. 86). Dans une affaire où l'employée avait dû supporter une caméra constamment braquée sur sa place de travail et dont l'employeur avait, après la fin de

- 21 - son contrat, donné des renseignements faux à un employeur potentiel, la Cour de justice du canton de Genève a par exemple admis une indemnité pour tort moral de 12'000 fr. (CAPH/GE du 14 octobre 1996 cité par CS- Dunand, art. 328 CO n. 87).

### **E. 5.3**

En l'espèce, l'appelante disposait, en plus du système de localisation GPS litigieux, d'un tachygraphe installé dans le camion, lequel permettait de contrôler le temps de conduite du travailleur, comme l'autorise d'ailleurs l'art. 13 OTR 1. L'appelante expose que le système de localisation satellite est indispensable pour la logistique des camions et des marchandises. Selon ce qui a été constaté en fait par les premiers juges, ledit système a été utilisé à d'autres fins par l'appelante, qui suivait l'intimé en temps réel et le contactait au moindre arrêt du véhicule. L'utilisation qu'en a faite l'appelante ne correspond donc pas aux arguments qu'elle avance. Un tel système n'apparaît pas justifié au regard de la jurisprudence susmentionnée, puisqu'il revêtait un caractère permanent et direct. L'intimé était suivi de manière continue durant son activité professionnelle et était remis à l'ordre sur le champ dès que son véhicule se trouvait à l'arrêt. Comme l'ont retenu les premiers juges, l'intimé pouvait se sentir « traqué en permanence », ce qui n'est pas admissible. Une telle installation, à tout le moins l'utilisation qui en a été faite, est disproportionnée car trop intrusive. L'appelante invoque en vain la violation de l'art. 13 OTR 1, car cette disposition vise uniquement le contrôle de la durée de conduite et du repos des chauffeurs par l'installation de tachygraphes et non par un autre système de surveillance. Or, en l'espèce, les premiers juges n'ont pas reproché à l'appelante d'avoir utilisé un tachygraphe. L'atteinte à la personnalité de l'intimé n'a été admise qu'au regard du système satellite GPS. Il convient dès lors de considérer qu'en utilisant le système de surveillance GPS, l'appelante a violé la personnalité de l'intimé. Comme l'ont retenu les premiers juges, l'intimé a subjectivement souffert de la situation, dans la mesure où il a été mis sous pression et s'est trouvé

- 22 - épuisé par les demandes formulées par l'appelante de dépasser les heures de travail maximales et de raccourcir son temps de repos. Cette situation l'a même mené à prendre la

décision de démissionner de son poste. Le droit à obtenir une indemnité pour tort moral à ce titre doit donc être confirmé. Bien que l'appelante ne conteste que le principe de l'indemnité et non le montant de celle-ci, il convient de relever que la somme de 4'600 fr. allouée à l'intimé apparaît équitable et demeure dans le cadre du pouvoir d'appréciation des premiers juges. Par conséquent, le jugement attaqué doit être confirmé en ce qu'il condamne l'appelante à verser à l'intimé la somme de 4'600 fr. à titre d'indemnité pour tort moral.

### **E. 6.1**

L'appelante invoque ensuite une violation de l'art. 322 CO en ce que l'indemnité forfaitaire de 1'000 fr. convenue dans le contrat de travail à titre de remboursement des frais mensuels aurait dû être incluse dans le montant du salaire brut et non comme correspondant au remboursement forfaitaire des frais du travailleur, lesquels auraient été effectivement remboursés par l'appelante. D'après celle-ci, le montant du salaire brut versé par ses soins s'est élevé non pas à 3'200 fr., comme l'ont retenu les premiers juges, mais à 4'200 fr. (soit 3200 fr. + 1'000 fr. d'indemnité forfaitaire de remboursement des frais). L'appelante ne conteste en revanche pas que le salaire mensuel minimum prévu par la CCT-VD pour la catégorie d'employés dont fait partie l'intimé soit de 4'600 fr. De l'avis de l'appelante, seul un solde de 4'688 fr. serait dû à l'intimé pour la différence entre le salaire versé et le salaire minimum imposé par la CCT.

### **E. 6.2**

Selon l'art. 327a CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (al. 1). Un accord écrit ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, à condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires (al. 2).

- 23 - Les frais visés par cette disposition comprennent toutes les dépenses occasionnées par le travail, notamment les frais d'hébergement et de repas (CS-Danthe, art. 327a CO n. 5). Le remboursement des frais sous la forme d'une indemnité forfaitaire doit respecter deux conditions, à savoir la forme écrite et la couverture effective des frais du travailleur sur une période suffisamment longue (ATF 131 III 439 consid. 5.3.2). A défaut, le travailleur peut réclamer le montant effectif de ses frais (CS-Danthe, art. 327a CO n. 21). Lorsque le forfait convenu dépasse nettement le montant des frais effectifs ou s'il ne correspond à aucuns frais du travailleur, il doit être considéré comme du salaire déguisé et être inclus dans le salaire mensuel brut du travailleur et soumis aux charges sociales (CS-Danthe, art. 327a CO n. 24 ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 380).

### **E. 6.3**

En l'espèce, les premiers juges ont constaté en fait que les trajets effectués par l'intimé lui imposaient de manger là où il se trouvait, sans pouvoir rentrer chez lui, et de dormir fréquemment dans le camion. Ils ont considéré que la prime de 1'000 fr. prévue par le contrat de travail pour le remboursement forfaitaire des frais mensuels visait à couvrir effectivement ces frais et ne constituait pas du salaire déguisé. L'appelante n'a pas contesté en première instance que l'intimé ait supporté des frais ni allégué que ceux-ci auraient été payés de manière effective ou que le forfait convenu aurait dépassé nettement le montant des frais effectifs. Elle ne peut donc plus arguer, au stade de l'appel, que cette indemnité ne visait pas à couvrir les frais de l'intimé. Il convient au demeurant de relever que les fiches de salaires établies par l'appelante contredisent ses affirmations dans la mesure où ladite prime

n'a pas été incluse dans le salaire mensuel brut, mais a été ajoutée au salaire net versé à l'intimé. On ne peut dès lors reprocher aux premiers juges d'avoir retenu que l'indemnité forfaitaire de 1'000 fr. couvrait les dépenses de l'intimé et ne constituait pas du salaire. Le grief doit être rejeté.

## **E. 7**

- 24 -

### **E. 7.1**

L'appelante invoque une autre violation de l'art. 322 CO en ce que les premiers juges ont accordé à l'intimé un manco relatif à son 13e salaire de 1'892 fr. 20. D'après elle, le 13e salaire n'était dû, selon la CCT- VD, que dès la deuxième année de service, soit durant 8,4 mois seulement. Le montant versé à ce titre étant de 4'353 fr. et le montant dû de 3'220 fr., l'appelante aurait versé 1'133 fr. en trop.

### **E. 7.2**

Le paiement d'un 13e salaire n'est pas prévu par la loi et découle d'un accord entre les parties ou d'une convention collective de travail (CS-Danthe, art. 322d CO n. 16 ; Senti Christoph, Zulagen, Zuschlage und 13. Monatslohn, PJA 2006 p. 289 ss, p. 291). Les parties peuvent modifier tacitement un contrat de travail conclu en la forme écrite (TF 4A\_666/2017 du 17 mai 2018 consid. 4.3 ; TF 4A\_23/2007 du 8 mai 2007 consid. 4.3). Une manifestation de volonté tacite ne peut être retenue qu'en présence d'un comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute (ATF 123 III 53 consid. 5a).

### **E. 7.3**

En l'espèce, l'intimé a allégué avoir reçu une part au 13e salaire dès le 20 avril 2017, ce qui ressort au demeurant des pièces produites au dossier. L'appelante n'a pas contesté ce fait en première instance. L'art. 14 CCT-VD prévoit certes un droit au 13e salaire à partir de la deuxième année de service seulement. Il convient toutefois de retenir que les parties ont convenu tacitement du paiement d'un 13e salaire dès le 20 avril 2017, date qui correspond au contrat de durée indéterminée conclu entre les parties, remplaçant les contrats précédents de durée déterminée. En versant chaque mois une part au 13e salaire à l'intimé à partir du 20 avril 2017, l'appelante a en effet tacitement manifesté sa volonté de convenir du paiement d'un 13e mois, l'interprétation d'un tel comportement ne suscitant aucun doute pour l'intimé. Les premiers juges n'ont pas détaillé le calcul opéré pour déterminer le solde dû à titre de 13e salaire. Il ressort cependant du résultat obtenu que ceux-ci n'ont accordé une part au 13e salaire que sur

- 25 - les salaires dus depuis le 20 avril 2017, à l'exclusion de la période antérieure. Le calcul est le suivant : Part au 13e sur le salaire dû du 20 au 30 avril 2017: 1'480 fr. 45 / 12 Fr. 123.40 Parts au 13e sur les salaires dus de mai 2017 à août 2018 (16 mois) : 4'600 / 12 x 16 Fr. 6'133.30 Soit au total Fr. 6'256.70 Il a été constaté en fait par les premiers juges qu'entre le mois d'avril 2017 et le mois d'août 2018, l'appelante avait versé 4'364 fr. 50 à titre de parts au 13e salaire. Le solde dû s'élève donc à 1'892 fr. 20 (6'256 fr. 70 - 4'364 fr. 50), ce qui correspond au montant alloué par les premiers juges. Le grief de l'appelante doit donc être écarté.

## **E. 8**

L'appelante invoque une violation de l'art. 13 LTr concernant la compensation des heures supplémentaires effectuées par l'intimé. Les juges ont retenu que l'intimé avait effectué 285 heures et 20 minutes supplémentaires. Ce fait n'a pas été contesté en première instance et l'appelante n'indique pas en quoi il serait contredit par les allégués de la demande ou les pièces figurant au dossier de première instance. L'appelante se borne à s'appuyer sur ses propres allégations et sur les pièces nouvelles produites en appel, ce qui, comme on l'a vu, n'est pas admissible. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter du nombre d'heures supplémentaires retenu par les premiers juges. S'agissant de la compensation de ces heures à hauteur du tarif-horaire majoré de 25%, il s'agit d'une stricte application de la règle contractuelle convenue par les parties (art. 5 du contrat), laquelle correspond aux art. 321c CO et 13 LTr. L'appelante invoque que ces heures auraient été compensées par du repos. Il s'agit cependant d'un fait qui ne ressort pas des allégués et moyens de preuve figurant au dossier de première instance. Comme l'ont retenu les premiers juges, faute d'avoir été compensées en nature, les heures supplémentaires devaient

- 26 - l'être en argent, au taux-horaire majoré de 25%. Le grief doit donc être écarté.

#### **E. 9**

L'appelante invoque une violation des art. 17b LTr et 12 CCT- VD en ce que les premiers juges n'auraient pas tenu compte du nombre d'heures de repos compensatoires dont aurait bénéficié l'intimé pour compenser les heures travaillées la nuit et les jours fériés. Une fois de plus, l'appelante expose sa propre version des faits, sans démontrer en quoi l'appréciation retenue par les premiers juges serait contredite par les allégués ou les pièces du dossier de première instance. Elle ne respecte ainsi pas son devoir de motivation de l'appel (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3). Il est au demeurant rappelé une fois de plus que les faits allégués en première instance n'ont pas été contestés. Les arguments développés à l'appui du nombre d'heures de repos dont aurait bénéficiées l'intimé sont donc irrecevables, en tant qu'ils n'ont pas été retenus en fait dans le jugement querellé.

#### **E. 10**

L'appelante invoque enfin une violation de l'art. 12 al. 3 CCT- VD concernant la compensation du travail supplémentaire effectué la nuit, le samedi ou le dimanche. Cette disposition ne lui est d'aucun secours puisqu'elle vise les cas où la compensation des heures a lieu en nature. Or, il n'a pas été retenu en fait par les premiers juges que l'intimé eût compensé ses heures de cette manière, mais au contraire qu'un solde non compensé demeurait au terme des rapports de travail. Le grief doit donc être rejeté.

#### **E. 11.1**

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

#### **E. 11.2**

L'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supportera les frais judiciaires de deuxième instance, par 726 fr. (art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC) et versera à l'intimé de pleins dépens de deuxième instance, fixés à 3'000 fr. (art. 7 TDC).

- 27 -