



COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 13 octobre 2016

Composition : M. ABRECHT, président
Mmes Merkli et Crittin Dayen, juges
Greffière : Mme Cuérel

Art. 18 al. 1, 322b al. 1, 322c al. 1 et 349a al. 2 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **B.**_____, à Bussigny, contre le jugement rendu le 4 février 2016 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **J.**_____, à Saint-Prex, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 4 février 2016, dont la motivation a été notifiée aux parties le 18 mai 2016, le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le tribunal) a partiellement admis la demande déposée par J.____ (I), a dit que B.____, titulaire de la raison individuelle [...], était reconnu débiteur de J.____ et lui devait immédiat paiement du montant brut de 10'430 fr. 80, sous déduction des charges sociales et contractuelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2013 (II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), a rendu le jugement sans frais et a dit que B.____ verserait 2'500 fr. à J.____ à titre de dépens (IV et V).

En droit, les premiers juges ont retenu, au sujet des primes pour nouveaux clients et des commissions non versées, seule question litigieuse en procédure d'appel, que J.____ avait droit à 975 fr. à titre de prime pour treize clients démarchés et non pour huit, comme le prétendait la partie adverse. Selon le tribunal, le principe de la commission n'était pas expressément mentionné dans le contrat de travail du 3 janvier 2013, mais l'ensemble des circonstances permettait à J.____ de comprendre de bonne foi qu'il y avait droit. Ainsi, son salaire fixe de 3'500 fr. paraissait relativement bas pour un travail à 100%, en particulier en comparaison de celui perçu par son collègue [...], même en tenant compte du fait que celui-ci était plus qualifié. Les premiers juges ont en outre retenu que le principe des primes était usuel dans les ventes opérées par les représentants de commerce et qu'il était d'ailleurs expressément mentionné dans le contrat du 27 août 2012, de sorte que J.____ pouvait considérer qu'il s'agissait d'une condition essentielle de son engagement. Le fait qu'il ait dû renoncer à l'audition du témoin [...], qui l'avait engagé, ne devait pas le préteriter. Le tribunal s'est encore appuyé sur le décompte de salaire du mois de novembre 2013, qui mentionnait une somme de 1'655 fr. 45 à titre de commission, cette qualification étant distincte de celles de « Prime » ou de « Prime, gratification ». Ainsi, selon le tribunal, si une commission

avait été versée pour les mois de septembre et octobre 2013, l'employeur ne saurait remettre en cause son existence pour les mois antérieurs. Afin de déterminer la quotité du rétroactif, le tribunal s'est fondé sur la participation de J._____ à la réalisation du chiffre d'affaires de la société sur dix mois durant l'année 2013. La commission calculée par J._____ s'élevait à environ 2.067% de cette participation, ce qui a été considéré comme crédible par le tribunal, compte tenu de ce que la productivité du demandeur était approximativement 20% plus basse que celle de ses trois autres collègues, cette commission paraissant en outre convenable au vu du domaine professionnel et de l'ensemble des circonstances.

B. Par acte du 17 juin 2016, B._____ a recouru contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais, principalement à sa réforme en ce sens que les conclusions prises contre lui soient rejetées, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement.

Par réponse du 21 septembre 2016, J._____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel. Il a requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, qui lui a été accordée par ordonnance du 15 septembre 2016.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. B._____ était associé de la société en nom collectif [...], qui a été dissoute à la suite de la sortie de l'associé [...]. B._____ est devenu titulaire de l'entreprise individuelle [...] le 16 janvier 2014 et a continué les affaires de [...].

2. Le 27 août 2012, [...], en qualité d'employeur, représentée par [...], et J._____, en qualité d'employé, ont conclu un contrat de travail, rédigé en ces termes :

« (...) »

ARTICLE 1

1. L'employé entre au service de l'employeur à partir du 1^{er} novembre 2012 pour une formation de deux mois en qualité de représentant de commerce.
2. Le présent contrat est valide jusqu'au 31 décembre 2012. Après cette date un nouveau contrat entrera en vigueur. Celui-ci portera des clauses particulières et détaillées concernant la rémunération de l'employé et plus particulièrement la partie variable (commission) et les frais remboursables, le tout sur la base de la nouvelle structure salariale que l'employeur est en train de mettre en place.
3. La période du présent contrat fait également office de période d'essai à tous les effets vis-à-vis du contrat qui sera en vigueur au 1^{er} janvier 2013. Le nouveau contrat ne portera donc pas de clause de période d'essai.
4. La période du présent contrat fait office de période de formation durant laquelle l'employé sera secondé et introduit au négoce de l'employeur afin de pouvoir accomplir ses tâches au mieux à partir du 1^{er} janvier 2013, date de commencement selon le nouveau contrat qui entrera en vigueur à cette date.
5. (...)
6. L'employé sera chargé des travaux suivants :
 - Démarchage, acquisition et suivi de nouveaux clients
 - Démarchage et suivi de clients existants
 - Prise de commandes et transmission au bureau
 - Etablissement de statistiques sur les rotations de produits
 - Contrôle et arrangement des linéaires dans les points de vente
 - Classement tous documents entreprise : méthode et moyens

Une liste plus complète des tâches sera intégrée dans le contrat qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2013.

(...)

ARTICLE 4

REMUNERATION

1. Pour la durée du présent contrat le salaire agréé est de CHF 3500.- brut par mois.
(...)
4. (...) Le contrat qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2013 portera plus de détails concernant les frais pris en charge par l'employeur ainsi que le mode de réconciliation (sic) et remboursement.

(...)

ARTICLE 5

GRATIFICATION & AVANTAGE

1. L'employeur se réserve le droit, selon les résultats de l'exercice annuel, les prestations de l'employé et les objectifs atteints de lui verser un bonus annuel.
2. Toute somme versée en plus de la rémunération prévue à l'article 4, notamment à titre de gratification, aura et conservera le caractère d'une prestation volontaire de l'employeur ne donnant naissance à aucune prétention de la part de l'employé, même si elle a été versée pendant plusieurs années consécutives.

(...) »

Le 3 janvier 2013, [...] et J. _____ ont conclu un second contrat de travail, pour une durée indéterminée, rédigé en ces termes :

« (...)

ARTICLE 1

L'employé entre au service de l'employeur en qualité de *Regional Sales Manager* à partir du 3 janvier 2013 et pour une durée indéterminée.

1. L'employé est chargé des travaux suivants :
 - Développement et suivi du portefeuille clients attribués
 - Renforcement de la notoriété de l'entreprise et des marques
 - Augmentation des parts de marché
 - Atteinte des objectifs quantitatifs et qualitatifs
 - Identification des opportunités et analyses des besoins
 - Analyse des concurrents
 - Reporting
 - Activités Marketing
 - ...et tous les travaux éventuels imposés par les circonstances (urgence, maladie, vacances, etc.)
2. Le rayon d'activité et le portefeuille client sont déterminés par l'employeur. (...)

(...)

ARTICLE 4

1. A 100 % d'activité, l'employé reçoit un salaire mensuel brut concordé de CHF 3'500.00, servi 12 fois. Son salaire mensuel brut est calculé au pro rata de son taux d'activité. L'employé est engagé à 100 %.

ARTICLE 5

GRATIFICATION & AVANTAGE

1. L'entreprise se réserve le droit, selon les résultats de l'exercice annuel, les prestations de l'employé et les objectifs atteints de lui verser un bonus.
2. Toute somme versée en plus de la rémunération prévue à l'article 4, notamment à titre de gratification, aura et conservera le caractère d'une prestation volontaire de l'employeur ne donnant naissance à aucune prétention de la part de l'employé, même si elle a été versée pendant plusieurs années consécutives.

(...) »

Ce contrat ne prévoit pas expressément le versement de commissions, contrairement à ce qui avait été explicitement projeté dans le contrat du 27 août 2012 (art. 1 ch. 2).

3. Par courrier électronique du 23 octobre 2013 à B._____, J._____ a réclamé le versement du pourcentage de son chiffre d'affaires pour la période de janvier à août 2013, selon celui-ci maintes fois discuté et promis depuis son entrée au sein de la société. J._____ a expliqué qu'il souhaitait vivement que la situation puisse être régularisée d'ici au 31 décembre 2013, afin de pouvoir commencer l'année 2014 sur de meilleures bases.

4. Par courrier du 31 octobre 2013, remis en mains propres à J._____ le même jour, B._____ a résilié le contrat de travail de celui-ci pour _____ le 30 novembre 2013.

5. J._____ a établi un récapitulatif du chiffre d'affaires qu'il a réalisé entre le 1^{er} janvier et le 31 octobre 2013. Sur ce document figurent trois tableaux, chacun correspondant à un genre de clients (« shops », « fitness » et « autres, exclus grands comptes »). Pour chaque type de client, il a indiqué le chiffre d'affaires réalisé en fonction de la marque des produits vendus. Additionnant les montants indiqués dans les trois

tableaux, il a indiqué avoir réalisé un chiffre d'affaires de 537'329 fr. 55 sur dix mois, correspondant à 644'795 fr. 05 sur douze mois.

Au début du mois de novembre 2013, J._____ a adressé à B._____ une liste de douze nouveaux clients démarchés ainsi que de deux anciens clients qui n'avaient plus passé commande depuis une année et avec qui il avait repris la collaboration.

6. Le salaire perçu par J._____ pour le mois de juin 2013 était de 3'500 fr., montant auquel s'est ajouté 600 fr. à titre de forfait pour les frais de repas et de parking, sous déduction des cotisations sociales.

Au mois de juillet 2013, il a perçu un salaire de 3'500 fr., une gratification de 1'750 fr. et un montant forfaitaire de 600 fr. à titre de frais de parking et de repas, sous déduction des cotisations sociales.

Son salaire afférant aux mois d'août et septembre 2013 était de 3'500 fr., forfait pour les repas et le parking en sus, sous déduction des cotisations sociales.

Pour les mois d'octobre et novembre 2013, le salaire brut de J._____ a été augmenté à 4'000 fr., forfait pour les frais de repas et parking en sus. Au mois de novembre 2013, il a en outre perçu les montants bruts de 1'655 fr. 45 à titre de commission et de 600 fr. à titre de prime.

7. Le 5 décembre 2013, la Caisse cantonale de chômage a adressé à [...] un questionnaire afin de déterminer si J._____ portait une responsabilité dans la perte de son emploi. Après plusieurs rappels, B._____ a répondu le 16 janvier 2014. Il a notamment indiqué que J._____ ne correspondait pas vraiment au profil requis, qu'il manquait de qualifications - son niveau de français était insuffisant, de même que ses compétences en informatique, en merchandising et en marketing -, précisant que c'était son ancien associé qui l'avait engagé, que les

objectifs n'avaient pas été atteints, que le comportement de J._____ était correct, que la qualité du travail était médiocre et l'implication sur le terrain juste suffisante, qu'il n'avait pas négligé ses obligations professionnelles mais qu'il n'avait pas les compétences nécessaires pour effectuer correctement le travail pour lequel il avait été engagé.

8. [...] a été engagé par B._____ en qualité de « Sales Manager » dès le mois de février 2014, pour une durée indéterminée. Son cahier des charges est le même que celui décrit dans le contrat de J._____ du 3 janvier 2013, avec la charge supplémentaire de mettre en place et d'organiser la structure de vente. Son contrat prévoit un temps d'essai de quatre mois au taux d'activité de 60 %, puis à un taux de 80 % dès le cinquième mois. Son salaire mensuel brut est de 3'800 fr. versé douze fois l'an au taux de 80 %. Le contrat prévoit, comme celui de J._____, expressément le versement d'un bonus à bien plaie, mais ne dit rien s'agissant du versement de commissions.

9. a) Par requête de conciliation du 21 juillet 2014, J._____ a ouvert action contre B._____.

La conciliation ayant échoué, J._____ a déposé une demande le 9 octobre 2014, en concluant, avec suite de frais, à ce que B._____, respectivement [...], soit reconnu son débiteur de 20'661 fr. 24, intérêt en sus à 5 % l'an dès le 31 octobre 2013.

Par réponse du 30 janvier 2015, B._____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de la demande. Il a invoqué une créance en compensation des prétentions de J._____.

b) Le 21 mai 2015, une première audience de jugement s'est tenue en présence des parties personnellement, assistées de leurs conseils respectifs. Les parties ont renoncé à l'audition de [...], qui réside en Espagne. Deux témoins ont été entendus. Sur requête de B._____, les premiers juges ont retranché du dossier les pièces 12 et 13 produites

par J._____ à l'appui de sa requête (tableaux relatifs au chiffre d'affaires de [...] pour les années 2012 et 2013).

[...] est employé de l'entreprise [...]. Il est étudiant en économie d'entreprise (niveau bachelor) à la Haute école de Sierre et est également instructeur de fitness. Il est au bénéfice d'une maturité fédérale, a suivi une année de cours d'informatique à l'EPFL, est de langue maternelle anglaise, a un Goethe niveau 2 en allemand et a suivi sa scolarité en français. Il a déclaré qu'il n'avait pas rencontré de problèmes pour recevoir son salaire et ses commissions, même s'il y avait eu des retards ; il discutait alors avec B._____ et cela se réglait toujours assez rapidement. Il a expliqué que son salaire consistait en une partie fixe au taux de 60 %, le reste de son activité étant rémunéré en fonction du nombre de contrats signés par les clients, qu'il ne recevait pas de commission sur le chiffre d'affaires, qu'il percevait un bonus facultatif et qu'il touchait une somme par nouveau client amené après un certain nombre de commandes effectuées, dont il n'a pas pu préciser le montant. Son salaire mensuel fixe net pour une activité à 60 % est de 2'850 francs.

[...] a travaillé deux ans et demi au sein de [...], en qualité de responsable marketing. Son salaire était fixe, il n'y avait ni prime, ni commissions, sauf une gratification versée à la fin de l'année 2013. Il a affirmé que les frais étaient remboursés sur présentation de factures, au « lance-pierre », qu'il fallait toujours réclamer, et qu'il était le seul dans la société à n'avoir jamais eu de problème pour recevoir son salaire. Il n'a pas pu expliquer pourquoi les autres employés rencontraient des problèmes avec le versement de leur salaire et n'a pas été en mesure de renseigner le tribunal sur le nombre de nouveaux clients amenés par J._____ ni sur le montant des commissions. Il a uniquement indiqué qu'il était au courant que celles-ci étaient un sujet de désaccord entre les « commerciaux » et la direction. Il a indiqué que lors de son engagement, on lui avait parlé du principe des commissions, mais qu'après il n'en avait plus entendu parler et n'avait jamais été au courant du montant de 75 fr. perçu pour chaque nouveau client. Son salaire était d'environ 100'000 fr. par an. Il a affirmé qu'il avait apprécié travailler avec J._____, que celui-

ci connaissait bien les produits et qu'il faisait bien son travail. Il a indiqué que la société comptait quatre « commerciaux », deux pour la Suisse romande, un pour la Suisse alémanique et un pour le Tessin.

c) Une deuxième audience de jugement s'est tenue le 20 janvier 2016 en présence des parties personnellement, assistées de leurs conseils respectifs. B._____ a renoncé à l'audition de [...], qui vit en Iran et ne pouvait ainsi pas se présenter devant le Tribunal.

[...], employée au sein de l'entreprise [...] depuis septembre 2010 en qualité de gestionnaire de stock et de la logistique, a été entendue en qualité de témoin. Elle n'a pas pu renseigner le tribunal concernant le salaire des représentants, car elle a déclaré ne s'occuper que des salaires des employés fixes. [...] et J._____ faisaient le même travail. Elle a déclaré qu'il n'y avait pas de commissions dans l'entreprise et que celle-ci n'avait aucun logiciel permettant de calculer des commissions proportionnellement au chiffre d'affaires. Elle a confirmé le taux d'activité de 60 % de [...] et de 100 % de J._____. Selon elle, ils travaillaient tous les deux bien. Elle a indiqué que J._____ maîtrisait peu l'informatique à son arrivée, mais qu'il s'était assez vite formé, et qu'elle ne pensait pas que la maîtrise de l'allemand et de l'anglais était utile en Suisse romande pour travailler en qualité de représentant, mais que l'une de ces langues était nécessaire lors des séances d'information mensuelles.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse des conclusions, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, était supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, CPC commenté, 2011, nn. 2 ss et 6 ad art. 310 CPC).

3.

3.1 Dans un premier grief, l'appelant conteste que le salaire de l'intimé comprenait une part variable sous forme de commissions. Il se réfère au contrat du 27 août 2012, dont il ressortirait uniquement des perspectives floues à cet égard.

3.2

3.2.1 Saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'attacher à rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO). Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances

antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat. Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait ; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 140 III 86 consid. 4.1 et les réf. citées, JdT 2015 II 181 ; TF 4A_477/2013 du 28 janvier 2014 consid. 2.3).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances ; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Il s'agit là d'une question de droit (ATF 135 III 410 consid. 3.2, SJ 2009 I 429). Pour rechercher la volonté objective des parties, le juge doit se fonder sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs (4A_477/2013 du 28 janvier 2014 consid. 2.3).

3.2.2 Par « commission », il faut entendre la « provision » au sens de l'art. 322b al. 1 CO. Selon cette disposition semi-impérative à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 CO), s'il est convenu que celui-ci a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. La provision est la participation du travailleur, exprimée en pour-cent, à la valeur que représente une affaire qu'il a personnellement conclue ou dont il a préparé la conclusion ; dépendant du résultat du travail, la provision est une forme de salaire payé selon le rendement (Wylser/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., 2014, p. 155 ; ATF 128 III 174 consid. 2b, JdT 2003 I 28).

Le but économique de la provision est de motiver le travailleur et de l'intéresser au résultat de son travail. Pour pouvoir prétendre au versement de la provision stipulée, celui-ci, sauf convention contraire, doit, pendant le rapport contractuel, procurer une affaire concrète ou trouver un

client disposé à conclure. La provision est un mode de rémunération usuel dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 349a CO) (ATF 128 III 174 consid. 2b, JdT 2003 I 28).

Si le travailleur est rémunéré de manière exclusive ou prépondérante par des provisions, 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. Afin d'éviter que l'employeur 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 doit être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions (ATF 139 III 214 consid. 5.1 et les réf. citées).

Le caractère "convenable" d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation. Une provision est convenable si elle assure au travailleur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). On doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des usages de la branche (ATF 129 III 664 consid. 6.1 et les réf. citées). Cependant, l'art. 349a al. 2 CO ne vise pas à assurer au travailleur un salaire minimum indépendant de ses prestations de travail. Si la faiblesse de la rémunération globale fournie par les provisions n'est pas liée au faible montant de ces dernières, mais à une prestation de travail insuffisante, on ne se trouve pas en présence d'une rémunération non convenable (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6e éd., 2015, n. 2 ad art. 349a CO et les réf. citées).

3.3

3.3.1 En l'espèce, les parties ont conclu successivement deux contrats de travail. Celui du 27 août 2012 prévoyait l'engagement de l'intimé en qualité de représentant de commerce jusqu'au 31 décembre 2012. Il résulte des articles 1.1 et 3 qu'il s'agissait d'un contrat conclu

pour la période de formation de l'intimé, qui valait également comme temps d'essai. Le salaire mensuel a été fixé à 3'500 fr. brut pour la durée de ce contrat (cf. article 4.1). L'article 1.2 indique expressément que le contrat qui sera conclu ultérieurement pour la suite de l'engagement de l'intimé comprendra des clauses concernant la partie variable du salaire de celui-ci, soit les commissions. L'article 1.6, qui décrit le cahier des charges du poste, se réfère également au futur contrat d'engagement de l'intimé, devant entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2013, en indiquant qu'une liste plus complète des tâches y sera intégrée. Il résulte de ces éléments que le contrat du 27 août 2012 était destiné à régler les conditions de travail de l'intimé pendant sa période de formation et d'essai de deux mois, aussi bien sous l'angle de la volonté réelle et commune des parties qu'en vertu du principe de la confiance.

Le deuxième contrat conclu par les parties le 3 janvier 2013, après la période de formation et d'essai de l'intimé, prévoit l'engagement de celui-ci pour une durée indéterminée. Le cahier des charges durant la période de formation comprenait le démarchage de clients, la prise de commandes, l'établissement de statistiques, le contrôle des linéaires dans les points de vente et le classement de documents ; le cahier des charges du deuxième contrat comprend le développement et le suivi du portefeuille de clients attribué, le renforcement de la notoriété de l'entreprise et des marques, l'augmentation des parts de marché, l'atteinte des objectifs quantitatifs et qualitatifs, l'identification des opportunités et l'analyse des besoins ainsi que des concurrents, le « reporting » et des activités de marketing. Engagé en qualité de représentant de commerce pour sa formation et son temps d'essai, l'intimé est devenu « Regional Sales Manager » dès le 3 janvier 2013. Alors que l'intitulé de ses tâches et le volume de celles-ci ont changé et ont gagné en importance, son salaire mensuel brut, de 3'500 fr., est resté le même, l'augmentation du salaire à 4'000 fr. n'étant intervenue qu'au mois d'octobre 2013, peu avant son licenciement. En comparaison, [...], employé de l'appelant depuis le mois de février 2014 en qualité de « Sales Manager », perçoit un salaire mensuel brut fixe de 3'200 fr. pour un taux d'activité de 60 %. Par ailleurs, le fait que l'intimé ait été engagé dans un

premier temps pour une période d'essai et de formation de deux mois et que sa clientèle et son rayon d'activité aient été déterminés par l'employeur, évoquent le contrat de voyageur de commerce (cf. art. 349a al. 3 CO et 349b al. 1 CO). Or, dans cette branche, lorsque l'employeur détermine lui-même la clientèle et la zone d'activité de l'employé, celui-ci a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires conclues par lui ou son employeur dans la zone ou avec la clientèle prédéfinies. Ces éléments démontrent que le principe d'une commission comme part variable du salaire constituait un élément essentiel du contrat, comme l'ont à juste titre retenu les premiers juges.

La commune et réelle volonté des parties résulte également du courriel de l'intimé du 23 octobre 2013, par lequel il a réclamé à l'appelant les provisions convenues et auquel celui-ci a réagi par le versement d'un montant de 1'655 fr. 45 en sus du salaire fixe du mois de novembre 2013 - qui était le dernier compte tenu du licenciement intervenu le 31 octobre 2013 pour le 30 novembre suivant. Ce versement est intitulé « commission » sur le décompte de salaire correspondant. Ce décompte indique également, en sus, le versement d'un montant de 600 fr. à titre de prime ; le décompte de salaire du mois de juillet 2013 indique également le paiement de 1'750 fr. à titre de « prime, gratification » pour la période de janvier à juillet 2013. Ainsi, avec les premiers juges, la cour de céans considère que la commission versée au mois de novembre 2013 est indépendante des primes et gratifications allouées à l'intimé à bien plaisir conformément à l'art. 5 ch. 1 et 2 du contrat du 3 janvier 2013.

Les éléments qui précèdent établissent la commune et réelle volonté des parties d'inclure dans la rémunération de l'intimé une part variable, comme annoncé au préalable par le contrat de formation et d'essai du 27 août 2012.

3.3.2 Selon l'appelant, le fait que l'entreprise ne versait pas de part variable de salaire à ses employés résulterait des déclarations des témoins entendus dans le cadre de l'instruction de première instance.

[...] a déclaré qu'on ne lui avait jamais proposé de commission. On ne peut cependant rien déduire de ces affirmations, dans la mesure où, contrairement à l'intimé, il travaillait dans un bureau, n'était pas représentant de commerce et percevait un salaire annuel de quelque 100'000 fr., soit sans commune mesure avec celui de l'intimé. Du reste, ce témoin a déclaré qu'il savait que les commissions étaient un sujet de désaccord, que cela ne le concernait pas car il avait pour sa part un salaire fixe et qu'il avait proposé de laisser la commission des nouveaux clients aux « commerciaux », qu'on lui avait parlé du principe des commissions lors de son engagement mais qu'il n'avait ensuite plus rien entendu à ce sujet et que les « commerciaux » étaient souvent en désaccord avec la direction sur ce point. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelant, ce témoignage ne démontre pas l'absence de versement de commissions aux employés de l'appelant.

Quant au témoin [...], il a déclaré qu'il n'avait pas de problèmes pour toucher son salaire et ses commissions, même s'il y avait eu des retards. Il a ajouté qu'il discutait avec l'appelant et que cela s'était toujours réglé rapidement, dans des délais convenables. Il a précisé qu'il avait une part de salaire forfaitaire, pour une activité au taux de 60 %, de 3'200 fr. brut par mois, et qu'il recevait, pour le reste, une rémunération par rapport aux signatures obtenues des clients, mais qu'il n'avait pas de commission sur le chiffre d'affaires, ce dont il ne s'était pas plaint. Ces déclarations ne permettent pas de nier le principe d'une rémunération prévoyant également le versement d'une commission, dès lors que [...] percevait quasiment le même salaire que l'intimé, alors que son taux d'occupation n'était que de 60 %. Par ailleurs, ce témoin s'est contredit, en déclarant dans un premier temps ne pas avoir de problème pour toucher ses commissions, pour ensuite préciser qu'il ne percevait pas de commissions sur le chiffre d'affaires, mais que lorsqu'il démarchait un nouveau client, il recevait une somme après un certain nombre de commandes, dont il ne connaissait pas le montant.

[...], gestionnaire du stock et de la logistique, a affirmé qu'elle ne connaissait pas la rémunération des représentants, car elle ne

s'occupait que des salaires des employés « en fixe ». Par conséquent, sa déclaration selon laquelle il n'y avait en général pas de commissions dans l'entreprise ni de logiciel permettant de les calculer, est sujette à caution. Le fait de ne pas disposer d'un logiciel pour le calcul des commissions n'est au demeurant pas pertinent pour établir l'inexistence de celles-ci.

3.3.3 Compte tenu de ce qui précède, l'appréciation des premiers juges doit être confirmée et le principe du versement d'une commission doit être admis.

4.

4.1 A titre subsidiaire, l'appelant soutient que l'intimé, qui supporterait le fardeau de la preuve, aurait échoué à établir sa prétention et que le montant des commissions aurait été calculé de manière arbitraire par les premiers juges, qui se sont fondés sur une pièce établie par l'intimé lui-même. Ainsi, pour l'appelant, le fondement de cette prétention est le montant de 1'655 fr. 45, versé pour les mois de septembre et octobre 2013, de sorte que le solde de la prétention de l'intimé à ce titre s'élèverait à 6'621 fr. 80 (1'655 fr. 45 : 2 x 8).

4.2 Aux termes de l'art. 322c al. 1 CO, disposition semi-impérative à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 CO), si le travailleur n'est pas tenu par le contrat d'établir un relevé de ses provisions, l'employeur lui remet à chaque échéance un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision. Par ailleurs, l'employeur fournit les renseignements nécessaires notamment au travailleur qu'il autorise à consulter les livres et les pièces justificatives dans la mesure où le contrôle l'exige (al. 2) (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 156/157).

4.3 En l'espèce, l'art. 1.2 du contrat du 17 avril 2013 prévoit que le rayon d'activité et le portefeuille clients sont déterminés par l'employeur. Ainsi, avec les premiers juges, il y a lieu de retenir que l'activité de l'intimé était largement encadrée par l'appelant, de sorte

qu'il appartenait à celui-ci de remettre à l'intimé, à chaque échéance, un décompte indiquant les affaires donnant droit à une provision.

Or, l'appelant n'a pas produit de tels documents et a même requis et obtenu le retranchement des comptes de pertes et profits pour les années 2012 et 2013 produits par l'intimé, contrairement à son devoir de collaboration. Dans ces conditions, les premiers juges se sont à juste titre fondés sur le décompte établi par l'intimé pour calculer le montant des commissions dues. Il ressort de ce tableau que celui-ci a participé à hauteur de 537'329 fr. sur dix mois (soit à hauteur de 644'795 fr. sur 12 mois) à la réalisation du chiffre d'affaires de la société, qui était de 3 millions de francs en 2013. Le montant de la commission de 11'111 fr. 25 articulé par l'intimé représente 2,067% de la somme de 537'329 francs. Les premiers magistrats ont retenu ces montants, considérant que la productivité de l'appelant était de 20 % plus basse que celle de ses trois autres collègues employés par la société et qu'une commission entre 2 % et 3 % du résultat de l'activité d'un vendeur paraissait convenable compte tenu du domaine d'activité de la société et de l'ensemble des circonstances. Cette appréciation, qui tient compte des éléments figurant au dossier, ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmée.

S'agissant du caractère convenable de la rémunération retenu par les magistrats de première instance par application analogique de l'art. 349a al. 2 CO (cf. consid. 3.2.2 supra), elle n'est pas remise en question par l'appelant, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

5.

5.1 L'appelant critique le montant alloué à l'intimé à titre de prime pour le démarchage de treize nouveaux clients. Sous chiffre 27 de la réponse du 30 janvier 2015, il a allégué qu'il avait effectivement promis à l'intimé une commission de 75 fr. pour chaque nouveau client apportant un chiffre d'affaires minimum de 300 francs. Il reproche cependant aux premiers juges de s'être fondé sur

cet aveu indivisible pour allouer une commission de 75 fr. par nouveau client sans tenir compte de la condition du chiffre d'affaires minimum de 300 francs. Selon l'appelant, seuls huit clients donneraient droit à l'allocation de cette prime.

5.2 L'appelant a proposé de prouver l'allégué 27 par témoins. Or, aucun témoin n'a corroboré le fait que l'obtention de la prime de 75 fr. par nouveau client était soumise à la condition que celui-ci apporte un chiffre d'affaires minimum de 300 fr., ce que l'appelant ne soutient du reste pas. En particulier, le témoin [...] a déclaré qu'il ne connaissait pas la somme perçue après le démarchage d'un client ayant effectué un certain nombre de commandes. Le témoin [...] a déclaré qu'il ne savait pas que l'intimé percevait une somme de 75 fr. par nouveau client. Dans ces conditions, les premiers juges ont à juste titre retenu qu'une commission de 75 fr. était due pour chaque nouveau client amené, quel que soit le chiffre d'affaires correspondant.

Pour calculer le montant total des commissions dues, les premiers magistrats se sont fondés sur la liste établie par l'intimé, qui chiffre ceux-ci à quatorze. Ils ont réduit ce nombre à 13, dès lors que le témoin [...] avait affirmé avoir lui-même démarché l'une des sociétés figurant sur la liste de l'intimé. Compte tenu de ce que le fardeau de la preuve incombait à l'appelant (cf. consid. 4.2 supra), il se justifiait de se fonder sur la liste établie par l'intimé, faute d'autres éléments de preuve pertinents. Au demeurant, l'appelant ne conteste pas en soi le nombre de clients figurant sur cette liste - il prétend uniquement que certains d'entre eux n'auraient pas rapporté un chiffre d'affaire d'au moins 300 francs. Dans ces conditions, les premiers juges ont à juste titre alloué à l'intimé un montant de 975 fr. (13 x 75 fr.) à titre de prime pour nouveaux clients.

6.

6.1 L'appelant critique encore la date retenue par l'autorité de première instance comme point de départ des intérêts moratoires. Il prétend que ceux-ci seraient dus dès le 1^{er} décembre 2013, et non dès le 1^{er} novembre 2013.

Selon l'art. 339 al. 1 CO, à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. En l'occurrence, le contrat de travail a été résilié pour le 30 novembre 2013, de sorte que l'appel doit être admis sur ce point et les intérêts moratoires alloués dès le 1^{er} décembre 2013.

7.

7.1 En définitive, l'appel doit être partiellement admis en ce sens que le montant brut de 10'430 fr. 80 alloué à J. _____ porte intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2013.

7.2 Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC), sont mis à la charge de la partie succombante. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC).

Le présent arrêt doit être rendu sans frais judiciaires (art. 114 let. c CPC).

L'appel n'étant que très partiellement admis sur la question du point de départ des intérêts moratoires, qui courent depuis le 1^{er} décembre 2013 au lieu du 1^{er} novembre 2013, l'appelant obtient gain de cause dans une si faible mesure qu'il convient de laisser à sa charge l'intégralité des dépens de première instance, de même que ceux de deuxième instance (cf. TF 4A_207/2015 du 2 septembre 2015, consid. 3.1).

L'intimé aura droit à de pleins dépens de deuxième instance fixés à 1'500 fr., à la charge de l'appelant.

7.3 L'intimé bénéficie de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. Son conseil juridique sera rémunéré équitablement par le canton si les dépens ne peuvent être obtenus de la partie adverse. Le canton est

subrogé à concurrence du montant versé à compter du jour du paiement (art. 122 al. 2 CPC). Dans sa liste des opérations du 12 octobre 2016, Me Habib Tabet, conseil d'office de l'intimé, indique avoir consacré 4,91 heures à la procédure d'appel. Les heures alléguées apparaissent adéquates compte tenu de la difficulté de la cause. L'indemnité d'office due à Me Tabet doit ainsi être arrêtée à 883 fr. 80 (4,91 heures x 180 fr. [art. 2 al. let. a et b RAJ - règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.03]), montant auquel s'ajoute la TVA par 8 %, soit 954 fr. 50 au total.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé au ch. II de son dispositif comme il suit:
 - II. B._____, titulaire de la raison individuelle [...], est reconnu débiteur de J._____ et lui doit immédiat paiement du montant brut de 10'430 fr. 80 (dix mille quatre cent trente francs et huitante centimes), sous déductions des charges sociales et contractuelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2013.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III.** L'indemnité de Me Habib Tabet, conseil d'office de l'intimé J._____ est arrêtée à 954 fr. 50 (neuf cent cinquante-quatre francs et cinquante centimes), débours et TVA compris.
- IV.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, de rembourser l'indemnité de son conseil, mise à la charge de l'Etat.
- V.** L'appelant B._____ doit verser à l'intimé J._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VI.** L'arrêt motivé, rendu sans frais judiciaires de deuxième instance, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 17 octobre 2016, est notifié en expédition complète à :

- Me Eric Stauffacher (pour B._____),
- Me Habib Tabet (pour J._____).

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 15'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :