

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 29 décembre 2016

Composition : M. ABRECHT, président
M. Muller et Mme Merkli, juges
Greffière : Mme Robyr

Art. 336c CO ; 106, 308 al. 1 let a CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **P._____SA**, à [...],
défenderesse, contre le jugement rendu le 16 juin 2016 par le Tribunal de
prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant
l'appelante d'avec **F._____**, à [...], demandeur, et **I._____**, à [...],
intervenante, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 16 juin 2016, dont les motifs ont été envoyés aux parties pour notification le 18 août 2016, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement la demande déposée par F._____ le 7 octobre 2015 (I), a dit que P._____SA était la débitrice de F._____ et lui devait, à titre de salaire, immédiat paiement du montant brut de 10'183 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015, sous déduction des charges sociales et du montant net de 3'531 fr. 75 directement payable à I._____ (II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), a dit que P._____SA était la débitrice de F._____ et lui devait immédiat paiement d'un montant de 2'000 fr. à titre de dépens (IV) et a rendu le jugement sans frais (V).

En droit, les premiers juges ont retenu que F._____ avait bien évoqué sa fatigue lors de son premier entretien téléphonique avec M._____ le 23 octobre 2014, que rien ne permettait d'infirmier le caractère probant du certificat médical du même jour et du rapport complémentaire du 17 avril 2015, que le demandeur n'avait pas refusé de se soumettre à un contrôle médical par le médecin-conseil de l'entreprise et que, partant, son incapacité de travail du 23 octobre au 2 novembre 2014 devait être tenue pour réelle. La défenderesse n'était en particulier pas parvenue à prouver le contraire. En conséquence, la résiliation des rapports de travail du 29 octobre 2014, intervenue en temps inopportun, était nulle. Les premiers juges ont alors constaté que le licenciement avait été renouvelé après l'incapacité de travail, soit le 26 décembre 2014 pour le 28 février 2015, et que le demandeur avait été implicitement libéré de l'obligation de travailler par courrier électronique du 28 janvier 2015. La défenderesse devait donc être reconnue débitrice de F._____ du montant de 10'183 fr., représentant les salaires de janvier et février 2015 et la part du treizième salaire *pro rata temporis*. Les premiers juges ont ensuite considéré que le congé n'était pas abusif, de sorte qu'ils ont rejeté la prétention en indemnité d'un montant de 18'800 francs. Le demandeur obtenant partiellement gain de cause, ils lui ont alloué des dépens de

2'000 fr., compte tenu de la liste des opérations produites, de l'ampleur et de la complexité de l'affaire, ainsi que de la valeur litigieuse.

B. Par acte du 20 septembre 2016, P._____SA a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de dépens de première et deuxième instance, à sa réforme en ce sens que la demande déposée par F._____ le 7 octobre 2015 soit rejetée.

Par réponse du 15 décembre 2016, F._____ a conclu, avec suite de dépens, au rejet de l'appel.

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

1. F._____, né en [...], est domicilié à [...]. Il est père de deux enfants.

P._____SA, dont le siège est à [...], a notamment pour but toute activité commerciale et toute prestation de services dans le domaine de la protection des personnes et des biens comportant notamment la protection rapprochée, la surveillance, le gardiennage, la sécurité d'expositions et de manifestations, l'assistance en cas d'alarmes, le transport et le stockage de valeurs et de documents.

2. Par contrat de travail de durée indéterminée du 4 avril 2012, P._____SA a engagé F._____ en qualité d'agent de sécurité à plein temps à compter du 1^{er} juillet 2012. Sa tâche principale consistait à assurer différents services de surveillance en uniforme ou en civil. Selon sa fiche de salaire du mois de décembre 2014, F._____ réalisait un salaire mensuel brut de 4'700 fr., allocations familiales par 460 fr. et treizième salaire en sus.

3. Le 23 octobre 2014, en début d'après-midi, F._____ et M._____, chef de brigade et responsable de la planification du travail dans le canton de Vaud, ont eu plusieurs entretiens téléphoniques successifs concernant des problèmes rencontrés par F._____ avec son véhicule et, partant, pour assurer son service le soir-même à [...].

A 15h03, M._____ a envoyé à F._____ un courriel dont la teneur est la suivante : « J'ai bien pris note du problème que tu as rencontré avec ton véhicule. Afin de faciliter au mieux tes trajets dans les transports en commun que tu m'as dit ne pas maîtriser, je te mets en pièces jointes les itinéraires à prendre pour arriver sur ton lieu de travail avant 2300 et repartir dès 0710. Merci de t'organiser ainsi pour assurer ton service. (...) ».

Peu avant 16 heures, F._____ a téléphoné au secrétariat de P._____ SA. Il a informé T._____, secrétaire, qu'il était en arrêt maladie. L'entretien téléphonique a été enregistré et versé au dossier.

Le même jour à 17h01, M._____ a envoyé à X._____, alors directeur adjoint de P._____ SA, un courriel concernant F._____ dont la teneur est la suivante :

«1406 Appel manqué de F._____
1421 Appel manqué de F._____
1438 Je rappelle l'agt F._____. Contenu de la discussion :

F._____
Véhicule en panne, passé la journée à voir pour trouver un garage et remettre sa voiture en état. N'ayant pas de moyen de locomotion, l'agt F._____ m'annonce qu'il ne pourra pas assurer son service ce soir.

M._____
Si tu n'as pas de voiture, il est toujours possible de prendre le train

F._____
Je ne sais même pas s'il y a un train pour arriver sur site à l'heure et le matin pose probablement problème. Je sais que j'ai encore le temps pour me reposer donc ce n'est pas le problème mais me déplacer en train est un soucis (sic).

M. _____
Très bien je vais voir ce que je peux faire.

Sur ce je consulte Maps google et constate qu'il n'y a aucun soucis de transports pour rejoindre son lieu de travail avec les transports en communs (voir email en pièce jointe).

1503 Envoi de l'Email en pièce jointe comportant les trajets Vevey-Préverenges et Préverenges-Vevey

15h35 Envoi d'un SMS à F. _____ « Salut regarde ta boîte emails ».

1550 Appel de F. _____. Contenu :

F. _____
Ne comprends pas mon envoi d'email. Affirme qu'il n'est pas bête et qu'il est tout-à-fait capable de trouver l'itinéraire pour se rendre à Préverenges.
Il dit qu'il n'a pas eu assez de repos aujourd'hui et qu'il ne sera pas apte au service.

M. _____
Refuse l'argument du sommeil. En effet, au premier appel F. _____ a très clairement affirmé qu'il avait le temps de dormir mais que le soucis était dans les moyens de locomotions.

F. _____
Trop compliqué de prendre le train.

M. _____
F. _____ doit assumer un service, ce n'est pas à M. _____ de s'inquiéter du moyen utilisé pour que F. _____ arrive sur le site.
Beaucoup de personnes se déplacent en transports en commun, c'est possible.

F. _____
Ce n'est pas mon problème que des autres personnes se déplacent ainsi, pour moi c'est trop compliqué.

M. _____
Maintenant c'est ton problème au vu de la panne de ton véhicule.

F. _____
« Haa c'est comme ça ? » Parle d'une autre situation où un agent avait été conduit sur son lieu de travail par la patrouille.

M. _____
Situation tout-à-fait différente. Conclu en disant que F. _____ doit assumer son service, par le moyen qu'il veut mais il doit prendre son service ce soir.

F. _____
Ok tu veux la jouer comme ça ? Je t'annonce que je suis malade.

M. _____
Fin de la discussion, raccroche.

1555 F. _____ appelle au bureau : J'appelle pour annoncer que je suis malade ». T. _____ : « Pour combien de temps ? Avez-vous un certificat médical ? » F. _____ : « Non pas encore, je vais d'urgence chez le médecin et je vous le transmets quand je l'ai. C'est pour une raison de fatigue »

(...) »

Le 23 octobre 2014 vers 20 heures, F. _____ s'est rendu à l'Hôpital Riviera-Chablais, à Vevey. Le Dr G. _____, de garde, a établi un certificat médical selon lequel F. _____ nécessitait un arrêt de travail à 100% pour raisons de santé du 23 octobre au 2 novembre 2014.

4. Par courrier recommandé du 27 octobre 2014, P. _____ SA a informé F. _____ qu'ensuite de son arrêt de travail pour raison médicale, elle souhaitait obtenir un second avis par un médecin de son choix. Elle lui a dès lors enjoint de se rendre à un rendez-vous pris chez le Dr O. _____, à [...], le mercredi 29 octobre 2014 à 10 heures.

Le matin du 29 octobre 2014, F. _____ a téléphoné à P. _____ SA pour l'informer qu'il ne pouvait pas se rendre chez le Dr O. _____. Cette conversation téléphonique a été enregistrée. F. _____ a invoqué le délai très court séparant le moment où il avait été informé du rendez-vous et la date de celui-ci et a expliqué qu'il n'avait pas de moyens pour s'y rendre. Il a alors demandé à son interlocutrice, A. _____, assistante des ressources humaines, qu'un nouveau rendez-vous médical lui soit agendé. Après avoir essayé de transmettre l'appel à X. _____, A. _____ a informé F. _____ que le précité n'était pas disponible mais qu'elle prenait bonne note de son absence audit rendez-vous. F. _____ a encore expliqué qu'il ne disposait pas de voiture, qu'il ne pouvait prendre le train et qu'il fallait qu'on déplace le rendez-vous. A. _____ lui a répondu qu'elle allait transmettre à X. _____.

P._____SA n'a pas rappelé F._____ et ne lui a pas fixé de nouveau rendez-vous.

5. Par courrier recommandé du 29 octobre 2014, P._____SA a résilié le contrat de travail de F._____ avec effet au 31 décembre 2014. Elle a fait valoir que son refus de prendre son service le 23 octobre était considéré comme un abandon de poste et qu'il le mettait en position de faute grave. Par ailleurs, son refus de se présenter à la consultation médicale auprès de son médecin-conseil confirmait ses doutes quant à la réalité de son arrêt maladie. Elle a en outre attiré l'attention de F._____ sur le fait qu'en cas de nouvel écart de sa part, elle se réservait le droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat.

Par courrier du 3 novembre 2014, F._____ a déclaré s'opposer à son licenciement. Il a invoqué l'illégalité de ce licenciement signifié pendant son arrêt maladie. Il a en outre fait valoir qu'il était d'accord de voir un autre médecin, mais dans un délai plus long que celui qui avait été précédemment fixé dans les 24 heures et auquel il n'avait pu se rendre, ce dont il avait informé le bureau.

Le 5 novembre suivant, P._____SA a informé F._____ qu'elle maintenait la résiliation des rapports de travail. Elle a précisé que l'argument donné pour ne pas se rendre chez le médecin-conseil, soit qu'il n'avait pas d'argent pour payer le transport faute de versement de son salaire, n'était pas recevable.

Le 11 décembre 2014, F._____ a invoqué la nullité de la résiliation des rapports de travail survenue pendant son incapacité de travail.

Par courrier du 26 décembre 2014 remis en main propre, P._____SA a informé F._____ que la résiliation des rapports de travail du 29 octobre 2014 était valable mais que, si par impossible elle devait se révéler nulle, la résiliation était reportée au prochain terme, soit au 28 février 2015.

Le 23 janvier 2015, F._____ a demandé que lui parvienne son planning de travail jusqu'au 28 février 2015. A défaut, il partait du principe qu'il était libéré de son obligation de travailler.

F._____ a reçu par courriel du 27 janvier 2015 le planning de ses services pour le mois de février 2016. Le lendemain, P._____SA lui a toutefois communiqué que ce courriel était une erreur et qu'aucun service ne lui était planifié pour le mois de février 2016.

Par courrier du 25 février 2015, F._____ a signifié à P._____SA son opposition à son licenciement renouvelé le 26 décembre 2014, faisant valoir qu'il était abusif au sens de l'art. 336 CO.

6. I._____ a versé des prestations de chômage en faveur de F._____ pour la période du 23 janvier au 28 février 2015, pour un montant de 3'531 fr. 75.

7. Le 17 avril 2015, le Dr G._____ a établi un rapport médical dont la teneur est la suivante :

« Le médecin soussigné atteste avoir vu en consultation d'urgence à la maison de la garde à Vevey (Samaritain) la personne susnommée le 23 octobre 2014 à 20h00.

La consultation a été motivée par des douleurs dorsales importantes et des troubles de l'humeur.

Cliniquement, je constate une importante contracture paravertébrale bilatérale au niveau de D10-D12. Les mouvements de rotation et la flexion antérieure déclenchent de vives douleurs.

Dans la même consultation, Monsieur F._____ me fait part de la fatigue et de la tristesse qui accompagnent sa situation professionnelle difficile. Il pleure, se dévalorise et présente des troubles du sommeil.

Un traitement d'anti-inflammatoire, antalgie, myorelaxant et gastro-protecteur lui a été prescrit.

Pour ces deux raisons et à cause d'un travail nocturne physiquement et psychologiquement éprouvant (marcher, rester éveillé, rester debout, rester attentif et concentré), une incapacité de travail à 100% lui a

été délivrée du 23 octobre au 2 novembre 2014. Cette incapacité de travail faisait partie du traitement avec une mise au repos.

La situation devait être réévaluée par la suite par son médecin traitant le Dr [...] à [...] (en vacances à cette période).

Ce courrier est effectué à la demande de Monsieur F. _____ et lui est remis pour son propre usage. »

8. Le 7 octobre 2015, F. _____ a déposé auprès Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne une action en paiement contre P. _____ SA. Il a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que celle-ci soit astreinte à lui verser un montant brut de 10'183 fr. 35 (I), un montant net de 920 fr. (II) et un montant net de 18'800 fr. (III), le tout avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015.

Par courrier du 8 juillet 2015, I. _____ a déposé une requête en intervention, au pied de laquelle elle a conclu à sa subrogation dans les droits du demandeur à hauteur de 3'531 fr. 75, avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 janvier 2015.

Par réponse du 18 janvier 2016, P. _____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande.

9. Deux audiences des débats principaux ont eu lieu les 18 et 19 mai 2016. Lors de cette audience, G. _____, M. _____, A. _____ et T. _____ ont été entendus en qualité de témoins. F. _____ et V. _____ ont pour leur part été interrogés en qualité de parties.

9.1 T. _____ a déclaré qu'elle travaillait pour le compte de P. _____ SA depuis février 2014 en qualité de secrétaire, notamment à la réception. Elle s'est rappelée avoir reçu un téléphone de F. _____ le 23 octobre 2014 dans l'après-midi, après que M. _____ s'était entretenu avec l'intéressé. F. _____ lui avait indiqué qu'il était en arrêt maladie, sur quoi elle lui avait demandé s'il était allé voir un médecin et s'il avait un certificat médical. Elle ne pouvait toutefois se souvenir de sa réponse, ni s'il lui avait indiqué les motifs de sa maladie. T. _____ a déclaré penser que les conversations téléphoniques étaient enregistrées mais ignorer si

elles étaient écoutées et si les personnes étaient averties de cet enregistrement.

9.2 A._____ a indiqué qu'elle travaillait pour le compte de P._____SA depuis octobre 2014 en qualité d'assistante des ressources humaines. Elle s'est rappelée avoir eu F._____ au téléphone le 29 octobre 2014 mais a déclaré ne pas se souvenir de la teneur de cet entretien. Elle a confirmé que les conversations téléphoniques étaient enregistrées mais a précisé ignorer si les personnes en étaient informées.

9.3 M._____ a expliqué travailler pour le compte de P._____SA depuis mars 2012. Engagé comme agent de sécurité puis chef de brigade en mars 2013, il a déclaré encore occuper cette fonction à ce jour. Il a confirmé avoir travaillé avec F._____. Il a expliqué qu'à son souvenir, le 23 octobre 2014, F._____ l'avait contacté en fin de matinée par téléphone car il avait un problème avec son véhicule automobile. Il lui avait expliqué qu'il était compliqué pour lui de se rendre « sur site » en transports en commun, que ce n'était pas une question de temps de repos mais qu'il n'avait pas l'habitude des transports en commun et que cela lui occasionnait trop de problèmes. M._____ avait dès lors raccroché en indiquant qu'il allait se renseigner sur ce qui était faisable. Après consultation des trajets en transports public sur internet, il avait transmis à F._____ par mail les informations lui permettant de faire ces déplacements. Celui-lui l'avait rappelé en se disant surpris par son courriel et en faisant valoir que d'autres collaborateurs avaient bénéficié d'un transport sur place par une patrouille. M._____ lui avait alors déclaré qu'une telle solution pouvait être envisagée dans un cas d'urgence mais que, dans le cas présent, il avait plus d'une dizaine d'heures pour s'organiser. F._____ aurait alors mal réagi à ses propos et déclaré « si c'est comme ça, je suis malade ». Selon M._____, ces appels avaient eu lieu soit en fin de matinée soit en début d'après-midi vers 14h00. M._____ a expliqué que le temps laissé aurait été suffisant pour qu'il trouve le cas échéant un remplaçant à F._____ mais qu'il n'avait pas fait cette démarche car il estimait globalement qu'il était possible à ce dernier de se rendre sur place.

9.4 Le Dr G. _____ a confirmé l'intégralité du contenu de son rapport du 17 avril 2015. Il a répété qu'à son sens, le trouble physique doublé d'un trouble de l'humeur dans lequel F. _____ s'était présenté lors de la consultation du 23 octobre 2014 justifiait une pleine incapacité de travail. Il a ajouté que la nature de l'activité professionnelle du patient avait également été un facteur pris en compte dans son appréciation médicale. Il a exposé qu'il avait l'habitude, lorsqu'il était de garde, de prescrire une incapacité de travail de 4 à 5 jours dans les situations de ce type, avant une nouvelle évaluation. Dans le cas de F. _____, la durée d'incapacité de 10 jours avait été influencée par le fait que son médecin traitant était en vacances à cette période. Selon son analyse, l'état de F. _____ ne l'empêchait pas de prendre le train pour une durée d'une demi-heure. Enfin, il a ajouté avoir établi son diagnostic du trouble de l'humeur sur les dires du patient et sur les expressions physiques qu'il manifestait alors, telles les pleurs.

9.5 F. _____ a qualifié ses rapports professionnels avec son ex-employeur de corrects, respectivement de bons avec ses anciens collègues et supérieurs. Il a indiqué qu'aucun reproche sur la qualité de son travail ne lui avait été adressé si ce n'était, il y avait longtemps, une remarque sur son rasage. S'agissant du rendez-vous médical du 29 octobre 2014, F. _____ a expliqué avoir appelé le bureau le matin du rendez-vous pour annoncer qu'il ne pouvait pas s'y rendre car son véhicule privé était toujours en panne et qu'il avait demandé qu'un autre rendez-vous lui soit fixé, plus tard dans la journée ou un autre jour. Il a en outre exposé ne pas avoir une grande habitude de prendre les transports publics, utilisant en général sa voiture, mais qu'il pouvait se débrouiller. A la question de savoir pourquoi il n'avait pas pu trouver un garagiste prêt à réparer son véhicule le 23 octobre 2014, il a répondu que l'importance de la panne et des frais à engager nécessitaient qu'il obtienne préalablement un devis et qu'il n'avait pas de garagiste de confiance prêt à exécuter des travaux en urgence. Il a précisé que sa voiture était encore aux soins d'un dépanneur ce jour-là et que, jusqu'à la réparation effective de son véhicule, il n'avait pas eu à se déplacer, sinon pour la consultation

médicale auprès du Dr G._____, à laquelle son beau-frère l'avait conduit. Sans pouvoir préciser la date, F._____ a déclaré qu'il s'était rendu chez son médecin traitant au retour des vacances de celui-ci, lequel ne lui avait pas prescrit de nouvel arrêt de travail. F._____ a encore confirmé qu'il avait appelé M._____ le 23 octobre 2014 pour l'informer qu'il ne trouvait pas de solution pour réparer sa voiture. Il a assuré lui avoir également parlé de son état de fatigue, lequel résultait du fait qu'il avait enchaîné deux gardes de nuits entre le 22 et le 23 octobre 2014 et qu'en raison des problèmes liés à sa voiture, il accusait un passif d'une trentaine d'heures sans sommeil. Il a conclu en expliquant qu'à l'époque des faits, il était épuisé et que son mal de dos qui traînait s'était intensifié avec le régime de travail de nuit.

9.5 V._____, directeur de P._____SA, a exposé qu'il était à l'époque des faits le responsable opérationnel avec pour tâches notamment d'encadrer le planificateur M._____. Il n'était pas présent lors des entretiens téléphoniques du 23 octobre 2014 et ignorait tout ce qui avait touché au suivi de cet épisode, alors en charge de X._____. V._____ a encore expliqué que l'attitude générale du demandeur lors des événements des 23 et 29 octobre 2014 avait fortement atteint les relations de confiance entre les parties, au point qu'il n'y en avait presque plus. A la question de savoir pour quels motifs P._____SA n'avait alors pas signifié de congé avec effet immédiat, dans la mesure où elle reprochait à F._____ un abandon de poste, V._____ a répondu qu'agir de telle manière ne conduisait à un licenciement immédiat que dans les cas extrêmement graves. Il a en outre précisé qu'en juillet 2014, il avait lui-même notifié à F._____ un avertissement écrit pour non-respect des directives d'entreprise.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al.1 let. a CPC), dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est supérieure à 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

3.

3.1 L'appelante invoque une appréciation erronée des faits. Elle reproche aux premiers juges d'avoir retenu que la chronologie des échanges qui s'étaient tenus entre les parties était incertaine. Elle fait valoir qu'il y aurait eu au moins deux conversations téléphoniques distinctes et que leur chronologie ressortirait tant des pièces n^{os} 101 et 102 que des déclarations de M._____. Il en résulterait que l'intimé n'aurait évoqué ni fatigue ni problème médical lors du premier entretien téléphonique. Pour le surplus, le certificat médical aurait été établi sur la

seule base des affirmations de l'intimé, ce qui lui ôterait toute force probante. L'appelante fait également valoir que les vacances du médecin traitant de l'intimé n'étaient pas de nature à prolonger l'incapacité de travail de celui-ci au-delà de cinq jours. Enfin, l'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir examiné si les excuses invoquées par l'intimé en rapport avec la convocation chez le médecin-conseil étaient justifiées. L'intimé aurait reconnu lui-même avoir disposé de 24 heures pour s'organiser, ce qui aurait été suffisant. Il se serait dès lors dérobé au contrôle médical.

3.2

3.2.1 L'art. 26 al. 1 OLT 3 (ordonnance relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, protection de la santé ; RS 822.11) interdit l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. Lorsque de tels systèmes 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). Si l'employeur peut justifier par des motifs objectifs légitimes l'utilisation de tels systèmes, ceux-ci sont admissibles à la condition qu'ils respectent le principe de la proportionnalité, de manière à ce que l'atteinte soit la moins intrusive au regard de la personnalité du travailleur. Plus l'atteinte est faible et plus le système sera admissible, en présence de différentes solutions techniquement possibles. Les motifs justificatifs légitimes comprennent notamment la planification du travail (y compris la connaissance de l'emploi du temps journalier des travailleurs et le respect des horaires de travail). Sont notamment admissibles l'enregistrement de conversations téléphoniques entrantes d'un call-center. Selon l'art. 179quinquies CP, n'est pas punissable en vertu des art. 179^{bis} al. 1 et 179^{ter} al. 1 celui qui, en tant qu'interlocuteur ou en tant qu'abonné de la ligne utilisée, aura enregistré des conversations téléphoniques avec des services d'assistance, de secours ou de sécurité (let. a) ou portant sur des commandes, des mandats, des réservations ou d'autres transactions commerciales de même nature, dans le cadre de relations d'affaires (let. b). Les art. 179bis al. 2 et 3 et 179ter al. 2 CP s'appliquent par analogie à

l'utilisation des enregistrements (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, pp. 327s).

Il ressort en outre du site internet de la Confédération consacré à la protection des données que les conversations téléphoniques des employés ne peuvent être enregistrées par l'employeur que dans le cadre d'un contrôle des prestations ou pour des raisons de sécurité; cette mesure doit cependant respecter les principes généraux de protection des données ainsi que l'art. 26 OLT 3. Les personnes concernées doivent être informées à temps et de manière claire avant l'enregistrement et la surveillance ne doit pas être constante ou systématique. L'employeur doit recourir à d'autres moyens que la surveillance des appels téléphoniques pour faire respecter l'interdiction d'utiliser le téléphone à des fins privées (p.ex. en prévoyant que les communications externes transitent par une centrale ou ne soient possibles qu'avec certains appareils) (<https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00807/00828/index.html?lang=fr>).

3.2.2 En l'espèce, bien que la question n'ait pas été soulevée, il n'apparaît pas – au vu du dossier – que l'intimé ait été informé des enregistrements de ses appels téléphoniques des 23 et 29 octobre 2014. La question de la licéité de ces enregistrements à la lumière des principes rappelés ci-dessus peut cependant demeurer indéçise. D'une part, le jugement est fondé sur la retranscription écrite de ces enregistrements, ce qui, à tout le moins sous l'angle de l'art. 179bis CP, n'est pas problématique (Dupuis et al., Petit commentaire du code pénal, 2012, n. 14 ad art. 179bis CP, qui précise que le fait de copier ou de convertir un enregistrement déjà existant ne fait pas l'objet de cette disposition). D'autre part, l'appréciation des preuves par la cour de céans permet d'aboutir au même résultat que celui auquel sont parvenus les premiers juges (cf. consid. 3.3 ci-après).

3.3

3.3.1 Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité

de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service (al. 1 let. b). Le congé donné pendant cette période est nul (art. 336c al. 2 CO).

En l'espèce, le contrat de travail de l'intimé a été résilié le 29 octobre 2014 alors que celui-ci avait produit un certificat médical selon lequel son état de santé nécessitait un arrêt de travail à 100% du 23 octobre au 2 novembre 2014. L'appelante conteste la réalité de la maladie de l'intimé, la force probante du certificat médical émis le 23 octobre 2014 et la durée de l'incapacité de travail fixée dans ce certificat.

3.3.2 Si le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu quant à l'incapacité de travail qui y est constatée, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses (TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008 consid. 3.4 et les références citées ; Juge délégué CACI 26 février 2015/96 ; Wyler, op. cit., p. 227).

En l'espèce, il ressort du courriel que M. _____ a envoyé le 23 octobre 2014 à 17h01 à X. _____ qu'entre 14h38 et 15h50, l'intimé a évoqué lors de deux entretiens téléphoniques successifs la panne de son véhicule, puis sa fatigue, avant d'évoquer la possibilité qu'une patrouille le conduise sur le lieu où il devait prendre son service. Face à ces éléments, son supérieur est resté intransigeant, lui enjoignant d'assumer son service - prévu de 23 heures à 7 heures du matin - par n'importe quel moyen. Le fait que l'intimé aurait répondu « Ok tu veux la jouer comme ça ? Je t'annonce que je suis malade. » - pour autant qu'il soit avéré dès lors qu'il ne découle que de la retranscription de M. _____ - n'a pas la portée que veut lui attribuer l'appelante. En effet, on ne peut ni en déduire que l'état de fatigue de l'intimé n'était pas réel ni exclure que ce soit l'intransigeance de son supérieur qui l'ait amené à en faire état. Après la fin de la conversation, soit vers 15h55, l'intimé a ainsi appelé le bureau de l'appelante afin d'annoncer qu'il était malade et qu'il allait consulter en

urgence pour une raison de fatigue. Le fait qu'il n'ait eu son rendez-vous qu'à 20 heures n'est pas non plus déterminant dès lors que son médecin traitant était en vacances, qu'il n'avait pas de voiture et qu'il a donc dû se faire véhiculer par un proche jusqu'à l'hôpital pour voir un médecin de garde, l'attente étant au surplus régulière dans ce genre d'endroit. L'appréciation des premiers juges selon lequel le comportement de l'intimé ayant précédé l'incapacité de travail ne permet pas d'infirmier la force probante du certificat médical est ainsi pertinente et peut être confirmée par adoption de motifs.

Il convient dès lors d'examiner la valeur elle-même du certificat médical contesté. Contrairement à ce que prétend l'appelante, en se fondant sur un arrêt du Tribunal fédéral 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, on ne peut exclure en l'espèce la force probante d'un certificat médical parce qu'il reposerait dans une très large mesure sur les seules affirmations du travailleur. En l'espèce, le Dr G._____ a posé le diagnostic de troubles de l'humeur et de douleurs dorsales importantes. Si l'intimé a fait part au médecin de sa fatigue - démontrant du reste par là-même qu'il était constant quant à cette plainte - et de sa tristesse accompagnant sa situation professionnelle difficile, le médecin a également constaté que son patient pleurait et se dévalorisait. Il a déclaré lors de son audition qu'il avait établi son diagnostic du trouble de l'humeur non seulement en fonction des dires du patient, mais également sur la base des expressions physiques que celui-ci manifestait. Par ailleurs, le Dr G._____ a constaté physiquement que l'intimé présentait une importante contracture para-vertébrale bilatérale au niveau de D10-D12 et que les mouvements de rotation et la flexion antérieure déclenchaient de vives douleurs. Le médecin a précisé que c'était pour ces deux raisons et à cause d'un travail nocturne physiquement et psychiquement éprouvant (marcher, rester éveillé, rester debout, rester attentif et concentré) qu'il avait délivré une incapacité de travail à 100% du 23 octobre au 2 novembre 2014, cette incapacité faisant partie du traitement avec une mise au repos. Les développements clairs du médecin dans son certificat complémentaire du 17 avril 2015 et lors de son audition emportent la conviction, à l'instar de celle exprimée par les premiers juges, sur le fait

que le certificat médical établi le 23 octobre 2014 n'était pas un certificat de complaisance fondé sur les seules affirmations de l'intimé.

L'appelante tire argument des propos du médecin selon lesquels il avait l'habitude dans les situations de ce type de prescrire une incapacité de travail de 4 à 5 jours pour soutenir que l'incapacité de travail réelle ne dépassait pas cette durée. L'argument est toutefois mal fondé. Le Dr G. _____ a précisé qu'il prescrivait une telle incapacité avant une nouvelle évaluation. Or, dans le cas de l'intimé, une telle évaluation n'était pas possible car le médecin traitant était en vacances. Il apparaît ainsi que le médecin de garde a évalué d'emblée la durée de l'incapacité - à dix jours - au lieu de procéder « comme d'habitude » et de prescrire une courte incapacité à réévaluer. Les propos du Dr G. _____ ne permettent dès lors nullement de mettre en doute la durée de l'incapacité de travail de l'intimé. Quant au fait que le médecin traitant n'a pas reconduit son incapacité de travail, il ne permet pas d'en déduire que l'incapacité de dix jours n'était pas justifiée et n'autorise pas l'appelante à substituer son appréciation de l'évolution de l'état de santé de l'intimé à celle du médecin de garde. Au contraire, on peut déduire de ce constat que le traitement médicamenteux et l'arrêt de travail prescrit par le Dr G. _____ avaient atteint le but recherché, à savoir permettre à l'intimé de réintégrer son emploi en bonne santé.

Pour le surplus, il convient de relever que l'intimé a fourni des explications plausibles quant à son état de fatigue : il a expliqué qu'il avait enchaîné deux gardes de nuits, ce qui n'a pas été remis en cause par l'appelante, et qu'en raison des problèmes liés à sa voiture, il accusait un passif d'une trentaine d'heures sans sommeil. Il a encore expliqué qu'à l'époque des faits, il était épuisé et que son mal de dos, qui traînait, s'était intensifié avec le régime de travail de nuit. Ces allégations sont confirmées par les constatations objectives du médecin de garde.

3.3.3 Les parties n'ont pas contesté le droit pour l'employeur de faire vérifier l'existence et le degré de l'empêchement de l'employé par un médecin-conseil, ce dernier devant s'y soumettre conformément à son

devoir de diligence (art. 321a CO). Il n'est pas non plus contesté que l'employeur devait pouvoir réagir rapidement pour que l'examen puisse présenter une certaine actualité (cf. Wyler/Heinzer, op. cit., p. 229).

En l'espèce, l'appelante a enjoint à l'intimé de se rendre chez son médecin-conseil à [...] le 29 octobre 2014, à 10 heures, par courrier recommandé du 27 octobre, reçu au plus tôt le 28 octobre. Le matin du 29 octobre 2014, l'intimé a appelé son employeur pour l'informer qu'il ne pouvait pas se rendre au rendez-vous et pour demander qu'on lui fixe un nouveau rendez-vous médical. Certes, le Dr G. _____ a déclaré lors de son audition que l'état de santé de l'intimé ne l'aurait pas empêché de prendre le train pour une durée d'une demi-heure (durée du trajet entre [...] et [...]). L'intimé n'a toutefois pas refusé de se rendre à cette consultation : il a demandé qu'on lui fixe un nouveau rendez-vous. Or l'appelante n'a pas réagi et n'a pas fixé à l'intimé une nouvelle date pour procéder à un contrôle. Dans ces conditions, on ne peut reprocher à l'intimé de s'être délibérément soustrait à la visite médicale chez le médecin-conseil,

Partant, on ne saurait considérer que le certificat médical n'a pas de valeur probante et la résiliation du contrat de travail intervenue le 29 octobre 2014, soit pendant l'incapacité de travail, est nulle. L'appel sur ce point est dès lors mal fondé.

4.

4.1 L'appelante fait valoir que la décision des premiers juges d'allouer des dépens à l'intimé contrevient aux art. 106 al. 2 et 107 al. 1 let. a CPC. Elle relève que l'intimé, dont les prétentions s'élevaient à 29'903 fr. 35, n'a en définitive obtenu que 10'183 fr., soit 34% de ses prétentions. C'est donc lui qui lui devrait des dépens de première instance.

L'intimé pour sa part considère que l'allocation de dépens était justifiée, dès lors que les mémoires respectifs des parties et les débats à l'audience n'auraient porté que sur le licenciement en temps inopportun,

prétention sur laquelle il aurait obtenu gain de cause non seulement sur le principe mais également sur le montant. L'intimé fait également valoir que l'appelante avait conclu au rejet de la demande et qu'elle a succombé sur le principe.

4.2 A teneur de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais – qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 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). Pour déterminer dans quelle mesure chaque partie a succombé, il faut en principe comparer ce que chaque partie obtient par rapport à ses conclusions (Tappy, CPC commenté, n. 34 ad art. 106 CPC). Il faut tenir compte de l'ensemble des conclusions prises, qu'elles soient principales ou reconventionnelles, condamnatoires ou constatatoires, y compris des conclusions en rejet des conclusions adverses ou en négation de droit (Tappy, op. cit., n. 14 ad art. 106 CPC).

Selon l'art. 5 TDC (Tarif des dépens en matière civile, RSV 270.11.6), en procédure simplifiée, le défraiement de l'avocat pour une valeur litigieuse comprise entre 10'001 fr. et 20'000 fr. se situe entre 1'500 fr. et 5'000 francs.

4.3 En l'espèce, l'intimé avait conclu en première instance au paiement des montants de 10'183 fr. 35, 920 fr. et 18'800 fr., pour un total de 29'903 fr. 35. L'appelante pour sa part avait conclu, avec dépens, au rejet de ces conclusions. L'intimé a finalement obtenu 10'183 fr., soit un tiers de ses prétentions, et succombe pour deux tiers.

La charge des dépens est évaluée au vu de la procédure de première instance à 4'800 fr. pour chaque partie, de sorte que, compte tenu de ce que les dépens doivent être mis à la charge du demandeur à raison de deux tiers et de la défenderesse à raison d'un tiers, le demandeur versera en définitive à la défenderesse la somme de 1'600 fr. à titre de dépens.

5. En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le jugement réformé en ce sens que le demandeur doit verser à la défenderesse la somme de 1'600 fr. à titre de dépens de première instance.

L'appelante n'obtient que très partiellement gain de cause en appel, soit sur la seule question des dépens. La charge des dépens étant évaluée à 2'100 fr. (cf. art. 8 TDC), l'intimé versera ainsi à l'appelante la somme de 700 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Il ne sera pas perçu de frais judiciaires, s'agissant d'un litige portant sur un contrat de travail dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 fr. (art. 114 let. c CPC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Le jugement est réformé à son chiffre IV comme il suit :

IV. Dit que F._____ doit verser à P._____SA la somme de 1'600 fr. (mille six cents francs) à titre de dépens de première instance.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

III. L'intimé F._____ doit verser à l'appelante P._____SA la somme de 700 fr. (sept cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

IV. 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 3 janvier 2017, est notifié en expédition complète à :

- Me Olivier Subilia (pour P. _____ SA),
- Me Jean-Christophe Oberson (pour F. _____),
- I. _____,

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 30'000 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 :