

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 mai 2018

Composition : M. ABRECHT, président
Mmes Giroud Walther, juge, et Cherpillod, juge suppléante
Greffière : Mme Boryszewski

* * * * *

Art. 337b, 337c et 337d CO

Statuant sur l'appel interjeté par **J.**_____, à Vevey, défenderesse, contre le jugement rendu le 6 novembre 2017 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **R.**_____, à [...], et **X.**_____, à [...], demandeurs, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 6 novembre 2017, le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis les conclusions de la demande déposée le 25 janvier 2017 par R. _____ (I), a dit que J. _____ était la débitrice de R. _____ de la somme brute de 18'142 fr. 30 et lui devait immédiat paiement de ce montant, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2016 (II), a dit que sur le montant exposé sous chiffre II ci-dessus, un montant net de 10'212 fr. 10, intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2016 en sus, serait versé à la X. _____ (III), a dit que J. _____ était la débitrice de R. _____ de la somme nette de 4'400 fr. et lui devait immédiat paiement de ce montant, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2016 (IV), a dit que J. _____ était la débitrice de R. _____ de la somme de 500 fr. à titre de dépens (V), a rejeté toutes autres et plus amples conclusions (VI) et a rendu le jugement sans frais (VII).

En droit, les premiers juges ont en substance retenu que la défenderesse n'était pas en droit de licencier le demandeur avec effet immédiat pour abandon d'emploi, ce quand bien même ce dernier ne s'était pas présenté à son travail le 19 juillet 2016 à 3h00. Ils ont en effet considéré qu'au vu des circonstances floues qui entouraient les dates de vacances du demandeur et de la récupération de ses heures supplémentaires, la défenderesse aurait dû être plus active dans les démarches entreprises pour contacter le demandeur. En particulier, l'avertissement envoyé le 19 juillet 2016 et notifié uniquement le 2 août suivant, ordonnant au demandeur de réintégrer son poste de travail au plus tard le 22 juillet 2016 à 3h00, ne pouvait pas en raison des délais postaux, même s'il avait été retiré à la première occasion, permettre au demandeur de réintégrer son poste le 22 juillet 2016. Les premiers juges ont ainsi retenu que les rapports de travail du demandeur avaient été résiliés de manière injustifiée et que dès lors, c'était le délai de congé ordinaire de deux mois prévu par le contrat qui devait s'appliquer, soit pour la fin du mois d'octobre 2016. Le demandeur avait par conséquent droit à ce qu'il aurait gagné si le licenciement avait été donné selon le

congé ordinaire, soit à 14'373 fr. 35, somme à laquelle il fallait encore rajouter l'indemnité de 1'100 fr. injustement retenue par la défenderesse sur le salaire du mois de juillet 2016, la part pro rata temporis de son treizième salaire par 1'288 fr. 95 ainsi qu'une indemnité brute pour le solde des vacances de 1'380 fr., soit 18'142 fr. 30 (14'373.35 + 1'100.00 + 1'288.95 + 1'380.00) au total.

B. Par acte du 15 février 2018, J._____ a interjeté appel contre le jugement précité, en concluant en substance, avec suite de frais judiciaires et dépens, à la réforme de l'entier du dispositif, en ce sens que les conclusions prises par R._____ dans sa demande du 25 janvier 2017 et celles prises par la X._____ dans sa demande du 20 janvier 2017 soient intégralement rejetées, que R._____ et la X._____ doivent verser des dépens fixés à dire de justice et que tout autre ou plus ample conclusion soit rejetée.

Par réponses des 12 et 26 mars 2017, R._____ et la X._____ ont respectivement conclu, avec suite de frais et 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. J._____ (ci-après : la défenderesse) est une société à responsabilité limitée ayant son siège à [...], dont le but est l'exploitation de boulangeries, pâtisseries, tea-rooms et cafés, ainsi que le commerce de produits alimentaires.

R._____ (ci-après : le demandeur) a été engagé par contrat de travail écrit du 16 décembre 2014 par la défenderesse comme pâtissier-confiseur à partir du 1^{er} janvier 2015 pour une durée

indéterminée. Le contrat de travail prévoit un 13^e salaire. Les parties sont convenues d'un droit aux vacances de 5 semaines pour l'année 2016.

2. En début d'année, le demandeur a rempli un formulaire « vacances » que la défenderesse a annoté, puis signé le 15 mars 2016. Les vacances d'été du demandeur ont été fixées du 11 juillet au 18 juillet 2016, puis du 25 juillet au 7 août 2016. Ce formulaire concerne uniquement les vacances et non les congés pour heures supplémentaires.

Courant mai 2016, le demandeur a exprimé le souhait de récupérer les heures supplémentaires effectuées jusque-là et de prendre ainsi 5 jours de congé supplémentaires. Cette question a fait l'objet de discussions entre les parties.

Le planning des vacances des mois de juin à septembre 2016 (pièce 104 p. 1), lequel n'est ni daté ni signé et annoté de manière tantôt informatique tantôt manuscrite, mentionne en première page une inscription manuscrite de récupération d'heures supplémentaires pour le demandeur en septembre 2016. Selon ce document, seul le demandeur a eu, sur quatre mois, un congé pour heures supplémentaires. La nouvelle version de ce document (pièce 104 p. 2) ne mentionne pas pour le demandeur un congé pour heures supplémentaires en septembre 2016.

3. Le 19 juillet 2016, le demandeur n'était pas présent à son poste de travail. Un collègue du demandeur a tenté de le joindre à une seule occasion sans succès. Le jour même, la défenderesse a envoyé par courrier recommandé un avertissement au demandeur, lui ordonnant de reprendre son travail au plus tard le 22 juillet à 3h00. Le pli a été retiré à la poste le 2 août 2016.

Le 22 juillet 2016, le demandeur ne s'est pas présenté à son poste de travail. Par courrier recommandé du 22 juillet 2016, la défenderesse a résilié les rapports de travail avec effet immédiat.

Le demandeur a pris connaissance de cette lettre le 2 août 2017 à son retour de vacances.

Par lettre recommandée du 3 août 2016, le demandeur s'est opposé à son licenciement avec effet immédiat, alléguant qu'il n'avait pas abandonné son poste puisqu'il était en congé, lequel aurait été validé par la défenderesse.

4. Au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 9 novembre 2016, R. _____ a déposé une demande le 25 janvier 2017 auprès du Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois, réclamant à J. _____ la somme brute de 18'142 fr. 30 à titre de salaire, de 13^e salaire et de paiement du solde de vacances et la somme nette de 4'400 fr. à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant à un mois de salaire.

Par demande du 20 janvier 2017, la X. _____ a invoqué sa subrogation aux prétentions du demandeur et a conclu au paiement de la somme de 10'212 fr. 20 avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} août 2016 pour les prétentions salariales du demandeur du 3 août 2016 au 31 octobre 2016.

En cours d'instruction [...], associé-gérant de la défenderesse, a été interrogé en sa qualité de partie et a déclaré ce qui suit :

« (...) Ma collaboratrice s'inquiétait pour les congés par rapport au fait que M. [...] disait qu'il avait mon accord pour quatre semaines de vacances. Je lui ai dit que ce n'était pas possible et j'ai appelé M. [...] pour discuter de la question des vacances. Je lui ai précisé qu'il avait une semaine de vacances, une semaine de travail et ensuite deux semaines de vacances. Les heures supplémentaires devaient être reprises en septembre. M. [...] a confirmé que c'était clair pour lui. J'ai ensuite confirmé à Mme [...] que c'était en ordre et que c'était noté dans le planning. M. R. _____ était d'accord avec ce qui était sur le planning. Je n'ai fait aucun changement sans la présence de Mme [...].

Sur question de Me Perroud, nous ne donnons pas plus de deux semaines d'affilée car sinon le personnel ne peut pas récupérer ses congés régulièrement. De plus, on ne peut pas faire des réserves

pour plus de deux semaines pour les produits que nous fabriquons. Plus, ce n'est pas possible.

Sur question de Me Perroud, le 18 juillet 2016, j'ai cherché à appeler M. R. _____ car j'avais une commande précise d'un client et il fallait que M. R. _____ soit au courant des consignes précises selon la commande que j'avais. (...)

Sur question de Me Perroud, le personnel qui restait a dû travailler plus d'heures et les jours de congé n'ont pas pu être donnés comme habituellement et cela m'a coûté plus de 1'000 fr. car il a fallu payer ces heures supplémentaires. (...)

Sur question de Mme [...], j'ai téléphoné trois fois à M. R. _____ le 18 juillet 2016. En pratique, je ne joins pas mes employés pendant leurs vacances. C'était là une commande spécifique. J'ai téléphoné trois fois de suite pour que M. R. _____ voie qu'il a été appelé et qu'il me rappelle. J'attendais qu'il me rappelle. (...)

Sur question du Tribunal, j'ai appelé M. R. _____ le 18 juillet 2016 de manière exceptionnelle car on avait une commande spéciale et que je commence à travailler plus tard que M. R. _____. Mme [...] avait congé le 19 juillet. (...)

Sur question du Tribunal, je n'ai pas envisagé que cela puisse être autre chose qu'un abandon de poste. Le 19 juillet, je me suis dit qu'il allait venir le lendemain. Je lui ai envoyé un avertissement le 19 juillet 2016 car mon pâtissier m'avait dit qu'il ne viendrait pas et je l'ai fait par sécurité.

Sur question du Tribunal, selon le planning, M. R. _____ devait venir la semaine du 19 juillet, en revanche, il devait être en vacances la semaine d'après. »

[...], secrétaire d' [...], l'associé-gérant de la défenderesse, entendue en tant que témoin, a répondu comme suit aux allégués ci-dessous :

- All. 12 ainsi libellé « Un employé a bénéficié d'une exception en 2016 en obtenant à titre tout à fait extraordinaire trois semaines de vacances d'affilée mais il s'agissait d'un cas particulier, soit un travailleur âgé de 55 ans et rencontrant des problèmes de santé », « C'est exact ».

- All. 14 ainsi libellé « Les heures supplémentaires accumulées par le demandeur devaient quant à elles être récupérées au début du mois de septembre 2016 », « C'est exact ».

- All. 16 ainsi libellé « Alertée par ces différentes réactions, la défenderesse a convoqué M. R. _____ pour une séance de discussion en date du 21 juin 2016 à laquelle participait également la secrétaire de la défenderesse », « C'est exact ».

- All. 18 ainsi libellé : « La défenderesse a posé plusieurs fois la question au requérant de savoir si ce planning de vacances décidé d'un commun accord était bien correct et convenait, le demandeur ayant répondu par l'affirmative », « Cela me dit quelque chose ».

- All. 19 ainsi libellé : « La défenderesse a encore posé la question au requérant de savoir quand il récupérerait ses heures supplémentaires, celui-ci ayant répondu qu'il prendrait quelques jours à cet effet en septembre 2016 », « C'est durant cette discussion que j'ai eu l'information sur les heures supplémentaires à récupérer ».

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les affaires patrimoniales (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Il doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]), 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).

1.2 En l'espèce, l'appel, écrit et motivé, a été 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 est supérieure à 10'000 francs.

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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 134). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, ibid., p. 135) et

vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

3.

3.1 L'appelante estime qu'elle était en droit de procéder, le 22 juillet 2016, au licenciement avec effet immédiat de l'intimé, dès lors qu'elle disposait d'un juste motif pour ce faire. Celui-ci aurait été l'absence injustifiée de l'intimé (appel, p. 4 ch. 14) et non un abandon d'emploi. L'intimé aurait reçu l'avertissement le 20 juillet 2016.

3.2 L'appelante estime que le litige entre les parties trouvait son origine dans un désaccord portant sur la fixation des vacances et la compensation des heures supplémentaires. C'est cependant inexact. Les vacances sont une notion distincte des congés convenus entre les parties pour compenser des heures supplémentaires effectuées, les premières étant régies par les art. 329a ss CO et notamment par l'art. 329c al. 1 et 2 CO, les seconds par l'art. 321c CO. Or, en l'espèce, les parties s'étaient mises d'accord sur les dates de vacances d'été de l'intimé, ce dernier ayant rempli à ces fins, en début d'année, un formulaire « vacances » que l'appelante a annoté, puis signé le 15 mars 2016. Les vacances d'été de l'intimé avaient ainsi été fixées du 11 juillet au 18 juillet 2016, puis du 25 juillet au 7 août 2016. En mai 2016, l'intimé avait clairement abordé une question distincte avec son employeur, soit celle de la récupération d'heures supplémentaires, et demandé de pouvoir prendre 5 jours de congé à ces fins. L'appelante estime que l'intimé devait récupérer ces heures (et non prendre des vacances) en septembre 2016, l'intimé aurait compris pouvoir le faire entre le 19 et le 25 juillet 2016. C'est entre le 19 et le 22 juillet 2016 que l'intimé ne s'est pas présenté à son travail et c'est cette absence qui a été jugée par l'appelante, malgré l'avertissement donné, comme justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Il résulte déjà de ce qui précède que les arguments de l'appelante quant au droit de l'employeur de décider unilatéralement de la date des vacances et à sa prétendue pratique – par ailleurs pas toujours

suivie et qui ne fait pas mention de congé pour heures supplémentaires - de ne pas donner plus de deux semaines consécutives de vacances à ses employés sont sans portée ici sur la question de savoir si l'absence de l'intimé les jours litigieux permettait un licenciement immédiat.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 337d al. 1 CO (Code des obligations ; RS 220), lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel. Il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire. Selon la jurisprudence, l'abandon de poste entraîne l'expiration immédiate du contrat. Il est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de continuer à fournir le travail convenu (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 281). Lorsque ce refus ne ressort pas d'une déclaration explicite du travailleur, le juge doit examiner si l'employeur a pu de bonne foi, en considération de l'ensemble des circonstances, comprendre son attitude comme un abandon de poste. Le principe de la confiance, relatif à l'interprétation des déclarations et autres manifestations de volonté entre cocontractants (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 ; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681), est déterminant (TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006 consid. 2.1). Lorsque l'attitude du travailleur est équivoque, il incombe à l'employeur de le mettre en demeure de reprendre son activité. Dans le procès, il lui appartient de prouver les faits propres à dénoter un abandon de poste (TF 4A_337/2013 du 12 novembre 2013 consid. 3).

4.2 Dès lors que l'existence d'un abandon d'emploi par l'employé met automatiquement fin au contrat de travail, il convient d'examiner si un tel abandon devait ici être retenu. Si tel n'est pas le cas, il y aura lieu d'apprécier si le licenciement avec effet immédiat donné le 22 juillet 2016 était justifié.

En l'espèce, l'appelante souligne elle-même n'avoir pas soutenu ni invoqué qu'il y aurait eu de la part de l'intimé un abandon de

poste au sens de l'art. 337d al. 1 CO. Ce point de vue ne peut qu'être suivi, au vu de la situation à tout le moins peu claire quant aux dates auxquelles l'intimé devait prendre un congé pour compenser les heures supplémentaires effectuées, du fait que les parties avaient convenu avant le départ de l'intimé pour sa première période de vacances de la date de sa reprise en août 2016 et enfin de l'absence d'évènement qui aurait pu le décider à interrompre abruptement son emploi. L'attitude de l'intimé consistant à ne pas se présenter à son travail les 19, 20, 21 et 22 juillet 2016 ne pouvait pas être comprise, sans autre élément, comme la renonciation consciente, intentionnelle et surtout définitive de continuer à fournir le travail convenu. En conséquence, les éléments au dossier ne permettent pas de considérer l'attitude de l'intimé comme un abandon de poste au sens de l'art. 337d al. 1 CO, que ce soit le 19 juillet 2016 ou après. L'absence de l'intimé du 19 au 22 juillet 2016 n'a partant pas conduit à l'expiration automatique du contrat au sens de l'art. 337d al. 1 CO.

5.

5.1 Reste donc à examiner si l'absence de l'intimé les 19, 20, 21 et 22 juillet 2016 justifiait le licenciement immédiat donné par l'appelante le 22 juillet 2016.

5.2 Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Constituent notamment de tels motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat.

Un manquement moins grave ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, portant sur le devoir de travailler ou le devoir de fidélité (ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; 117 II 72 consid. 3). Sauf circonstances particulières, la prise de vacances par décision unilatérale du travailleur, en dépit d'un refus de l'employeur, constitue un acte de nature à ébranler la confiance qui doit exister dans les rapports de travail de façon telle que la poursuite du contrat ne peut plus être exigée et qu'une rupture immédiate de celui-ci par l'employeur se justifie (ATF 108 II 301 consid. 3b).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32 ; 127 III 351 consid. 4a p. 354). L'existence de justes motifs doit être examinée sur la base de la situation réelle du travailleur quand bien même elle n'est établie que postérieurement à la résiliation des rapports de travail (TF 4A_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 3.2.3). Ce que savait – ou ignorait – son employeur est ainsi indifférent, puisque seules sont pertinentes les circonstances objectives du cas d'espèce (TF 4C.413/2004 du 10 mars 2005 consid. 2.2).

5.3 Il n'est pas contesté que la question de la date, non pas des vacances d'été de l'intimé, mais du congé à prendre pour récupérer les heures supplémentaires effectuées, a fait l'objet de discussions entre les parties. Sur ce point, l'appelante se méprend lorsqu'elle soutient, en mêlant vacances et congés pour heures supplémentaires, que c'est à l'employeur qu'il incomberait de fixer la date de ce congé : celle-ci doit être convenue entre les parties (TF 4C.32/2005 du 2 mai 2005 consid. 2.3 ; Wyler, Droit du travail, Berne, 3^e éd., 2014, p. 109).

Dans ses écritures, l'appelante allègue que l'intimé aurait indiqué dans l'entreprise qu'il avait obtenu de pouvoir s'absenter durant quatre semaines, soit notamment du 19 au 24 juillet 2016. Elle soutient toutefois que cela n'était pas correct dès lors notamment que l'intimé devait récupérer ses heures supplémentaires au début du mois de septembre 2016. L'appelante a allégué qu'alertée par les réactions des collègues de l'intimé, elle avait organisé une séance le 21 juin 2016 pour clarifier ce point, en présence d' [...], de sa secrétaire, [...], et de l'intimé. Force est toutefois de constater que les éléments au dossier ne permettent pas d'établir qu'à l'issue de cette séance, il aurait été définitivement clair pour l'intimé qu'il devait venir travailler les 19, 20, 21 et 22 juillet 2016. Tout d'abord, l'intimé travaillait pour l'appelante depuis plus d'une année et n'avait jamais fait l'objet d'aucune critique dans son travail. On voit dès lors mal qu'il ait pris le risque de perdre ce travail en s'accordant un congé, dont le principe était admis par l'appelante, à un moment qu'elle n'aurait pas cautionné. Les déclarations d' [...] s'opposent ensuite certes aux allégués de la demande. Elles émanent toutefois de l'associé-gérant unique, par ailleurs titulaire de l'entier des parts sociales de l'appelante. Il évoque de plus plusieurs éléments dont la réalité n'a pas été établie par la procédure, alors qu'ils auraient pu (et dû) l'être. Ainsi, le fait que le personnel aurait dû, à la suite de l'absence de l'intimé, effectuer des heures supplémentaires, qui auraient coûté à l'appelante 1'000 fr, montant qu'elle réclame à l'intimé. Ces déclarations, compte tenu de son auteur et des éléments susmentionnés, ne saurait à lui seul prouver l'existence d'un accord clair des parties sur la date du congé à prendre par l'intimé. S'agissant de la témoin [...], avant même d'être interrogée sur la séance du 21 juin 2016, elle a déclaré exact l'allégué 14 de la réponse selon lequel les heures supplémentaires faites par l'intimé devaient être récupérées en septembre 2016. On ignore toutefois qui avait informé la témoin de ce fait et, surtout, si l'intimé était au courant de celui-ci et avait accepté les dates en question. Or, dès lors que la question de savoir quand l'intimé prendrait son congé lui aurait, selon les allégations de l'appelante, été posée le 21 juin 2016 (all. 19), on ne peut pas retenir que la date de ce congé aurait été convenue entre les parties, pour septembre 2016, avant cette séance. De plus, la témoin [...], qui déclarait pourtant avoir été présente lors de

cette séance, n'a pu confirmer clairement ni que le planning de vacances convenait à l'intimé, ni que celui-ci l'avait confirmé lors de cette séance (réponse ad all. 18). S'agissant de savoir si l'intimé avait déclaré qu'il récupérerait ses heures supplémentaires en septembre 2016, la témoin n'a pas non plus confirmé ce fait mais a uniquement indiqué que c'était durant la séance du 21 juin 2016 qu'elle a « eu l'information sur les heures supplémentaires à récupérer ». Une telle déclaration ne permet pas de retenir pour établi avec certitude ni que les parties auraient convenu de la récupération des heures supplémentaires au mois de septembre 2016, ni qu'une telle période aurait été proposée, à tout le moins acceptée par l'intimé. Au vu des risques qu'il y avait pour l'intimé à prendre un congé à une date non convenue avec son employeur, des déclarations contradictoires de l'intimé et de l'appelante, par son associé-gérant, [...], le témoignage de [...] ne permet pas de les départager et de retenir comme établi que les parties se seraient mises d'accord sur le fait que l'intimé ne prendrait pas son congé compensant des heures supplémentaires entre le 19 et le 22 juillet 2016, mais travaillerait ces jours.

Les autres preuves au dossier ne permettent pas non plus d'établir ce fait. Le « formulaire de vacances » produit sous pièce 105 par l'appelante concerne uniquement les vacances et non les congés pour heures supplémentaires. Il est en outre antérieur à la séance du 21 juin 2016. On peut à cet égard regretter que l'appelante fasse en sorte que seule la question de la fixation des vacances soit documentée et non celle des heures supplémentaires. Le planning produit sous pièce 104 également produit par l'appelante n'est quant à lui pas daté. Il est en outre annoté de manière tantôt informatique, tantôt manuscrite, sans qu'on sache qui apporte ces modifications, quand et surtout qui en a connaissance. Sa première page comporte une inscription manuscrite de récupération d'heures supplémentaires pour l'intimé en septembre 2016. Une telle inscription semble a priori insolite dès lors qu'à lire ce document, seul cet employé aurait eu, sur quatre mois, un congé pour heures supplémentaires. La nouvelle version de ce document (pièce 104 p. 2), selon le bordereau de l'appelante, ne mentionne quant à elle plus pour l'intimé un congé pour heures supplémentaires en septembre 2016. La

question de savoir quand ce congé devait être pris n'apparaît ainsi, à lire les documents produits par l'appelante afin d'établir ce fait, définitivement pas claire. Ces documents ne sont ainsi pas probants quant au fait que l'intimé aurait su qu'il ne devait pas prendre son congé pour heures supplémentaires aux dates litigieuses. Au contraire, ils démontrent que n'étaient claires ni l'organisation des congés pour heures supplémentaires au sein de l'appelante, ni les dates auxquelles l'intimé pouvait prendre un congé pour heures supplémentaires. D'ailleurs, le fait que l'appelante invoque un dommage consistant à devoir indemniser ses autres employés pour avoir effectué des heures supplémentaires pour un montant total de 1'000 fr. (cf. appel, p. 10) sans fournir aucun document établissant les prétentions des employés visés ni la manière dont ils auraient été indemnisés démontre encore le peu de clarté de l'appelante sur ces questions.

Au vu de ce qui précède, on ne peut pas retenir comme établi que l'intimé aurait volontairement décidé de ne pas venir travailler les 19, 20, 21 et 22 juillet 2016 alors qu'il savait le devoir. Son absence ces jours-là ne justifiait par conséquent pas, sans autre éclaircissement entre les parties, son licenciement avec effet immédiat le 22 juillet 2016.

Au demeurant, dût-on admettre une confusion entre les parties quant à la date à laquelle l'intimé pouvait prendre son congé pour récupérer des heures supplémentaires, la faute de l'intimé à ne pas l'avoir éclaircie ne suffirait pas pour justifier le licenciement immédiat donné. En effet, il incombe principalement à l'employeur et non à l'employé de prévoir des procédures claires en la matière, respectivement de disposer au sein de l'entreprise de documents permettant clairement à l'employé, en cas de doute, de comprendre quand il est censé pouvoir ou non être en congé. Or les plannings produits par l'appelante n'étaient pas clairs sur ce point. A cela s'ajoute que face à un employé qui n'avait donné lieu à aucune critique de la part de son employeur et compte tenu de la situation à tout le moins peu claire existant dans l'entreprise en matière de récupération d'heures supplémentaires, respectivement de la confusion ayant existé concernant l'intimé à ce sujet, on aurait pu attendre de

l'appelante qu'avant de prononcer un licenciement avec effet immédiat, constatant l'absence de son employé, elle tente réellement de le joindre et s'assure que son absence n'était pas due à la confusion qui aurait perduré. Elle n'en a rien fait. Le licenciement avec effet immédiat apparaîtrait en outre ici d'autant plus excessif que l'intimé n'occupait pas un poste à responsabilité conduisant à une plus grande sévérité à son égard et qu'aucun élément n'établissait, malgré les dires de l'appelante, que son absence aurait eu des conséquences dommageables pour elle.

6.

6.1 L'appelante souligne avoir averti l'intimé avant de prononcer le licenciement avec effet immédiat. Cela démontre bien qu'elle-même considérait, au vu des rapports existant entre les parties, de la position de l'intimé et des circonstances d'espèce que la seule absence de l'intimé, à l'issue de sa première période de vacances, ne justifiait pas sans autre un licenciement immédiat. L'appelante a ainsi justifié, le 22 juillet 2016, le licenciement avec effet immédiat non pas par la seule absence de l'intimé à son emploi, mais par le fait que malgré l'avertissement donné le 19 juillet 2016, l'intimé n'avait pas amendé son comportement et n'était pas revenu. Dans son appel, l'appelante souligne encore que l'avertissement visait à indiquer à l'intimé qu'elle procéderait à un licenciement immédiat s'il ne réagissait pas (appel, p. 7-8, ch 38). Ce faisant, l'appelante elle-même indique clairement que ce n'était pas l'absence elle-même qui justifiait à ses yeux le licenciement avec effet immédiat, mais la persistance de cette absence malgré l'avertissement donné le 19 juillet 2016.

6.2 Une déclaration de volonté émise sous forme de lettre parvient au destinataire dès qu'elle entre dans sa sphère d'influence d'une manière telle que l'on peut escompter, d'après les usages commerciaux et les dispositions prises par l'intéressé, qu'il en prendra connaissance (TF 4P.307/1999 du 5 avril 2000 consid. 3b ; TF 4A_89/2011 du 27 avril 2011 consid. 3). Le Tribunal fédéral estime toutefois que l'employeur doit de bonne foi escompter que le travailleur s'absentera de son domicile lors de ses vacances. Il est ainsi gravement contraire au principe de la confiance

d'admettre qu'un congé signifié au domicile du travailleur puisse déployer ses effets alors que celui-ci est en vacances au su de son employeur (TF 4P.307/1999 précité consid. 3 ; TF 4C.34/2006 du 4 mai 2006 consid. 2). De plus, l'employeur doit agir de manière conforme à la bonne foi, en offrant la possibilité au travailleur d'amender son comportement. Il ne peut donc pas notifier un avertissement puis valablement résilier le contrat avec effet immédiat très peu de temps après, sauf lorsque le travailleur démontre d'emblée, par son attitude, qu'il n'entend faire aucun cas des griefs légitimes de l'employeur (Carruzzo, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 562).

6.3 En l'espèce, l'avertissement a été adressé par l'appelante à l'intimé le 19 juillet 2016 par courrier recommandé, un envoi en plus par courrier A n'ayant pas été établi. A cet égard, on note en particulier que si le courrier du 22 juillet 2016 est annoncé comme adressé aussi par courrier A, tel n'est pas le cas de celui du 19 juillet 2016. Selon le suivi de ce recommandé, un avis de retrait a été remis à l'intimé dans sa boîte aux lettres le 20 juillet 2010, permettant un retrait le 21 juillet 2016. A cet égard, l'appelante invoque en vain la théorie de la réception absolue (cf. ATF 143 III 15 consid. 4.1) : celle-ci n'est pas applicable à la question de déterminer quand un employé a reçu un avertissement.

L'appelante a averti l'intimé car elle a imaginé que celui-ci avait pris, à l'issue de sa première période de vacances, un congé pour récupérer des heures supplémentaires effectuées alors qu'il ne lui avait pas été accordé aux dates litigieuses. Dès lors, elle ne devait pas s'attendre à ce que l'intimé prenne immédiatement connaissance du courrier du 19 juillet 2016, puisque précisément il était, selon elle, en congé. Qu'il ait été « en Suisse » (appel, p. 8 ch. 39), sans plus de précision sur son lieu de séjour, ne suffisait à cet égard pas pour attendre de lui qu'il relève son courrier quotidiennement. Avant de notifier le licenciement avec effet immédiat le 22 juillet 2016, constatant que l'intimé n'était pas revenu au travail, l'appelante n'a toutefois entrepris aucune démarche pour le joindre efficacement, des appels en absence le 18 juillet 2016 étant à cet égard sans pertinence, un prétendu appel d'un collègue sans pouvoir parler

à l'intimé ou même lui laisser un message étant insuffisant. L'appelante n'a à aucun moment non plus tenté de le joindre chez lui d'une autre manière, ni ne s'est assurée, qu'alors qu'elle le pensait en vacances, qu'il était resté chez lui et, le cas échéant, qu'il relèverait rapidement sa boîte postale. Or, dans de telles circonstances, il apparaît contraire au principe de bonne foi de partir de l'idée qu'un employé a pris des vacances, mais de néanmoins lui adresser chez lui une mise en demeure de reprendre le travail avec un bref délai pour ce faire (un jour entre le retrait possible du pli et son retour), sans autre mesure pour s'assurer qu'il a pris connaissance de cette mise en demeure, puis de le licencier avec effet immédiat au motif qu'il n'y a pas donné suite. L'appelante peut d'ailleurs d'autant moins invoquer l'avertissement à l'appui de sa décision de licenciement qu'elle aurait pu aisément consulter le suivi de son recommandé et constater qu'il n'avait pas été distribué à l'intimé le 22 juillet 2016.

Le licenciement immédiat, mesure exceptionnelle, ne saurait partant être justifié, comme l'indique le courrier du 22 juillet 2016, par le fait que l'intimé, conscient qu'il devait se présenter au travail à la suite de l'avertissement formulé le 19 juillet 2016, n'aurait pas respecté cette mise en demeure.

Il s'ensuit que les premiers juges ont à raison considéré que le licenciement était injustifié.

7.

7.1 L'appelante estime excessive l'indemnité d'un mois de salaire fondée sur l'art. 337c al. 3 CO accordée à l'intimé.

7.2 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de résiliation immédiate injustifiée, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances, mais sans dépasser l'équivalent de six mois de salaire. Cette indemnité, qui s'ajoute aux droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO, revêt une double

finalité, à la fois réparatrice et punitive, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à une peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407 ; 120 II 209 consid. 9b p. 214). Sauf cas exceptionnel, elle doit être versée pour tout licenciement immédiat dénué de justes motifs (ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 660 et les réf. cit.). L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée ; d'autres critères, tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale et économique, une éventuelle faute concomitante et les effets économiques du licenciement, entrent aussi en considération (TF 4A_153/2016 du 27 septembre 2016 consid. 3.1 ; 4A_135/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.2 ; 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.2 ; 4A_660/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.2). Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

7.3 Dans le cas d'espèce, il n'existe pas de circonstances exceptionnelles permettant d'exclure le versement d'une indemnité. Au vu de la manière dont l'appelante a procédé – procédure de fixation de congé pas claire, absence de prise de contact effective avec l'intimé malgré la confusion passée, notification d'un avertissement en omettant de vérifier si celui-ci avait été reçu, licenciement immédiat sans juste motif et absence de critique à l'encontre de l'intimé dans le cadre de son travail –, une indemnité d'un mois en faveur de ce dernier n'a rien d'excessif.

8. L'appelante réclame le dommage causé par les manquements de l'intimé, se fondant sur l'art. 337b al. 1 CO. Le licenciement n'étant pas justifié, ses prétentions ne sauraient lui être accordées. Au demeurant, la réalité du dommage invoquée n'était pas établie à satisfaction de droit, l'appelante invoquant avoir dû payer à des employés des heures supplémentaires, sans l'établir comme elle aurait dû, le seul témoignage de son associé-gérant [...] n'étant à cet égard pas suffisant.

9. Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté.

Il ne sera pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 114 let. c CPC).

L'appelante versera à l'intimé R._____, qui a déposé une réponse assisté d'un avocat, des dépens dont le montant sera fixé à 1'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6). Il n'y a pas lieu d'accorder de dépens à la caisse cantonale de chômage, qui a déposé une réponse sans être assistée d'un mandataire professionnel.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance.
- IV.** L'appelante J._____ versera à l'intimé R._____ la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Véronique Perroud pour J. _____,
- [...], Mme [...] pour R. _____,
- la X. _____,

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

- M. le Président du Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure 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 :