

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 août 2018

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Merkli et M. Stoudmann, juges
Greffier : M. Grob

Art. 321c CO

Statuant sur l'appel interjeté par **O.**_____, à [...], demandeur, contre le jugement rendu le 29 novembre 2017 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **E.**_____ **SA**, à [...], défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 novembre 2017, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties pour notification le 31 janvier 2018, le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions prises par O._____ contre E._____ SA dans sa demande du 3 mars 2017 (I) et a dit que le jugement était rendu sans frais (II) et qu'O._____ verserait à E._____ SA la somme de 3'000 fr. à titre de dépens (III).

En droit, les premiers juges, statuant sur la prétention d'O._____ tendant au paiement d'heures supplémentaires réalisées entre 2014 et 2016, ont retenu qu'E._____ SA était au courant de leur réalisation et ne les avait jamais contestées, si bien que leur existence et leur quotité étaient établies. Ils ont cependant considéré qu'O._____ n'avait pas usé de sa possibilité de compenser lesdites heures avec du temps libre, en diminuant son temps de travail ou en prenant des jours de congé, même durant son délai de congé de trois mois ; il avait ainsi pris le risque que ces heures ne soient pas rémunérées dès lors que le contrat de travail liant les parties prévoyait que les heures supplémentaires devaient être récupérées en temps libre et que, si tel n'avait pas pu être le cas, il ne pouvait être envisagé de les rémunérer qu'« à bien plaisir ».

B. Par acte du 5 mars 2018, O._____ a interjeté appel contre le jugement précité, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'E._____ SA lui doive immédiat paiement d'un montant de 26'273 fr. 07, sous déduction des charges sociales et contractuelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2016, et lui verse un montant de 3'000 fr. à titre de dépens. A titre subsidiaire, il a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Dans sa réponse du 2 juillet 2018, E._____ SA a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement.

Les parties ont chacune déposé des déterminations spontanées respectivement les 16 et 25 juillet 2018.

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

1. **a)** O._____ est titulaire d'un master en science physique délivré par la Faculté de physique de l'Université de [...].

b) E._____ SA est une société de droit suisse inscrite au Registre du commerce, dont le but est la conception, la fabrication et la commercialisation d'équipements complexes de haute technologie pour divers secteurs, en particulier pour le spatial et l'aéronautique, ainsi que pour tout autre domaine requérant une expertise similaire en matière de design, d'analyses numériques, de réalisation et de mise sur le marché.

G._____ et Z._____ sont respectivement administrateur président avec pouvoir de signature individuelle et administrateur avec pouvoir de signature collective à deux de cette société.

2. Le 11 juillet 2013, les parties ont conclu un contrat de travail de durée indéterminée. O._____ a été engagé en qualité de « Senior Project Manager » dès le 5 août 2013, à un taux d'activité de 100%, pour un salaire annuel brut de 130'000 fr. payable en treize fois.

L'art. 3 du contrat, intitulé « emploi du temps », prévoyait ce qui suit :

« La durée de travail de l'employé est en moyenne de :

- 40h par semaine, correspondant à un taux d'activité de 100%.

Il est demandé à l'employé d'effectuer son travail sur une base de 5 jours par semaine. Toute déviation à cette moyenne est à faire agréer a priori par son supérieur hiérarchique.

L'employé est tenu d'accomplir des heures supplémentaires / du travail supplémentaire si les circonstances l'exigent.

Les heures supplémentaires ne sont en principe pas payées et doivent être récupérées en temps libre dans les 6 mois. Au-delà de ce délai, toute heure supplémentaire n'est plus récupérable ni compensable.

Une fois l'an, en fin d'exercice fiscal, la Direction définit si les heures supplémentaires non récupérées sont compensées financièrement. Cette compensation financière n'est pas contractuelle et est versée à bien plaisir. La décision de la Direction est communiquée aux employés au plus tard durant le premier trimestre de l'année qui suit.

Ne seront compensées ou payées (sic) les heures / le travail supplémentaire exécutés à la demande expresse de l'employeur, ou dont l'employeur aura eu connaissance et qu'il aura accepté. ».

3. Les heures supplémentaires effectuées par O._____ étaient mensuellement enregistrées dans le système informatique d'E._____ SA, qui donnait régulièrement des instructions à ses employés à ce sujet. Au début de chaque mois, O._____ remettait à son employeur sa feuille de ventilation des heures effectuées le mois précédent.

Par courriel du 13 mars 2014, E._____ SA a demandé à ses employés de lui communiquer le nombre de leurs heures supplémentaires qu'ils pensaient avoir éventuellement effectuées en 2013, « afin d'estimer à quelle (sic) niveau ces heures [pouvaient] être payées ».

4. Selon le procès-verbal de l'entretien annuel pour l'année 2013 qui s'est tenu le 2 juillet 2014, O._____ a effectué 103 heures supplémentaires qui lui ont été intégralement payées.

Ce document mentionne en particulier ce qui suit :

« **Conclusion :** La période sous revue ne s'est pas déroulée à la satisfaction complète d'E._____ SA. Des problèmes relationnels et de management de projet ont été identifiés, voir PV. Des axes de progression avec des

critères de succès ont été définis. E._____ SA encourage O._____ à progresser selon ce plan.

En guise d'encouragement, le salaire annuel d'O._____ est revalorisé de 1%, ceci dès le 01.07.2014.

E._____ SA est conscient[e] des efforts réalisés par O._____. En remerciement, l'entier des heures supplémentaires 2013 sera payé d'ici fin 2014. Ceci représente le montant de CHF 7'381.- ».

5. Dès le 1^{er} juillet 2014, le salaire d'O._____ a été augmenté à 10'100 fr. brut par mois, versé treize fois l'an.

Il n'est pas établi que l'intéressé ait demandé, durant l'année 2014, de pouvoir récupérer ses heures supplémentaires en congé.

6. Au mois de septembre 2015, O._____ a demandé un jour de congé sous forme de « compensation ». G._____ lui a alors répondu qu'il fallait d'abord voir avec le chef de projet concerné si cela était possible et que, dans tous les cas, il fallait prendre en premier lieu ses congés sur ses jours de vacances avant de compenser des heures supplémentaires.

7. Selon le procès-verbal de l'entretien annuel pour les années 2014 et 2015 qui s'est tenu le 30 novembre 2015, O._____ a effectué 251,8 heures supplémentaires en 2014.

Il ressort notamment ce qui suit de ce document :

« **Conclusion :** Suivant les performances de la période sous revue, en particulier la perte très importante sur le projet [...], E._____ SA décide de rompre le contrat de travail d'O._____, ceci dès le mois de décembre 2015. La lettre de rupture conventionnelle de contrat sera envoyée en courrier recommandé à O._____ dans le courant du mois de décembre 2015.

La fin des rapports de travail sera effectuée selon les modalités du contrat de travail (2 mois de dédit pour la fin du mois).

E._____ SA est cependant conscient[e] des efforts réalisés par O._____. Les heures supplémentaires 2014 sont payées à hauteur de CHF 5'000.-.

(...)

La date exacte de fin des relations de travail sera définie en fonction de la situation d'O. _____ (jours de vacances, etc..) mais ne pourra excéder en aucun cas le 29 février 2016. ».

8. Par courrier du 15 décembre 2015, E. _____ SA a confirmé à O. _____ la rupture de leur contrat de travail, la date exacte de fin de contrat étant définie par le département des ressources humaines « suivant [sa] situation personnelle (jours de vacances restants,..) », mais pas au-delà de la fin du mois de février 2016.

9. Selon le résumé de ventilation des heures sur l'année 2015, O. _____ a effectué 133,8 heures supplémentaires.

10. Par courriel du 26 janvier 2016, E. _____ SA a en particulier écrit ce qui suit à O. _____ :

« Ton dernier jour de travail est le 19 février 2016, solde de tout compte.
Tu seras payé au mois de février comme un mois normal (plus le prorata du 13ème salaire).
Tu peux prendre quelques demi-journées d'ici la fin de ton contrat. Il suffit de m'en avvertir avant ainsi que de t'arranger pour que cela dérange le moins possible ton travail. ».

11. Selon le résumé de ventilation des heures du mois de janvier 2016, O. _____ a effectué 11,8 heures supplémentaires.

12. Le 17 février 2016, O. _____ a demandé un « congé pour mariage dans la famille » en se référant au « congé payé pour mariage dans la famille » de la Convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse. G. _____ lui a répondu qu'E. _____ SA n'adhérait pas à cette convention, qu'il n'allait « pas réfléchir plus loin pour 8 heures » et qu'il « verrai[t] pour ces heures avec Z. _____ » mais ne désirait plus en parler.

13. O. _____ a terminé de travailler pour E. _____ SA le 19 février 2016.

14. Selon le résumé de ventilation des heures du mois de février 2016, O._____ a effectué 7,3 heures supplémentaires.

15. Le 25 février 2016, O._____ a notamment réclamé le paiement de ses heures supplémentaires à E._____ SA.

16. Le contrat de travail conclu entre les parties a pris fin le 29 février 2016.

17. E._____ SA n'a jamais contesté les décomptes des heures supplémentaires effectuées par O._____ durant les années 2013 à 2016. Elle ne lui a toutefois pas versé de rémunération pour toutes les heures annoncées lors des années 2014 à 2016.

18. Par courriel du 18 mars 2016, E._____ SA a indiqué à O._____ que les heures supplémentaires effectuées en 2014 seraient indemnisées par le versement d'un montant de 5'000 fr. et qu'une décision relative aux heures supplémentaires accomplies en 2015 ne pourrait être prise qu'une fois l'exercice 2015 bouclé.

Les 8 avril et 1^{er} juin 2016, O._____ a revendiqué auprès d'E._____ SA le paiement des heures supplémentaires effectuées en 2014 et 2015.

Le 22 juin 2016, E._____ SA a répondu à O._____ qu'aucune suite favorable ne pourrait être donnée à son courrier du 1^{er} juin 2016.

19. Par demande du 3 mars 2017, O._____ a conclu à ce qu'E._____ SA soit condamnée à lui verser la somme brute de 26'273 fr. 07 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2016.

Dans sa réponse du 6 juin 2017, E._____ SA a conclu au rejet de la demande.

20. L'audience de jugement s'est tenue le 25 septembre 2017. A cette occasion, O._____ et G._____, pour E._____ SA, ont été interrogés en qualité de parties, tandis que P._____ ainsi que D._____, employés d'E._____ SA et anciens collègues d'O._____, ont été entendus comme témoins. Lors de la reprise d'audience de jugement du 27 novembre 2017, Z._____ a été interrogé en qualité de partie.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il doit être introduit 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, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées) 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 Dans la partie « faits » de son mémoire, l'appelant déclare faire sien l'exposé des faits contenu dans la décision entreprise, tout en contestant et en rappelant certains points.

3.2 L'appelant conteste les affirmations de Z._____ selon lesquelles il aurait bénéficié d'un horaire de travail flexible. Il reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'il disposait d'un tel horaire sur la base des seules déclarations du prénommé, qui ne constitueraient que de simples déclarations de partie dès lors que Z._____ est inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur de l'intimée. Ces déclarations ne seraient au demeurant pas confirmées par d'autres éléments du dossier, l'appelant soulignant que l'interrogatoire en question est intervenu après la première audience de jugement lors de laquelle les témoins et les parties avaient été entendus.

Dans la mesure où cette critique a trait à l'appréciation des preuves et est reprise par l'appelant à l'appui de l'un de ses griefs, elle sera discutée ci-après (cf. *infra* consid. 5.2).

3.3 L'appelant fait également valoir qu'il trouve particulièrement mal placés et inacceptables les sous-entendus de Z._____ concernant son « tempérament méditerranéen » et ses origines italiennes pour essayer de justifier son licenciement.

Cette critique est toutefois sans incidence sur l'issue de l'appel, dès lors que la question litigieuse a trait au paiement des heures supplémentaires et non à la validité du licenciement. En outre, on rappellera que si les termes « tempérament méditerranéen » figurent effectivement dans les déclarations de Z._____ telles qu'elles ont été

protocoles à l'audience, l'autorité précédente ne s'est pas fondée sur ces déclarations pour statuer.

3.4 L'appelant conteste les commentaires contenus dans le procès-verbal d'entretien d'évaluation annuel 2014-2015 du 30 novembre 2015, en particulier sous chiffres 3 et 4, en invoquant que son point de vue ne figurerait pas dans ce document qu'il n'aurait au demeurant pas signé.

A nouveau, cette critique est sans incidence sur l'issue du litige. Les chiffres 3 et 4 de ce document n'ont pas été reproduits dans l'état de fait et les seuls éléments factuels retenus par les premiers juges sur la base de ce titre sont le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'appelant en 2014 (251,8 h) et le fait que celles-ci ont été payées à hauteur de 5'000 fr., soit des éléments allégués par l'intéressé lui-même.

3.5

3.5.1 L'appelant entend implicitement faire compléter l'état de fait au sujet de ses différents soldes de vacances non prises à la fin des années 2014, 2015 et 2016.

3.5.2 En procédure simplifiée, le tribunal établit les faits d'office dans les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr. (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).

L'art. 247 al. 2 CPC prévoit la maxime inquisitoire simple – qualifiée aussi de maxime inquisitoire sociale –, et non la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 al. 3 CPC. La maxime inquisitoire sociale a pour but de protéger la partie faible au contrat, de garantir l'égalité entre les parties au procès et d'accélérer la procédure (ATF 125 III 231 consid. 4a). Selon la volonté du législateur, le tribunal n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue, mais ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative (TF 4A_702/2016 du 23 mars 2017 consid. 3.1).

Ainsi, conformément à la jurisprudence rendue sous l'empire des art. 274d al. 3 et 343 al. 4 aCO, en première instance, les parties doivent renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge doit les informer de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets, mais seulement s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Son rôle ne va toutefois pas au-delà (à propos de l'art. 274d al. 3 aCO, cf. ATF 136 III 74 consid. 3.1 ; ATF 125 III 231 consid. 4a ; à propos de l'art. 343 al. 4 aCO, cf. ATF 107 II 233 consid. 2c ; TF 4A_397/2013 du 11 février 2014 consid. 4.4). C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre le « devoir du juge de rechercher des preuves » évoqué dans l'ATF 139 III 13 consid. 3.2 ; si le juge a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuve pertinents, « il n'est pas lié par l'offre de preuve » de cette partie. Toutefois, lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire. Il n'appartient en effet pas au juge de fouiller le dossier pour tenter d'y trouver des moyens de preuve en faveur d'une partie (ATF 141 III 569 consid. 2.3.2 ; TF 4A_491/2014 du 30 mars 2015 consid. 2.6.1).

3.5.3 En l'espèce, les soldes de vacances non prises de l'appelant ne résultent pas de l'état de fait. On constate toutefois que ces éléments n'ont pas été allégués en première instance, de sorte qu'au vu des principes rappelés ci-dessus, on ne saurait faire grief aux premiers juges de ne pas les avoir intégrés à l'état de fait, quand bien même ils ressortiraient de pièces figurant au dossier. Ces éléments factuels ne peuvent pas davantage être invoqués en appel dès lors qu'ils sont irrecevables au regard de l'art. 317 CPC.

4.

4.1 L'appelant fait grief à l'autorité précédente d'avoir implicitement retenu que son contrat de travail prévoyait une clause valable d'exclusion de rémunération des heures supplémentaires. Il soutient que la clause prévue à l'art. 3 du contrat serait nulle dans la mesure où elle n'indiquerait pas expressément que la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de base. Il fait également valoir que les parties ne se seraient pas accordées pour exclure la rémunération des heures supplémentaires dès lors que l'intégralité de celles effectuées en 2013 ont été rémunérées, que celles effectuées en 2014 ont été partiellement rémunérées et que les témoins P. _____ et D. _____ auraient déclaré que leurs heures supplémentaires avaient été rémunérées soit entièrement soit partiellement.

L'intimée soutient que la clause du contrat conclu entre les parties concernant les heures supplémentaires serait claire et valable au regard de l'art. 321c CO, de sorte que l'appelant savait qu'il pouvait compenser ses heures supplémentaires par un congé et que, à défaut, celles-ci n'allaient pas forcément être rémunérées. Elle précise que le salaire annuel brut de l'appelant devrait être considéré comme un très bon salaire et qu'il ne serait pas nécessaire que la clause de renonciation spécifie que la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de base si celui-ci est suffisamment élevé.

Les premiers juges ont retenu que le contrat de travail liant les parties prévoyait un système clair et appliqué de la même manière pour tous les employés, selon lequel les heures supplémentaires devaient être récupérées en temps libre et, à défaut de compensation, pouvaient être rémunérées « à bien plaisir ».

4.2

4.2.1 L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (art. 321c

al. 2 CO). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (art. 321c al. 3 CO).

L'art. 321c al. 3 CO n'est ainsi qu'en partie impératif ; les parties peuvent y déroger, mais seulement dans le cadre d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective de travail (ATF 124 III 469 consid. 2a et les références citées). La jurisprudence précise encore qu'en application de l'art. 321c al. 3 CO, les parties peuvent, sous l'une des formes prescrites, prévoir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 consid. 3a et les références citées ; TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018 consid. 6 ; TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011 consid. 2).

Certains auteurs déduisent de la jurisprudence que la rémunération suffisamment élevée est une condition nécessaire à la validité matérielle d'une clause d'exclusion de toute indemnisation pour les heures supplémentaires, de sorte qu'une telle clause doit être appréciée au regard du salaire perçu (Witzig, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 377, n. 119 ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 107 ; Dunand, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 44 ad art. 321c CO). Selon Wyler/Heinzer, il n'est pas nécessaire que la clause de renonciation spécifie que la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé si ce salaire est suffisamment élevé pour que l'on admette que l'employé est équitablement rémunéré par le salaire mensuel (Wyler/Heinzer, *ibidem*). Dunand soutient une opinion contraire en ce sens que la clause d'exclusion doit expressément mentionner, sous peine de nullité, que les heures supplémentaires sont rémunérées forfaitairement (Dunand, *ibidem*).

Le Tribunal fédéral ne s'est prononcé plus avant sur la controverse doctrinale en la matière que dans la mesure où elle fait référence à la théorie de l'imprévision. Selon la Haute cour, cette théorie intervient, le cas échéant, en ce sens que si le travailleur est amené à accomplir des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord, l'employeur ne peut pas se prévaloir dudit accord pour refuser une rémunération spécifique (TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018 consid. 6 et la référence aux contributions doctrinales citées dans l'arrêt 4A_73/2011 du 2 mai 2011 consid. 4).

4.2.2 En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO ; ATF 128 III 419 consid. 2.2). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse des déclarations antérieures à la conclusion du contrat, des projets de contrat, de la correspondance échangée ou encore de l'attitude des parties après la conclusion du contrat (TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.1.1 et les références citées). La recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; ATF 125 III 305 consid. 2b). Déterminer ce qu'un cocontractant savait et voulait au moment de conclure relève des constatations de fait (ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; ATF 130 III 102 consid. 4.2 ; ATF 128 III 419 consid. 2.2).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite

objective ; ATF 133 III 675 consid. 3.3). Le juge part en premier lieu de la lettre du contrat. En principe, les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2). Toutefois, il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Ainsi, l'interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais aussi sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 ; ATF 119 II 449 consid. 3a). Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 ; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

4.3 En l'espèce, l'art. 3 du contrat de travail conclu entre les parties prévoit que les heures supplémentaires ne sont en principe pas payées et doivent être récupérées en temps libre dans les six mois, qu'au-delà de ce délai, toute heure supplémentaire n'est plus récupérable ni compensable, qu'une fois l'an, la direction définit si les heures supplémentaires non récupérées sont compensées financièrement et que cette compensation financière n'est pas contractuelle et est versée « à bien plaisir », la décision de la direction étant communiquée aux employés au plus tard durant le premier trimestre de l'année qui suit.

Le contrat prévoit ainsi clairement que les heures supplémentaires qui seront effectuées ne sont en principe pas rémunérées et doivent être récupérées en temps libre ; si celles-ci ne sont pas récupérées, l'intimée décide si et dans quelle mesure elles sont rémunérées. Il s'agit d'un système « mixte » qui prévoit le principe du non-paiement des heures supplémentaires – ce qui constitue une clause d'exclusion au sens de l'art. 321c al. 3 CO –, lesquelles doivent alors être

récupérées en temps libre conformément à l'art. 321c al. 2 CO, tout en laissant la possibilité que ces heures soient payées « à bien plaisir » si elles ne sont pas récupérées. Le texte du contrat est à cet égard non équivoque puisqu'il y est précisé que « la Direction définit si les heures supplémentaires non récupérées sont compensées financièrement », l'emploi de la conjonction « si » démontrant que l'intimée se réservait le droit de rémunérer ou de ne pas rémunérer ces heures, tout comme l'emploi de l'expression « à bien plaisir ». Le courriel adressé par l'intimée à ses employés le 17 mars 2014 vient également confirmer qu'elle se réservait le droit de rémunérer ou non les heures supplémentaires dès lors qu'il y est indiqué « nous devons comptabiliser les heures supplémentaires afin d'estimer à quelle (sic) niveau ces heures peuvent être payées », l'emploi du verbe « pouvoir » démontrant le caractère potestatif de la rémunération. Il ressort de l'état de fait que l'appelant n'a jamais compensé ses heures supplémentaires – dont le principe et la quotité ne sont pas remis en cause – par du temps libre. Durant la relation contractuelle, l'intimée a décidé de rémunérer entièrement les heures supplémentaires effectuées par l'appelant en 2013 en remerciement des efforts réalisés, de rémunérer partiellement les heures effectuées en 2014 compte tenu des efforts réalisés et de ne pas rémunérer les heures supplémentaires effectuées en 2015 et en 2016. En rémunérant les heures supplémentaires 2013 et 2014, l'intimée a fait usage de la possibilité prévue par l'art. 3 du contrat de déroger, selon son bon vouloir, au principe du non-paiement des heures supplémentaires non récupérées en temps libre, et on ne saurait déduire de cette circonstance que les parties ne se seraient pas accordées pour en principe exclure toute rémunération. En outre, comme l'ont relevé les premiers juges, le système prévu par cette disposition a aussi été appliqué pour les collègues de l'appelant. Le témoin P. _____ a en effet déclaré que la compensation des heures supplémentaires était « discutée lors d'entretiens annuels réguliers sur une base de décision de la direction », que la société demandait de compenser au maximum les heures supplémentaires et que le solde de celles-ci était ensuite discuté lors des entretiens annuels et était soit payé en partie ou en entier. Quant au témoin D. _____, il a expliqué que les heures supplémentaires étaient compensées « soit en diminuant [les]

heures de travail quotidiennes soit en heures de congé » et que l'intimée lui avait déjà rémunéré ses heures supplémentaires en 2014 à hauteur d'environ 2'000 francs. Le fait que le témoin P._____ ait déclaré que les heures supplémentaires non récupérées étaient rémunérées soit en partie soit en entier ne permet pas non plus de considérer que les parties ne se seraient pas accordées pour en principe exclure toute rémunération, mais démontre que dans le cas de cet employé, l'intimée a fait usage de sa faculté de rémunérer en tout ou en partie les heures supplémentaires non récupérées, comme elle l'a fait dans le cas de l'appelant pour les années 2013 et 2014.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, la clause d'exclusion prévue par le contrat, qui respecte la forme écrite, est valable. En effet, la question de savoir si une telle clause doit expressément mentionner, sous peine de nullité, que la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral et est controversée en doctrine. On ne saurait donc déduire de l'absence d'une mention expresse de la rémunération forfaitaire comprise dans le salaire que la clause du contrat excluant le principe de la rémunération des heures supplémentaires serait nulle. A cela s'ajoute qu'au vu du salaire annuel brut de 130'000 fr., respectivement de 131'300 fr. dès le 1^{er} juillet 2014, perçu par l'appelant pour sa fonction de « Senior Project Manager », il y a lieu de considérer que le salaire de base est suffisamment élevé pour rémunérer forfaitairement les heures supplémentaires, ce que l'intéressé ne conteste d'ailleurs pas. On soulignera en outre à cet égard que l'appelant a vu son salaire être augmenté dès le 1^{er} juillet 2014, année lors de laquelle il a effectué le plus d'heures supplémentaires.

Compte tenu de ce qui a été exposé, il se justifie de retenir que les parties se sont accordées, au moyen d'une clause non équivoque et valable, pour exclure la rémunération des heures supplémentaires, celles-ci devant être compensées en temps libre et l'intimée se réservant le droit de rémunérer entièrement ou partiellement, ou de ne pas

rémunérer, les heures supplémentaires non compensées. Le grief est dès lors mal fondé.

5.

5.1 Pour le cas où la clause d'exclusion examinée ci-dessus serait tenue pour valable, l'appelant soutient en substance que l'intimée ne lui aurait pas permis de compenser ses heures supplémentaires. Il fait valoir que lorsque son employeur lui a communiqué le 30 novembre 2015 – soit au même moment que l'annonce de son licenciement – sa décision quant au traitement des heures supplémentaires de l'année 2014, il n'aurait plus pu compenser ses heures supplémentaires de l'année 2015 dans le délai contractuel de six mois. Il allègue également qu'il n'aurait pas disposé d'un horaire flexible, de sorte qu'il aurait été dans l'impossibilité de compenser ses heures supplémentaires par du temps libre, ce d'autant que celles-ci ne pouvaient prétendument être compensées que si l'entier des jours de vacances avait été pris.

L'intimée soutient que l'appelant n'aurait jamais demandé à compenser ses heures supplémentaires alors qu'il en aurait eu la possibilité à tout moment et que son horaire de travail souple lui aurait permis de le faire, par exemple en réduisant ses horaires quotidiens.

Les premiers juges ont retenu que l'appelant n'avait pas demandé à compenser ses heures supplémentaires par du temps libre entre 2014 et 2016, à l'exception d'une fois au mois de septembre 2015 où il lui avait été répondu qu'il fallait prendre en premier lieu ses congés sur ses jours de vacances avant de compenser des heures supplémentaires, en relevant que le même système avait été appliqué pour ses collègues qui avaient pris la plupart de leurs heures supplémentaires sous forme de congés ou de diminution de leur temps de travail quotidien, après avoir posé leurs jours de vacances en priorité. Les magistrats ont ainsi considéré que l'appelant avait échoué à prouver que l'intimée refusait qu'il compense ses heures supplémentaires par du temps libre et que rien n'avait empêché l'intéressé de le faire, que ce soit

sous la forme de diminution de son temps de travail quotidien ou de prise de jours de congé, dès lors qu'il n'était pas établi que l'intimée refusait cet arrangement pour ses employés.

5.2 En l'espèce, il ressort du dossier qu'au cours de la relation contractuelle et alors que l'appelant effectuait des heures supplémentaires chaque année, celui-ci n'a demandé qu'à une seule occasion, en septembre 2015, à pouvoir prendre un jour de congé sous forme de « compensation » d'heures supplémentaires. L'intimée lui a alors répondu qu'il fallait voir avec le chef de projet concerné si cela était possible et que, dans tous les cas, il fallait prendre en premier lieu ses congés sur ses jours de vacances avant de compenser les heures supplémentaires. A l'inverse de ce que prétend l'appelant, l'intimée n'a pas refusé cette demande, mais a rappelé à l'intéressé la pratique selon laquelle les vacances devaient être prises en priorité avant la compensation des heures supplémentaires, pratique mise en place pour tous les employés comme l'ont confirmé les témoins P._____ (« L'entreprise nous demande de prendre d'abord les vacances avant de compenser les heures supplémentaires ») et D._____ (« [...], la politique de l'entreprise était de prendre d'abord les congés payés et ensuite les heures supplémentaires »). En outre, il ressort des déclarations des témoins précités que les demandes de compensation étaient acceptées si la charge de travail le permettait. Contrairement à ce que soutient l'appelant, on ne saurait retenir que l'intimée a refusé qu'il compense huit heures supplémentaires pour un mariage. Au vu du contenu de sa demande y relative du 17 février 2016, qui se réfère au « congé payé pour mariage dans la famille » de la Convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse, on ne peut pas considérer qu'il s'agissait d'une demande de compensation d'heures supplémentaires et la réponse de l'intimée ne constituait au demeurant pas un refus (« Je ne vais pas réfléchir plus loin pour 8 heures », « Je verrai pour ces heures avec Z._____ »). Partant, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'il n'était pas établi que l'intimée refusait que les heures supplémentaires soient compensées par du temps libre.

L'appelant fait encore grand cas du fait que l'intimée ne lui a communiqué sa décision quant à la rémunération partielle de ses heures supplémentaires 2014 que le 30 novembre 2015, alors que l'art. 3 du contrat dispose que la décision quant à la rémunération de ces heures est communiquée au plus tard durant le « premier trimestre de l'année qui suit », ce qui aurait rendu impossible la compensation des heures supplémentaires 2015. Ce faisant, l'appelant perd de vue que le système institué par le contrat prévoit le principe du non-paiement des heures supplémentaires et de leur récupération en temps libre « dans les 6 mois », puis, dans un deuxième temps, une décision de l'intimée quant à la rémunération éventuelle des heures non récupérées. Or, comme déjà mentionné, il n'est pas établi que l'appelant ait demandé à récupérer ses heures supplémentaires effectuées en 2014 ou en 2015 dans le délai contractuel de six mois, à l'exception d'une seule fois en septembre 2015 où sa demande n'a pas été refusée. Il n'est d'ailleurs pas non plus établi que l'intimée ne serait pas entrée en matière sur une demande de compensation d'heures supplémentaires intervenue postérieurement à ce délai de six mois. L'appelant n'avait ainsi pas à attendre la décision de l'intimée quant à l'éventuelle rémunération des heures supplémentaires effectuées en 2014 pour récupérer les heures supplémentaires effectuées en 2015. Partant, il ne peut se prévaloir d'aucune violation contractuelle qui aurait préterité ses droits de la part de l'intimée.

En ce qui concerne les possibilités effectives de compenser les heures supplémentaires, les premiers juges ont retenu que l'appelant bénéficiait d'un horaire de travail souple lui permettant de travailler plus à certaines périodes et moins à d'autres, sans que trop d'heures de présence lui soient imposées, et qu'il pouvait compenser ses heures supplémentaires sous la forme d'une diminution de son temps de travail quotidien ou de prise de jours de congé. Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique et il ne saurait être reproché à l'autorité précédente de s'être notamment fondée à cet égard sur les déclarations de Z._____, interrogé en qualité de partie au sens de l'art. 191 CPC, dès lors qu'il s'agit d'un mode de preuve sur lequel le jugement peut pleinement se fonder (TF 5A_113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2), et que ces déclarations

sont compatibles avec les autres preuves administrées, sans égard au fait qu'elles soient intervenues après la première audience de jugement. Z._____ a en effet déclaré que chez l'intimée, « les horaires imposés [étaient] faibles (10-12 heures et 14-16 heures) » et que la société demandait de « travailler plus à certaines périodes en fonction des objectifs, mais s'ils [réd. les employés] d[evaient] partir plus tôt cela ne pos[ait] pas de problème », ce qui a été confirmé par le témoin D._____ - dont les déclarations ne sont pas remises en cause en appel -, qui a indiqué que « de manière générale, les heures supplémentaires [étaient] compensées soit en diminuant [l]es heures de travail quotidiennes soit en heures de congé ». Le fait que le contrat de travail de l'appelant prévoyait un horaire de travail hebdomadaire de quarante heures ne permet pas de considérer qu'il ne pouvait pas compenser ses heures supplémentaires en diminuant ses heures de travail quotidiennes ou en prenant des jours de congé dès lors que l'horaire hebdomadaire constituait une moyenne à laquelle il pouvait être fait exception moyennant l'accord préalable du supérieur hiérarchique (cf. art. 3 du contrat de travail). Les demandes de compensation devaient en effet être soumises au supérieur hiérarchique, comme le démontrent le formulaire complété par l'appelant en septembre 2015 pour demander un jour de compensation et les déclarations du témoin D._____ (« Si la charge de travail le permet, nos demandes de compensation sont acceptées »). Quant au fait que l'appelant devait en priorité prendre ses jours de vacances avant de compenser ses heures supplémentaires, on rappellera que cette pratique avait été mise en place pour tous les employés sans que cela les empêche de compenser leurs heures, ainsi que l'ont expliqué les témoins P._____ et D._____. Dans ces conditions, c'est à tort que l'appelant prétend qu'il aurait été dans l'impossibilité de compenser ses heures supplémentaires.

Compte tenu de ce qui a été exposé, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'aucun motif n'avait empêché l'appelant de compenser ses heures supplémentaires avec du temps libre et qu'en renonçant à cette possibilité, il avait pris le risque que celles-ci ne soient pas rémunérées dès lors que les heures non récupérées n'étaient payées qu'« à bien plaisir ».

6.

6.1 L'appelant se prévaut à titre subsidiaire à ce stade de la procédure de la théorie de l'imprévision. Il soutient qu'il ne pouvait pas s'attendre, d'une part, à ce que ses heures supplémentaires ne soient pas rémunérées et, d'autre part, à devoir effectuer autant d'heures supplémentaires, ce qui créerait une disproportion grave entre sa prestation et la contre-prestation de l'intimée rendant le maintien du contrat abusif.

L'intimée fait valoir qu'en signant le contrat de travail, l'appelant aurait parfaitement eu conscience du système de la compensation des heures supplémentaires et de la rémunération à bien plaisir des heures non compensées. Elle ajoute que les nombreuses heures supplémentaires effectuées par l'intéressé auraient été réalisées sans son accord et n'auraient pas été justifiées.

6.2 La théorie de l'imprévision intervient, le cas échéant, en ce sens que l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une clause d'exclusion de la rémunération des heures supplémentaires lorsque le travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord (TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018 consid. 6 ; TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011 consid. 4).

Dans la mesure où l'application de la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*) va à l'encontre du principe de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*), le juge doit s'astreindre à la plus grande retenue au moment d'intervenir dans l'accord passé entre les parties (Winiger, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012 [cité ci-après : CR-CO I], n. 214 ad art. 18 CO ; Kramer, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Berne 1985, n. 333 ad art. 18 CO). La seule existence d'un déséquilibre économique entre les parties ou encore le fait que les espérances de l'une d'entre elles aient été déçues ne suffisent pas à justifier l'immixtion du juge dans l'accord librement négocié

et conclu par les parties. Une intervention du juge dans un contrat en raison d'un changement de circonstances doit rester exceptionnelle et suppose que celui-ci n'était ni prévisible ni évitable, qu'il altère gravement l'équilibre des prestations dans des cas semblables à la présente espèce et que le contrat n'a pas été exécuté sans réserve (ATF 127 III 300 consid. 5b, JdT 2001 I 239 ; ATF 62 II 42 consid. 2 ; Winiger, op. cit., nn. 193 ss ad art. 18 CO ; Thévenoz, CR-CO I, n. 5 ad art. 119 CO ; Tercier/Pichonnaz, Droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012, nn. 963 ss, pp. 217 ss).

6.3 En l'espèce, on ne saurait suivre l'appelant lorsqu'il soutient que lors de la conclusion du contrat travail, il ne pouvait pas s'attendre à ce que ses heures supplémentaires ne soient pas payées. Il a en effet été démontré ci-dessus que l'art. 3 du contrat prévoyait un système clair selon lequel les heures supplémentaires n'étaient en principe pas rémunérées (cf. *supra* consid. 4.3).

En ce qui concerne le nombre d'heures supplémentaires qu'il a effectuées et qui fonderait l'existence d'une disproportion grave entre les prestations des parties justifiant l'application de la théorie de l'imprévision, l'appelant se contente de relever que durant la relation contractuelle, il a effectué 103 heures supplémentaires en 2013, 251,8 en 2014, 133,8 en 2015 et 19,1 en 2016, soit un total de 507,7 heures supplémentaires « correspondant à plus de 12 semaines en moins de trois ans de travail », ce qui est manifestement insuffisant au regard des exigences de motivation. En effet, l'intéressé, qui était tenu d'effectuer des heures supplémentaires si les circonstances l'exigeaient selon l'art. 3 de son contrat de travail, ne précise pas dans quelle proportion les heures supplémentaires effectuées auraient excédé notablement celles qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, et cet élément, qui n'a pas été allégué en première instance, ne ressort pas de l'état de fait. L'appelant ne démontre dès lors pas que les heures supplémentaires dont il demande la rémunération constitueraient un changement de circonstances imprévisible et inévitable altérant gravement l'équilibre des prestations.

Il s'ensuit que le moyen, mal fondé, doit être rejeté.

7.

7.1 En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé.

7.2 Il ne sera pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance, la procédure étant gratuite en matière de litiges relevant d'un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. (art. 114 let. c CPC).

Vu le sort de l'appel, l'appelant versera à l'intimée la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC et 7 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance.
- IV.** L'appelant O._____ doit verser à l'intimée E._____ SA la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Elodie Surchat (pour O. _____),
- Me Léonie Spreng (pour E. _____ SA),

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

- Mme la Présidente du Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne.

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).

Le greffier :