

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 13 novembre 2019

---

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente  
M. Kaltenrieder et Mme Courbat, juges  
Greffier : M. Hersch

\* \* \* \* \*

**Art. 220 CPC-VD ; 321c, 329d al. 2, 330a al. 1 et 336 al. 1 let. d CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **A. \_\_\_\_\_ SA**, à Guernesey, défenderesse, et sur l'appel joint interjeté par **I. \_\_\_\_\_**, à Payerne, demandeur, contre le jugement rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2018 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 1<sup>er</sup> novembre 2018, dont les considérants ont été adressés aux parties pour notification le 18 janvier 2019, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le Tribunal civil ou les premiers juges) a condamné A. \_\_\_\_\_ SA à verser à I. \_\_\_\_\_ la somme de 40'171 fr. 45 bruts, sous déduction des charges sociales, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2010 et à remettre à celui-ci un certificat de travail portant sur l'activité déployée entre le 1<sup>er</sup> mai 2008 et le 30 juin 2010 (I et II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), a arrêté les frais de justice d'I. \_\_\_\_\_ à 24'785 fr. et ceux d'A. \_\_\_\_\_ SA à 3'375 fr. et a laissé les frais de justice d'I. \_\_\_\_\_ par 24'285 fr. à la charge de l'Etat, le solde par 500 fr. étant couvert par le solde d'avance des dépens frustraires (IV), a arrêté l'indemnité de Me Olivier Boschetti, conseil d'office d'I. \_\_\_\_\_, à 1'311 fr. 75, débours et TVA compris, pour la période du 5 septembre au 19 octobre 2018 (V), a rappelé la teneur de l'art. 123 CPC (VI), a relevé Me Boschetti de sa mission de conseil d'office (VII) et a condamné A. \_\_\_\_\_ SA à verser à I. \_\_\_\_\_ la somme de 38'385 fr. à titre de dépens (VIII).

Les premiers juges étaient amenés à statuer sur des conclusions prises par I. \_\_\_\_\_ contre son ex-employeur A. \_\_\_\_\_ SA ensuite de son licenciement. En droit, ils ont considéré que le licenciement d'I. \_\_\_\_\_ n'était pas abusif car au moment où l'employé avait sollicité un décompte de ses heures supplémentaires et de ses vacances, l'employeur avait déjà commencé à rédiger la lettre de licenciement, l'employeur ayant au demeurant demandé à son employé de changer sa façon de gérer le magasin de Lausanne lors de trois entretiens antérieurs. Reprenant les constatations de l'expert, les premiers juges ont retenu que durant les rapports de travail, I. \_\_\_\_\_ avait effectué 328 heures supplémentaires et avait droit à un solde 47.84 jours de vacances non prises. Celles-ci dépassaient la durée de la période où l'employé avait été libéré de son obligation de travailler, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être compensées. En outre, I. \_\_\_\_\_ avait droit à être indemnisé pour

58.13 jours de repos et 13 jours fériés non pris ainsi que pour 26.68 heures de travail de nuit. Enfin, il avait droit à 3'243 fr. de solde de 13<sup>e</sup> salaire, auquel s'ajoutait 2'840 fr. 65 de 13<sup>e</sup> salaire sur les montants alloués. Au total, I.\_\_\_\_\_ avait droit à la somme de 40'171 fr. 45 bruts, sous déduction des charges sociales, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2010. En outre, A.\_\_\_\_\_ SA devait lui remettre un certificat de travail portant sur l'activité déployée. I.\_\_\_\_\_ obtenant gain de cause sur le principe mais se voyant allouer un peu moins de la moitié de ses conclusions, A.\_\_\_\_\_ SA devait lui verser des dépens réduits d'une demie, par 38'385 francs.

**B.** Par acte du 20 février 2019, A.\_\_\_\_\_ SA a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la demande d'I.\_\_\_\_\_ soit rejetée à l'exception d'un montant de 2'148 fr. 20 dû par A.\_\_\_\_\_ SA et subsidiairement à la réforme du chiffre VIII de son dispositif en ce sens que les dépens soient partagés par moitié entre les parties. Elle a produit un bordereau de pièces et a requis que l'expert B.\_\_\_\_\_ ainsi que les témoins P.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ soient entendus à nouveau et qu'une nouvelle expertise soit ordonnée.

Le 25 mars 2019, I.\_\_\_\_\_ a requis l'assistance judiciaire, qui lui a été accordée le 26 mars 2019, Me Olivier Boschetti étant désigné en qualité de conseil d'office. Le 9 avril 2019, il a requis le paiement par A.\_\_\_\_\_ SA de sûretés en garantie des dépens à hauteur de 5'000 francs. Le 3 mai 2019, A.\_\_\_\_\_ SA a conclu au rejet de la requête de sûretés.

Dans sa réponse du 9 mai 2019, I.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel d'A.\_\_\_\_\_ SA. Il a déposé le même jour un appel joint, au pied duquel il a conclu à la réforme du jugement par l'ajout à son dispositif d'un chiffre Ibis condamnant A.\_\_\_\_\_ SA à lui payer le montant net de 36'846 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2010.

Le 16 mai 2019, le Juge délégué de la Cour d'appel civile (ci-après : le Juge délégué) a déclaré irrecevable la requête de sûretés d'I.\_\_\_\_\_, les frais de l'ordonnance, par 400 fr., étant provisoirement laissés à la charge de l'Etat et I.\_\_\_\_\_ devant verser à A.\_\_\_\_\_ SA la somme de 200 fr. à titre de dépens de l'incident.

Une audience a été tenue devant le Juge délégué le 27 mai 2019.

Le 17 juin 2019, A.\_\_\_\_\_ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel joint déposé par I.\_\_\_\_\_.

La cause a été gardée à juger le 6 août 2019.

Le 29 août 2019, A.\_\_\_\_\_ SA a réitéré les mesures d'instructions sollicitées dans son appel du 20 février 2019. I.\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de celles-ci le 4 septembre 2019.

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

**1.** Le 10 février 2006, I.\_\_\_\_\_ a débuté son activité pour le compte d'A.\_\_\_\_\_ SA, anciennement dénommée [...] SA. Par contrat de travail du 2 octobre 2008, il a été engagé à temps plein en qualité de *store-manager* du [...] de Lausanne. Son cahier des charges comprenait l'administration du magasin, la gestion du personnel et l'implémentation des standards de l'entreprise. Son salaire mensuel brut s'élevait à 4'500 fr. de mai à août 2008, à 4'600 fr. de septembre à novembre 2008, à 4'800 fr. de décembre 2008 à janvier 2009 et à 5'000 fr. dès février 2009. Le versement d'un treizième salaire était prévu. La durée hebdomadaire du travail s'élevait à 42 heures et l'employé avait droit à 5 semaines de vacances par an. De la deuxième à la neuvième année de service, le contrat pouvait être résilié moyennant un préavis de deux mois pour la fin

d'un mois. Les éventuelles prétentions de l'employé découlant de temps supplémentaire effectué devaient être compensées par du temps libre dans une proportion correspondante.

Le contrat de travail d'I.\_\_\_\_\_ était soumis à la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT). Celle-ci prévoyait dans sa version en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 que la durée de travail était de 42 heures par semaine (art. 15 al. 1 CCNT). Lorsque l'employé effectuait des heures supplémentaires et que celles-ci ne pouvaient pas être compensées par du temps libre, l'employé avait droit au paiement de celles-ci à 125 % du salaire brut (art. 15 al. 5 CCNT). L'employé avait droit à 2 jours de repos hebdomadaires (art. 16 al. 1 CCNT), à 5 semaines de vacances par an, soit 2.92 jours civils par mois (art. 17 al. 1 CCNT) et à 6 jours fériés par an (art. 18 al. 1 CCNT). L'art. 21 CCNT prévoyait en outre que l'employeur tenait un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Le collaborateur pouvait s'informer à n'importe quel moment sur ses heures de travail, jours de repos, jours fériés et vacances qui lui restaient à prendre (al. 2). Si l'employeur n'observait pas ladite obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur était admis comme moyen de preuve en cas de litige (al. 3).

**2.** En 2008 et en 2009, le Service de l'emploi a procédé à plusieurs contrôles du [...] de Lausanne, au cours desquels il a constaté des manquements. En particulier, ensuite d'un contrôle effectué le 30 juin 2009, le Service de l'emploi a relevé dans un rapport du 11 septembre 2009 que la compensation des heures supplémentaires du personnel fixe était invérifiable, que le travail de nuit n'avait pas fait l'objet d'une compensation en temps ou salaire, que le 13<sup>e</sup> salaire n'avait pas entièrement été versé aux employés et que certains employés ne disposaient pas d'une autorisation de travail. Un délai au 30 novembre 2009 a été fixé à A.\_\_\_\_\_ SA pour régulariser la situation.

Le 15 décembre 2009, U.\_\_\_\_\_, responsable régional pour la Suisse romande d'A.\_\_\_\_\_ SA a mené un entretien avec I.\_\_\_\_\_ à

propos de la situation du magasin de Lausanne. U.\_\_\_\_\_ a relevé plusieurs problèmes, soit le service, le niveau moyen de formation des employés et le fait qu'un nettoyage du magasin était urgent. Il a demandé à I.\_\_\_\_\_ de mettre immédiatement en place des horaires conformes à la CCNT, de former les employés et de maintenir le magasin propre. A cette fin, il lui a recommandé de prendre le temps pour mettre en place des horaires conformes à la CCNT, d'utiliser les documents fournis, de coacher les employés individuellement et de mettre en place un planning de nettoyage.

Une nouvelle séance pour discuter des performances et du management a eu lieu le 24 février 2010. U.\_\_\_\_\_ a mentionné que le service, les ressources humaines et l'hygiène étaient problématiques. Il a requis d'I.\_\_\_\_\_ qu'il engage et forme plus de 20 employés, qu'il se charge de la formation et qu'il suive les procédures à 100 %. L'employé disposait d'un délai au 1<sup>er</sup> avril 2010 pour atteindre ces objectifs.

Le 27 février 2010, P.\_\_\_\_\_, responsables régional pour la Suisse romande d'A.\_\_\_\_\_ SA, a adressé aux employés du [...] de Lausanne un courriel comprenant les passages suivants : *« c'est le moment de se réveiller (...). Chaque problème est traité comme CAPITAL. Vous devez (...) REAGIR. Pas « demain » parce que là je suis « en congé ». Demain c'est trop tard. Tout le monde a droit à ses congés et doit travailler son quota d'heures. Mais quand c'est la guerre, c'est la guerre. (...) »*.

Une troisième séance a été tenue le 8 avril 2010. U.\_\_\_\_\_ a indiqué à I.\_\_\_\_\_ que la situation du magasin de Lausanne et son management le préoccupaient. Les comptes et l'inventaire n'étaient pas correctement contrôlés. Les plannings étaient établis par le *shift-manager*, alors que cette tâche incombait au *store-manager*. Certains employés déploraient une mauvaise ambiance de travail. Le service client n'était pas satisfaisant, des plaintes étant déposées tous les jours. La répartition des tâches n'était pas claire dans le magasin. U.\_\_\_\_\_ a exigé un changement de la part d'I.\_\_\_\_\_, en précisant qu'il ne tolérerait pas

davantage la situation dans laquelle I.\_\_\_\_\_ mettait selon lui la succursale de Lausanne.

**3.** Par courriel du 28 avril 2010, rédigé à 16h46, I.\_\_\_\_\_ a requis de son employeur un décompte détaillé de ses heures de travail, de ses heures supplémentaires et de ses vacances.

Le 29 avril 2010, A.\_\_\_\_\_ SA a licencié I.\_\_\_\_\_ avec effet au 30 juin 2010. La lettre de résiliation a été rédigée le 28 avril 2010 à 14h53 et remise en mains propres à I.\_\_\_\_\_ le 29 avril 2010. Le 5 mai 2010, I.\_\_\_\_\_ a déclaré s'opposer à son licenciement. Il en a demandé les motifs et a offert ses services. Le 12 mai 2010, A.\_\_\_\_\_ SA a exposé que le licenciement faisait suite aux séances des 15 décembre 2009, 24 février 2010 et 8 avril 2010, ensuite desquelles I.\_\_\_\_\_ ne s'était pas conformé aux directives de son employeur. La gestion du magasin de [...] était catastrophique et ne répondait pas aux attentes de la clientèle et de la société. A.\_\_\_\_\_ SA a libéré I.\_\_\_\_\_ de son obligation de travailler pendant le délai de congé et l'a invité à prendre son solde de vacances durant cette période.

**4.** Par demande du 24 décembre 2010, dont il a modifié les conclusions le 30 mars 2012, I.\_\_\_\_\_ a conclu au paiement par A.\_\_\_\_\_ SA de la somme de 89'627 fr. 15 avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2009 et à ce qu'ordre soit donné à A.\_\_\_\_\_ SA de lui remettre un certificat de travail portant sur l'activité déployée entre le 1<sup>er</sup> mai 2008 et le 30 juin 2010. Dans sa réponse du 11 mai 2011, confirmée le 14 septembre 2012, A.\_\_\_\_\_ SA a conclu au rejet des conclusions d'I.\_\_\_\_\_.

**5.** En cours d'instruction, une expertise a été confiée à B.\_\_\_\_\_, collaborateur de la société fiduciaire [...] SA.

Dans son rapport le 24 septembre 2014, B.\_\_\_\_\_ a constaté qu'I.\_\_\_\_\_ avait effectué 291.27 heures supplémentaires en 2008, 5.4 heures négatives en 2009 et 43.19 heures supplémentaires en 2010. Au

total, l'employé avait effectué 329.06 heures supplémentaires. L'expert a fondé son calcul sur les décomptes d'heures établis par I.\_\_\_\_\_, après les avoir contrôlés sur la base des formules d'enregistrement. L'intéressé avait ajouté sur ses décomptes les heures effectuées à certaines dates ainsi que les mardis, lorsqu'il était en séance à Genève.

S'agissant des vacances non prises, B.\_\_\_\_\_ a constaté que compte tenu du certificat médical du 19 mai 2011 attestant d'un arrêt de travail de l'employé à 100 % du 8 au 16 novembre 2008, I.\_\_\_\_\_ disposait d'un solde de vacances de 22 jours pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2008 au 30 avril 2009, de 20 jours pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2009 au 30 avril 2010 et de 5.84 jours pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2010 au 30 juin 2010. Le total de jours de vacances non pris était donc de 47.84 jours. Si l'on considérait l'arrêt de travail de novembre 2008 comme des vacances, le solde de vacances non prises était de 36.84 jours.

I.\_\_\_\_\_ disposait en outre d'un solde de jours de repos non pris de 31.37 jours en 2008, de 25.37 jours en 2009 et d'1.44 jour en 2010, pour un total de 58.18 jours de repos non pris. Par ailleurs, s'agissant des jours fériés non pris, I.\_\_\_\_\_ disposait d'un solde de 6 jours pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2008 au 30 avril 2009, de 6 jours pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2009 au 30 avril 2010 et d'un jour pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2010 au 30 juin 2010, pour un total de 13 jours fériés non pris.

I.\_\_\_\_\_ avait effectué des heures de nuit à raison de 8h25 en 2008, de 11h30 en 2009 et de 6h46 en 2010, pour un total de 26h41. Enfin, la part du 13<sup>e</sup> salaire non versée d'I.\_\_\_\_\_ s'élevait à 3'243 fr. 65, montant auquel s'ajoutaient les 3'015 fr. 30 de 13<sup>e</sup> salaire sur les montants à percevoir à titre d'heures supplémentaires, de vacances, de jours de repos, de jours fériés et d'heures supplémentaires.

B.\_\_\_\_\_ a déposé un rapport complémentaire le 20 février 2015, dans lequel il a répondu séparément à chaque allégué soumis à expertise. Il a notamment exposé que le formulaire de saisie du travail de l'employé pour l'année 2009 établi par l'employeur et adressé à la caisse

de chômage de l'employé ne correspondait pas à la réalité puisqu'il mentionnait le même nombre d'heures de travail pour tous les jours du mois. B.\_\_\_\_\_ a également répondu aux questions complémentaires posées par A.\_\_\_\_\_ SA. A la question de savoir sur quels éléments de faits reposaient les heures ajoutées sur le relevé des heures effectuées par rapport à celles découlant des pointages effectués par l'employé, il a répondu qu'I.\_\_\_\_\_ n'avait pas toujours la possibilité de pointer les heures qu'il passait à Genève les mardis, de sorte qu'il avait admis à ce sujet que les heures introduites par I.\_\_\_\_\_ n'étaient pas excessives et qu'elles pouvaient correspondre à la réalité.

**6.** L'expert B.\_\_\_\_\_ a été entendu le 10 février 2016. P.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_, responsables régionaux pour la Suisse romande d'A.\_\_\_\_\_ SA au moment des faits, ont été entendus le 22 mars 2016, respectivement le 20 avril 2016.

Par jugement du 17 mai 2016, le Tribunal civil a condamné A.\_\_\_\_\_ SA à verser à I.\_\_\_\_\_ la somme de 40'470 fr. 50 bruts, sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2010, et à remettre à I.\_\_\_\_\_ un certificat de travail relatif à l'activité déployée entre le 1<sup>er</sup> mai 2008 et le 30 juin 2010, a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions et a arrêté les frais de justice à 24'785 fr. pour I.\_\_\_\_\_ et à 3'375 fr. pour A.\_\_\_\_\_ SA, cette dernière étant condamnée à verser à I.\_\_\_\_\_ la somme de 33'385 fr. à titre de dépens.

Par arrêt du 16 janvier 2018, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a admis l'appel interjeté par A.\_\_\_\_\_ SA, a rejeté l'appel joint d'I.\_\_\_\_\_, a annulé le jugement du 17 mai 2016 et a renvoyé la cause au Tribunal civil pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En droit, la Cour d'appel civile a considéré que les premiers juges avaient retenu dans la partie « en fait » un salaire brut mensuel de l'employé de 4'500 fr. de mai à août 2008, augmenté à partir de septembre 2008 alors que dans la partie « en droit », ils s'étaient fondés sur un salaire de 4'600 fr. par mois pour toute la période allant de mai à novembre 2008. De plus, les premiers juges, en ajoutant dans le dispositif figurant après la

motivation du jugement un chiffre relatif au certificat de travail qu'ils avaient omis dans le dispositif initial, avaient modifié la teneur du jugement dans une mesure qui dépassait les possibilités de rectification prévues à l'art. 302 al. 1 CPC-VD.

Une nouvelle audience a été tenue le 19 septembre 2018 devant le Tribunal civil. A.\_\_\_\_\_ SA y a requis l'audition de l'expert B.\_\_\_\_\_. Le Tribunal civil a rejeté cette requête sur le siège, considérant que celle-ci était tardive et que l'expert avait déjà été entendu.

### **En droit :**

#### **1.**

**1.1** La décision entreprise ayant été communiquée après l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272), l'appel est régi par celui-ci (art. 405 al. 1 CPC). Cela étant, dès lors que la demande a été déposée le 24 décembre 2010, c'est l'ancien droit de procédure qui régit la procédure de première instance (art. 404 al. 1 CPC), notamment le CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, aujourd'hui abrogé).

**1.2** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC).

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 qui sont supérieures à 10'000 fr., l'appel d'A.\_\_\_\_\_ SA est

recevable. Il en va de même de l'appel joint formé par I.\_\_\_\_\_, qui est intervenu dans le délai imparti pour le dépôt de sa réponse.

## **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

**2.2** En appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC).

En l'espèce, les pièces déposées par l'appelante ont toutes déjà été produites en première instance et sont dès lors recevables.

## **2.3**

**2.3.1** A titre de mesures d'instruction, l'appelante requiert l'audition des témoins P.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_, responsables régionaux pour la Suisse romande d'A.\_\_\_\_\_ SA au moment des faits, et de l'expert B.\_\_\_\_\_. Elle requiert également une nouvelle expertise.

**2.3.2** Aux termes de l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves. Toutefois, en règle générale, l'appel est mené sur la base des pièces du dossier, sans audience, ni administration de preuves (ATF 142 III 413 consid. 2.2.1, JdT 2017 II 153, SJ 2017 I 16 ; TF 4A\_616/2016 du 10 mai 2017 consid. 4.1). L'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à

l'administration des preuves (TF 4A\_616/2016 du 10 mai 2017 consid. 4.1). L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 131 III 222 consid. 4.3; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; TF 5A\_583/2016 du 4 avril 2017 consid. 3.1.2.2 ; TF 4A\_362/2015 du 1<sup>er</sup> décembre 2015 consid. 2.2).

**2.3.3** En l'espèce, s'agissant des témoins P.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_, l'appelante ne critique pas dans son mémoire d'appel l'état de fait retenu par les premiers juges en lien avec les déclarations de ceux-ci. Dès lors, à défaut de tout grief de constatation inexacte des faits, il n'y a pas lieu de rouvrir la procédure probatoire en ce qui les concerne. Au demeurant, tant P.\_\_\_\_\_ qu'U.\_\_\_\_\_ ont été entendus en première instance en présence de l'appelante le 22 mars 2016, respectivement le 20 avril 2016.

S'agissant de l'expert B.\_\_\_\_\_, celui-ci a rendu un rapport d'expertise de 40 pages, annexes comprises, le 24 septembre 2014. Le 20 février 2015, il a rendu un complément d'expertise de 30 pages, annexes comprises, lequel répondait notamment aux questions complémentaires de l'appelante. Il a été entendu en première instance le 10 février 2016 en présence de l'appelante. Dans son premier arrêt du 16 janvier 2018, la Cour d'appel de céans a considéré que l'expertise répondait aux exigences du CPC-VD et que le fait que l'expert n'ait dans un premier temps pas répondu séparément à chaque allégué soumis à expertise ne constituait pas un motif d'annulation du jugement (consid. 3.4). Dans ces circonstances, faute d'élément nouveau, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle audition de l'expert B.\_\_\_\_\_, la Cour d'appel de céans

s'estimant suffisamment renseignée pour apprécier la valeur probante des constatations de celui-ci.

Enfin, s'agissant de la nouvelle expertise requise par l'appelante, comme l'a déjà considéré la Cour d'appel civile et comme on le verra plus bas (cf. consid. 3.4 à 3.6 *infra*), les constatations de l'expert B.\_\_\_\_\_ sont convaincantes et échappent à la critique. Une nouvelle expertise ne serait pas à même de prévaloir sur celle qui a déjà été ordonnée. Dès lors, il convient, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, de rejeter la requête de nouvelle expertise.

### **3. Appel d'A.\_\_\_\_\_ SA**

**3.1** Aux pages 2 à 10 de son mémoire d'appel, sous l'intitulé « I. Faits », l'appelante expose sa propre version des faits, sans exposer en quoi les premiers juges auraient constaté les faits de façon inexacte. En l'absence de critique motivée de l'état de fait retenu par les premiers juges, il ne sera pas tenu compte de ces développements. Il en va de même, pour les mêmes motifs, de l'exposé des faits figurant aux pages 2 à 5 et 15 à 17 du mémoire de réponse et d'appel joint de l'intimé.

**3.2** Sous l'angle d'une constatation inexacte des faits, l'appelante critique l'expertise judiciaire rendue. Celle-ci ne répondrait pas aux allégués soumis à expertise, de sorte qu'elle serait déficiente. L'expert aurait procédé à un calcul des montants dus en faveur de l'employé en se basant uniquement sur les pièces produites par intimé, en ignorant celles qu'elle avait elle-même produites. En procédant de la sorte, l'expert aurait fait preuve de partialité en faveur de l'intimé. De l'avis de l'appelante, le rôle de l'expert consisterait à calculer les montants dus, et non à déterminer si les horaires de travail allégués étaient établis ou non.

**3.3** Aux termes de l'art. 220 CPC-VD, l'expertise judiciaire est admise pour certifier une circonstance de fait ou un état de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales,

scientifiques, techniques ou professionnelles. Le juge doit mettre en œuvre une expertise s'il s'agit du mode de preuve le plus adéquat (ATF 125 III 29). L'expert judiciaire a pour tâche d'informer le juge sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant de son domaine d'expertise, d'élucider pour le tribunal des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales ou de tirer, sur la base de ces connaissances, des conclusions sur des faits existants; il est l'auxiliaire du juge, dont il complète les connaissances par son savoir de spécialiste (ATF 118 la 144 consid. 1c et les références citées).

Aux termes de l'art. 243 CPC-VD, le juge apprécie librement la valeur et la portée des expertises, mais s'il statue contrairement aux conclusions d'une expertise, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Seules des questions de fait, à l'exclusion des questions de droit, peuvent être soumises à un expert judiciaire (ATF 130 I 337 consid. 5.4.1). Déterminer si une expertise est convaincante ou non sur des points précis relève de l'appréciation des preuves. Le juge n'est en principe pas lié par le résultat d'une expertise judiciaire. S'il apprécie librement la force probante d'une expertise, le juge du fait ne peut toutefois s'écarter des conclusions de l'expert sur des éléments ressortissant de sa compétence professionnelle que pour des motifs importants qui doivent être indiqués. Il lui appartient dès lors d'examiner, au regard des autres preuves et des observations des parties, si des objections sérieuses mettent en doute le caractère concluant de l'expertise sur des points essentiels. En d'autres termes, le juge qui ne suit pas les conclusions de l'expert, n'enfreint pas l'art. 9 Cst. lorsque des circonstances bien établies viennent en ébranler sérieusement la crédibilité (TF 4A\_501/2017 du 31 juillet 2018 consid. 2.2 ; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1 ; ATF 136 II 539 consid. 3.2 ; ATF 133 II 384 consid. 4.2.3 ; ATF 132 II 257 consid. 4.4.1 ; ATF 130 I 337 consid. 5.4.2).

**3.4** En l'espèce, dans son complément d'expertise du 20 février 2015, l'expert a répondu séparément à chaque allégué soumis à expertise, de sorte qu'il n'est pas possible de lui reprocher de ne pas avoir répondu aux allégués des parties. S'agissant du calcul des indemnités

dues en faveur de l'intimé, l'expert n'a pas simplement ignoré le relevé des heures de travail produit par l'appelante, mais a indiqué qu'il n'était pas possible de se fonder sur celui-ci, car il mentionnait exactement la même durée de travail pour tous les jours, ce qui n'était pas plausible. A cet égard, il appartenait bien à l'expert de déterminer combien d'heures avaient été effectuées par l'intimé pour procéder au calcul de l'indemnité, s'agissant d'une question technique relevant de son domaine d'expertise de fiduciaire dans le domaine de la gastronomie. De plus, les premiers juges n'ont pas simplement repris les calculs de l'expert, mais ont considéré que les faits sur lesquels celui-ci s'était fondé pour calculer l'indemnité due, à savoir les horaires allégués par l'intimé, devaient être retenus, les relevés produits par l'appelante étant dénués de force probante puisqu'ils étaient identiques pour tous les jours du mois (cf. jugement p. 5). Ce faisant, les premiers juges ont eux-mêmes apprécié les preuves au dossier pour retenir les faits sur la base desquels l'expert a procédé à son calcul. Il ne peut ainsi pas être reproché à l'expert d'avoir excédé son mandat en procédant lui-même à une appréciation des preuves au dossier. En tant qu'elle s'en prend de façon générale à l'expertise judiciaire rendue, la critique de l'appelante est infondée.

**3.5** S'agissant plus particulièrement des heures supplémentaires, des jours de repos et des jours fériés, l'appelante reproche à l'expert de n'avoir pas tenu compte des relevés qu'elle a produits, selon lesquels l'intimé accuserait un solde négatif de 191.50 heures et disposerait uniquement de 0.32 jours de repos et de 8 jours fériés non pris. L'appelante souligne qu'il incombait à l'intimé de noter ses heures de travail, ce qu'il pouvait faire à tout moment dans le système informatique. L'expert n'aurait pas justifié pourquoi il se serait uniquement fondé sur les relevés produits par l'intimé, faisant ainsi preuve de partialité en faveur de ce dernier. L'appelante estime encore que l'explication de l'expert selon laquelle les heures du mardi – où l'intimé devait se rendre en séance à Genève [ndr : ajoutées par l'intimé à son décompte d'heures] – pouvaient correspondre à la réalité ne constituerait pas une explication digne d'un expert.

La CCNT, applicable au contrat de travail ici litigieux, prévoit à son art. 21 que l'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs (al. 2). Si l'employeur n'observe pas ladite obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (al. 3). Dès lors, il est erroné de soutenir que la responsabilité de tenir un décompte des heures incombait à l'intimé, le fait qu'il ait eu accès au système informatique n'étant pas déterminant à cet égard. L'appelante n'a pas produit des décomptes probants puisque, comme l'a relevé l'expert, ceux-ci mentionnent exactement le même nombre d'heures pour chaque jour de travail. Dès lors, conformément à l'art. 21 al. 3 CCNT, il convient de se fonder sur les décomptes produits par l'intimé pour déterminer les heures effectuées ainsi que les jours de repos et les jours fériés pris. Il en va de même s'agissant des heures effectuées le mardi par l'intimé et ajoutées par celui-ci à son décompte, puisqu'en l'absence de registres des heures probant tenu par l'employeur, la CCNT dispose que le contrôle de la durée de travail tenu par le collaborateur vaut comme moyen de preuve en cas de litige.

Pour le surplus, il n'existe pas de motifs sérieux de douter de l'impartialité de l'expert. Celui-ci a expliqué que pour calculer les heures supplémentaires, il avait contrôlé et corrigé les décomptes d'heures de l'intimé sur la base des formules d'enregistrements de celui-ci, qu'il avait ajouté les heures exécutées par l'intimé à certaines dates ainsi que lors des séances des mardis à Genève et qu'il avait comparé le temps effectif ainsi déterminé au temps théorique, pour parvenir à un total de 329.06 heures supplémentaires. Pour déterminer les jours de repos, l'expert a recherché pour chaque mois les jours de repos pris et les a comparés avec le droit théorique de l'intimé, pour parvenir à 58.18 jour de repos non pris. Enfin, pour les jours fériés, l'expert a constaté sur la base des formules d'enregistrement qu'aucun jour férié n'avait été pris par l'intimé, de sorte que ce dernier avait droit au paiement de 13 jours à ce titre. Les constatations de l'expert sont dûment étayées par les pièces au dossier. L'expert n'a en outre pas repris sans autre les calculs figurant dans les allégués de l'intimé. Il a ainsi par exemple estimé à 329.06 heures les

heures supplémentaires effectuées par l'intimé, alors que ce dernier avançait un chiffre de 594.82 heures supplémentaires.

Dès lors, en tant qu'elle remet en cause les constatations de l'expert sur la question des heures supplémentaires, des jours de repos et des jours fériés, la critique de l'appelante est infondée.

**3.6** L'appelante reproche encore à l'expert d'avoir calculé le solde des vacances de l'intimé en prenant en compte un certificat médical rédigé deux ans après les faits.

Dans son rapport, l'expert a présenté deux décomptes relatifs aux vacances, l'un tenant compte de la maladie alléguée du demandeur en novembre 2008 et l'autre n'en tenant pas compte, de sorte qu'on ne peut pas lui reprocher d'avoir privilégié une version à cet égard.

Au demeurant, le fait qu'un certificat est établi à la demande d'une partie et produit pendant la procédure ne justifie pas, en soi, des doutes quant à sa valeur probante (CACI 29 janvier 2015/55 consid. 4b), en particulier en matière de contrat de travail, où le certificat médical d'incapacité destiné à justifier envers l'employeur l'inexécution du travail de l'employé constitue un moyen de preuve usuel (TF 4A\_89/2019 du 12 août 2019 consid. 3).

Le décompte des heures produit par l'intimé indique que celui-ci a été malade pendant 11 jours du 8 au 18 novembre 2008. Selon un certificat médical du 19 mai 2011, rédigé par le service de chirurgie viscérale du CHUV, l'intimé a été hospitalisé du 8 au 9 novembre 2008 et en arrêt de travail à 100 % du 8 au 16 novembre 2011. Le fait que ce certificat médical ait été établi pendant la procédure et qu'il ait été produit par l'intimé n'est pas de nature à remettre en cause sa valeur probante. De plus, selon l'art. 21 al. 3 CCNT, en l'absence de décomptes probants de l'employeur, le décompte des heures tenu par employé vaut moyen de preuve. Dans ces circonstances, sur la base du décompte des heures de l'intimé et du certificat médical produit, dont la valeur probante n'est pas

douteuse, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'intimé avait été malade pendant 11 jours en novembre 2008, ce qui augmentait d'autant son solde de vacances non prises. La critique de l'appelante est infondée.

#### **4.**

**4.1** En droit, l'appelante fait valoir que les conditions pour qualifier les heures effectuées par l'intimé de supplémentaires au sens de l'art. 321c CO feraient défaut. Les heures supplémentaires, non justifiées, n'auraient pas été effectuées dans l'intérêt objectif de l'appelante et n'auraient pas été portées à sa connaissance, l'intimé n'ayant pas soumis ses formulaires de saisie de temps de travail à son employeur. De plus, l'appelante n'aurait jamais demandé à l'intimé d'effectuer des heures supplémentaires, puisqu'elle lui aurait au contraire demandé d'embaucher plus de personnel. A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir que conformément à l'art. 5 du contrat de travail, les éventuelles heures supplémentaires auraient été compensées en nature pendant la période où l'intimé a été libéré de son obligation de travailler.

**4.2** Aux termes de l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 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 (al. 2) 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 (al. 3).

Conformément à l'art. 8 CC, il appartient au travailleur de prouver qu'il a accompli des heures supplémentaires et, en plus, que

celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier (cf. art. 321c al. 1 CO ; ATF 129 III 171 consid. 2.4 ; TF 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2). Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées ; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Une annonce rapide du nombre d'heures supplémentaires exact n'est alors pas indispensable à la rémunération de celles-ci, d'autant moins lorsque les parties ont convenu de la possibilité de compenser plus tard les heures supplémentaires en temps libre (TF 4A\_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3 ; ATF 129 III 171 consid. 2.2 et 2.3).

Le travailleur doit non seulement démontrer qu'il a effectué des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, mais également prouver la quotité des heures dont il réclame la rétribution. Lorsqu'il n'est pas possible d'en établir le nombre exact, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al.2 CO, procéder à une estimation. Si elle allège le fardeau de la preuve, cette disposition ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies ; la conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (TF 4A\_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3 ; TF 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2).

**4.3** En l'espèce, la quotité des heures supplémentaires effectuées a été établie sur la base des décomptes d'heures produits par l'intimé et

des constatations de l'expert. Elle s'élève à 329.06 heures supplémentaires entre mai 2008 et juin 2010 (cf. consid. 3.5 *supra*).

Sur la question de savoir si les heures supplémentaires ont été ordonnées par l'appelante, respectivement si elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts de celle-ci, il est vrai qu'il n'est pas établi que durant les rapports de travail, l'intimé aurait déclaré ses heures supplémentaires à son employeur. Toutefois, comme on l'a vu (cf. consid. 3.5 *supra*), l'appelante a elle-même failli à son obligation de tenir des décomptes d'heures en bonne et due forme, puisque les décomptes qu'elle a produits mentionnent la même durée de travail pour tous les jours. Le Service de l'emploi a pour sa part relevé à plusieurs reprises, notamment dans son rapport du 11 septembre 2009, qu'il n'était pas possible de vérifier si les heures supplémentaires effectuées étaient compensées par le personnel de l'appelante, les contrôles effectués ayant fait ressortir de nombreux manquements. Dans un courriel du 27 février 2010, l'appelante, par la voix de P.\_\_\_\_\_, a notamment écrit ce qui suit à ses employés : « *c'est le moment de se réveiller (...). Chaque problème est traité comme CAPITAL. Vous devez (...) REAGIR. Pas « demain » parce que là je suis « en congé ». Demain c'est trop tard. Tout le monde a droit à ses congés et doit travailler son quota d'heures. Mais quand c'est la guerre, c'est la guerre. (...)* ». C'est dire que l'appelante exigeait de l'intimé qu'il effectue des heures supplémentaires en cas de besoin. De plus, le fait que l'appelante ait demandé à l'intimé le 24 février 2010 – soit deux mois avant son licenciement – d'embaucher 20 personnes dénote que le [...] où l'intimé travaillait était sous-doté en personnel, ce qui impliquait que celui-ci y effectue des heures supplémentaires. Dans ces circonstances, il faut considérer que l'appelante savait ou devait savoir que l'intimé accomplissait des heures au-delà de la limite contractuelle et que ce dernier pouvait de bonne foi déduire du silence de son employeur que ces heures étaient approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles étaient nécessaires pour accomplir le travail demandé.

Enfin, s'agissant de la compensation en nature des heures supplémentaires effectuées, l'art. 321c al. 2 CO, de même que le contrat

de travail, prévoient que celles-ci peuvent être compensées par un congé, respectivement par du temps libre. Or il est douteux que la libération de l'obligation de travailler accordée à l'intimé durant le délai de résiliation constitue du temps libre au sens de cette disposition. Mal fondé, le grief de l'appelante doit être rejeté.

## **5.**

**5.1** S'agissant des vacances, l'appelante revient sur le certificat médical produit en lien avec la maladie de l'intimé au mois de novembre 2008, en invoquant que celui-ci ne serait pas probant. Elle fait ensuite valoir qu'une compensation partielle des vacances non prises serait possible durant la période où l'intimé a été libéré de son obligation de travailler, dans la mesure où celle-ci serait trop courte pour couvrir l'entier du solde de vacances. Elle estime qu'une trentaine de jours de vacances non pris devraient pouvoir être compensés durant cette période.

L'intimé estime pour sa part que la compensation de ses vacances ne serait pas possible puisque la période de libération serait inférieure en jours ouvrables à son solde de vacances.

**5.2** A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. D'après la jurisprudence, des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 131 III 623 consid. 3.2 ; ATF 128 III 271 consid. 4a/aa). Si le salarié a été libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du contrat, le point de savoir si le solde de vacances non prises doit être indemnisé en espèces repose sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant. Il faut en particulier que, durant cette période,

le salarié congédié, en plus de ses vacances, ait suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (TF 4A\_434/2014 du 27 mars 2015 consid. 4.2 ; ATF 131 III 623 consid. 3.2).

Le Tribunal fédéral a tenu pour admissible la compensation de 2.7 ou 3.3 semaines dans une période de libération de 14 semaines (TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, consid. 3), de 15 jours dans une période de libération de trois mois (TF 4C.215/2005 du 20 décembre 2005 consid. 6.3), voire de 13 jours dans une période de libération de 35 jours (TF 4A\_178/2017 du 14 juin 2018 consid. 8). Ainsi, pour des périodes de libération de travailler n'excédant pas quatre mois, il est en principe possible de compenser les vacances dans une proportion de l'ordre du quart au tiers de la période de libération de travailler. Lorsque cette période est insuffisante pour que le travailleur prenne effectivement l'entier de ses vacances, une compensation partielle est admissible (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 500).

**5.3** En l'espèce, le caractère probant du certificat médical produit par l'intimé relève des faits et a déjà été examiné plus haut (cf. consid. 3.6 *supra*).

S'agissant de la compensation des jours de vacances durant la période de libération de l'obligation de travailler, les premiers juges ont estimé que le solde de vacances de 47.84 jours était trop élevé pour pouvoir être compensé durant la période de libération de deux mois, de sorte que l'intimé avait droit à l'indemnisation en argent de ses vacances restantes. Ils ne se sont toutefois pas posé la question d'une compensation partielle des jours de vacances.

L'intimé a été licencié par l'appelante le 29 avril 2010 avec effet au 30 juin 2019. La lettre de licenciement ne mentionne pas que l'intimé était libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé. Ce n'est que dans le courrier du 12 mai 2019 que l'appelante a précisé à l'intimé qu'il était libéré de son obligation de travailler. En d'autres termes, déterminer si le solde de vacances de l'intimé pouvait être

compensé durant la période de libération revient à se demander si l'intimé pouvait prendre des vacances durant la période d'un mois et 17 jours courant du 13 mai 2008 au 30 juin 2008, en plus de ses recherches d'emploi. Il est clair que dans ce laps de temps de 47 jours, l'intimé ne pouvait pas prendre la totalité de son solde de vacances de 47.84 jours. Se pose toutefois la question d'une compensation partielle. A cet égard, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut admettre que durant les 47 jours durant lesquels il a été libéré de son obligation de travailler, l'intimé pouvait prendre 17.84 jours de vacances et consacrer le solde du temps, soit près de 30 jours, à des recherches d'emploi. Le montant ainsi compensé correspond au tiers de la période de libération. Il s'ensuit que l'appelante était fondée à compenser en temps 17.84 jours de vacances et que seuls 30 jours de vacances non pris devaient être indemnisés en argent. Le montant dû à titre de vacances non prises doit donc être réduit de 2'973 fr. 35 (5'000 fr. / 30 x 17.84), portant à 4'662 fr. 90 (7'636 fr. 25 - 2'973 fr. 35) la somme due à ce titre. Dans cette mesure, le grief de l'appelante est bien fondé.

## **6.**

**6.1** L'appelante fait valoir que la conclusion en délivrance d'un certificat de travail prise par l'appelant n'est pas assez précise pour pouvoir être reprise dans le dispositif d'un jugement exécutoire. Selon elle, l'intimé aurait dû fournir le texte du certificat de travail dont il requérait la délivrance. Elle estime pour le surplus que la conclusion en délivrance d'un certificat de travail serait abusive, puisque l'intimé serait conscient que le certificat de travail ne lui serait pas favorable.

**6.2** Aux termes de l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.

Afin d'obtenir un certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, le travailleur peut agir en justice contre l'employeur en

délivrance du certificat de travail, soit intenter une action condamnatoire. S'il n'est pas satisfait du certificat de travail reçu, parce que celui-ci est lacunaire, inexact ou qu'il contient des indications trompeuses ou ambiguës, il peut en demander la modification, par le biais d'une action en rectification (TF 4A\_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2.1 ; ATF 129 III 177 consid. 3.3) L'action relative au certificat de travail (délivrance ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises (TF 4C.237/2006 du 24 novembre 2006 consid. 5). Si le travailleur demande la rectification du contenu du certificat de travail, il doit formuler lui-même le texte requis, de manière à ce que le tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement (TF 4A\_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2.1 et les réf. citées).

**6.3** En l'espèce, l'intimé, qui ne s'est pas vu remettre de certificat de travail de la part de l'appelante, a pris une conclusion en délivrance, et non en rectification d'un certificat de travail. Contrairement à l'action en rectification, l'action en délivrance du certificat de travail ne suppose pas que le demandeur formule lui-même le texte requis. Ce n'est que dans un deuxième temps, au cas où il estime que le certificat délivré est lacunaire ou inexact, qu'il devra agir en rectification, en précisant cette fois dans ses conclusions le texte requis. Pour le surplus, l'employé ayant le droit de demander en tout temps un certificat de travail à son employeur, on ne saurait qualifier d'abusive la conclusion prise en la matière par l'intimé. Le grief de l'appelante est mal fondé.

## **7.**

**7.1** L'appelante critique enfin la répartition des dépens opérée par les premiers juges. Ceux-ci n'auraient pas motivé la quotité des frais judiciaires, par 24'785 fr., ni celle des dépens accordés à l'intimé, par 38'385 francs. En outre, en accordant des dépens réduits d'une demie à l'intimé, les premiers juges auraient violé le principe de la succombance, puisqu'au vu de l'issue de la cause, les dépens auraient dû être compensés.

**7.2** Les dépens comprennent les frais et les émoluments de l'office payés par la partie, les frais de vacation des parties et les honoraires et les déboursés de mandataire et d'avocat (art. 91 CPC-VD). Aux termes de l'art. 92 CPC-VD, les dépens sont alloués à la partie qui a obtenu l'adjudication de ses conclusions (al. 1). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (al. 2).

**7.3** En première instance l'intimé a conclu au versement de 89'627 fr. 15 et à la délivrance d'un certificat de travail, tandis que l'appelante a conclu au rejet des conclusions de l'intimé. En définitive, l'intimé se voit allouer la somme de 37'198 fr. 10 et il obtient la délivrance d'un certificat de travail. Certes, le montant alloué à l'intimé correspond à un peu moins de la moitié de la somme réclamée, mais sur toutes les thématiques abordées à l'exception du caractère injustifié du licenciement, l'intimé a obtenu gain de cause, de sorte que c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que l'intimé avait obtenu gain de cause sur le principe, les dépens devant toutefois être réduits de moitié.

S'agissant de la quotité des dépens, les premiers juges ont alloué à l'intimé des dépens réduits d'une demie de 38'385 fr., compte tenu de frais judiciaires de 24'785 fr. pour l'intimé. Les frais judiciaires comprennent notamment 21'600 fr. de frais d'expertise et ils sont justifiés. Quant aux dépens, il faut relever que durant la procédure de première instance, qui a duré près de huit ans, le conseil d'office de l'intimé s'est vu indemniser 121 heures et 42 minutes de travail d'avocat et 14 heures et 36 minutes de travail d'avocat-stagiaire. Dans ces circonstances, les 25'992 fr. 50 alloués à l'intimé à titre d'honoraires ( $38'385 - [\frac{1}{2} \times 24'785]$ ) correspondent à 74 heures de travail d'avocat au tarif horaire de 350 francs, ce qui est justifié, compte tenu de la nature et de la durée du litige. Il s'ensuit que la répartition des dépens opérée par les premiers juges ne prête pas le flanc à la critique. Le grief de l'appelante est mal fondé.

## **8. Appel joint d'I. \_\_\_\_\_**

**8.1** Dans son appel joint, l'appelant par voie de jonction invoque une violation de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Il aurait été licencié après avoir requis à plusieurs reprises de son employeur un décompte des heures supplémentaires, des vacances, du travail de nuit et des jours fériés, de sorte que son licenciement serait abusif. L'appelant par voie de jonction souligne que le certificat de travail intermédiaire du 9 novembre 2009 était élogieux. Rappelant que les contrôles de son employeur avaient lieu chaque semaine, il souligne que seules deux visites auraient été jugées insatisfaisantes, lui-même n'ayant pas signé le procès-verbal de la séance du 8 avril 2010. De l'avis de l'appelant par voie de jonction, la lettre de résiliation avait en réalité été créée par son employeur en réponse à sa demande de décompte. Le caractère abusif de son licenciement justifierait l'allocation d'une indemnité correspondant à six mois de salaire, à hauteur de 36'846 francs.

**8.2** Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO ; TF 4A\_652/2018 du 21 mai 2019 consid. 4.1 ; ATF 136 III 513 consid. 2.3 ; ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.1).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère une liste – non exhaustive – des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit et qu'elle ait été de bonne foi, même si sa prétention, en réalité, n'existait pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4). Les prétentions résultant du contrat de travail portent notamment sur des salaires, des primes ou des vacances (TF 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017

consid. 5.1.1 ; TF 4C.237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.3). Cela étant, les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier (ATF 136 III 513 consid. 2.6). Ainsi, le fait que l'employé émette de bonne foi une prétention résultant de son contrat de travail n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre abusif le congé donné ultérieurement par l'employeur. Encore faut-il que la formulation de la prétention en soit à l'origine, et qu'elle soit à tout le moins le motif déterminant du licenciement (TF 4A\_401/2016 précité, consid. 5.1.3 ; TF 4C.60/2006 du 22 mai 2006 consid. 7.1). Déterminer s'il existe un rapport de causalité naturelle est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.6). Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (TF 4A\_485/2015 du 15 février 2016 consid. 3.1). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (TF 4A\_652/2018 du 21 mai 2019 consid. 4.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.3).

**8.3** En l'espèce, quoi qu'en dise l'appelant par voie de jonction, il n'est pas établi que celui-ci aurait à réitérées reprises requis un décompte de ses heures supplémentaires et de ses vacances, la seule demande figurant au dossier étant le courriel du 28 avril 2010. Celui-ci, rédigé à 16h46, a été adressé après que l'employeur avait décidé de licencier son employé, puisque la lettre de résiliation a été créée le même jour à 14h53. On ne saurait donc avancer que le licenciement faisait suite à la demande de l'employé, celui-ci ayant été rédigé avant même que l'employé ne sollicite un décompte. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la demande de l'employé du 28 avril 2010 qui est la cause du licenciement. En effet, entre décembre 2009 et avril 2010 l'employeur avait déjà à plusieurs reprises fait des remontrances à son employé en lui demandant de changer sa façon de gérer le magasin de Lausanne, notamment lors des séances des 15 décembre 2009, 24 février 2010 et 8 avril 2010. Le procès-verbal de cette dernière séance mentionne que l'employeur ne tolérerait pas davantage la situation prévalant dans le magasin dont l'employé était le *store-manager*. C'est dans ce contexte que le licenciement de l'employé est intervenu, sans que les échanges du 28 avril 2010 soient déterminants. C'est le lieu de rappeler qu'en droit suisse du travail, la

liberté de résiliation prévaut, un congé n'ayant pas besoin de reposer sur un motif particulier pour être valable. Il s'ensuit que le congé signifié à l'appelant par voie de jonction n'était pas abusif. Le grief de ce dernier est mal fondé.

**9.** En définitive, l'appel doit être très partiellement admis et l'appel joint rejeté. Le jugement entrepris doit être réformé au ch. I de son dispositif en ce sens que l'appelante versera à l'intimé la somme brute de 37'198 fr. 10 (40'171 fr. 45 - 2'973 fr. 35, cf. consid. 5.3 *supra*) sous déduction des charges sociales, avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 juin 2010. Pour le surplus, le jugement doit être confirmé. Au vu de l'issue de la cause (art. 106 al. 2 CPC), chaque partie assumera les frais judiciaires de son appel, arrêtés à 1'500 fr. par appel (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), les frais de l'appel joint d'l. \_\_\_\_\_ étant toutefois provisoirement laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). Les dépens de deuxième instance seront compensés (art. 106 al. 2 CPC).

Dans sa liste d'opérations du 30 septembre 2019, Me Olivier Boschetti a indiqué avoir consacré 19 heures et 12 minutes de travail d'avocat et 30 minutes de travail d'avocat-stagiaire à la procédure d'appel. Au vu de la nature du litige et des difficultés de la cause, il y a lieu d'admettre ce nombre d'heures. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. pour un avocat et de 110 fr. pour un avocat-stagiaire (art. 2 let. a et b RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), l'indemnité de Me Boschetti doit être fixée à 3'701 fr. 20, montant auquel s'ajoutent les débours de 2 % par 70 fr. 20 (art. 3bis al. 1 RAJ), la vacation de 120 fr. et la TVA de 7.7 % sur le tout par 285, soit à 3'986 fr. 20 au total, montant arrondi à 3'986 francs.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office laissés à la charge de l'Etat.

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

- I. L'appel d'A. \_\_\_\_\_ SA est très partiellement admis.
- II. L'appel joint d'I. \_\_\_\_\_ est rejeté.
- III. Le jugement est réformé au chiffre I de son dispositif comme il suit :
  - I. la défenderesse A. \_\_\_\_\_ SA (anciennement [...] SA) doit payer au demandeur I. \_\_\_\_\_ la somme de 37'198 fr. 10 (trente-sept mille cent nonante-huit francs et dix centimes) bruts, sous déduction des charges sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 juin 2010.

Le jugement est confirmé pour le surplus.
- IV. Les frais judiciaires relatifs à l'appel d'A. \_\_\_\_\_ SA, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge de cette dernière.
- V. Les frais judiciaires relatifs à l'appel joint d'I. \_\_\_\_\_, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs) pour I. \_\_\_\_\_, sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat.
- VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés.
- VII. L'indemnité de Me Olivier Boschetti, conseil d'office d'I. \_\_\_\_\_, est arrêtée 3'986 fr. (trois mille neuf cent huitante-six francs), TVA et débours compris.

**VIII.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office laissés à la charge de l'Etat.

**IX.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Pierre-Alain Killias (pour A. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Olivier Boschetti (pour I. \_\_\_\_\_),

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

- Madame la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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

Le greffier :