

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 5 septembre 2013

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : Mme Charif Feller et M. Perrot  
Greffier : M. Bregnard

\*\*\*\*\*

**Art. 42 al. 2, 324a, 336 CO; 3 LEg**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **S.**\_\_\_\_\_, à St-Légier, demanderesse, contre le jugement rendu le 26 mars 2013 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **G.**\_\_\_\_\_**SA**, à Lausanne, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par jugement rendu le 26 mars 2013, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit que la demanderesse S. \_\_\_\_\_ a droit, pour la période de travail auprès de la défenderesse G. \_\_\_\_\_ SA du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009, à un salaire de 35'400 fr. brut, sous déduction des charges sociales usuelles, et à un salaire net de 6'586 fr., charges sociales éventuelles réservées (I), dit que la demanderesse S. \_\_\_\_\_ a droit, pour la période de travail auprès de la défenderesse G. \_\_\_\_\_ SA du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010, à un salaire de 35'200 fr. brut, sous déduction des charges sociales usuelles, et à un salaire net de 14'655 fr. 65, charges sociales éventuelles réservées (II), constaté que sur les montants prévus aux chiffres I et II ci-dessus, la demanderesse a déjà perçu la somme nette totale de 83'132 fr. 10 (III), dit que les allocations de maternité en faveur de la demanderesse, dues du 1<sup>er</sup> mai au 16 juillet 2010, doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70, soit 3'000 fr. brut et 1'266 fr. 70 net (IV), fixé les frais judiciaires à 2'913 fr. pour la demanderesse et à 2'913 fr. pour la défenderesse (V), dit que la demanderesse versera un montant de 940 fr. à la défenderesse à titre de remboursement de son avance de frais (VI), dit que les dépens sont compensés (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, les premiers juges ont considéré que le congé donné à la demanderesse n'était pas abusif dans la mesure où il n'avait pas été donné en temps inopportun. Les premiers juges ont estimé que la demanderesse avait uniquement droit à une part de salaire fixe de 3'000 fr. brut lorsqu'elle se trouvait en incapacité de travailler pour cause de maladie, à l'exclusion d'une part au salaire variable. En revanche, du moment où elle a été libérée de ses obligations contractuelles, une part de salaire variable, estimée à 1'266 fr. 70 par mois, était due en sus pour les commissions qu'elle n'avait pas eu la possibilité de réaliser.

**B.** Par acte du 22 mai 2013, S.\_\_\_\_\_ a formé appel contre le jugement précité, en concluant, avec dépens, à ce qu'il soit réformé comme il suit :

- I.** G.\_\_\_\_\_SA est débitrice d'S.\_\_\_\_\_ et lui doit immédiatement paiement de la somme brute de CHF 55'905.70 (cinquante-cinq mille neuf cent cinq francs septante), sous déduction des charges sociales, et sous déduction de la somme nette de CHF 18'867.30 (dix-huit mille huit cent soixante-sept francs trente), et avec intérêt à 5% l'an dès le 1 septembre 2009
- II.** G.\_\_\_\_\_SA est débitrice d'S.\_\_\_\_\_ et lui doit immédiatement paiement de la somme nette de CHF 16'500.- (seize mille cinq cents francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 31 octobre 2010;
- III.** Supprimé;
- IV.** Les allocations de r
- VI.** Supprimé;
- VII.** G.\_\_\_\_\_SA est de
- VIII.** Rejette toutes autres ou plus amples conclusions."

Par réponse du 19 août 2013, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

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

**1.** La défenderesse G.\_\_\_\_\_SA est une société anonyme active dans le domaine de l'immobilier. T.\_\_\_\_\_ en est l'administrateur président avec signature individuelle.

La demanderesse S.\_\_\_\_\_ est au bénéfice d'une formation d'employée qualifiée en immobilier, acquise en 2005. Elle a été active en qualité de gérante d'immeubles auprès des régies G.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_ de 2003 à 2007, puis en qualité de courtière auprès de l'agence Z.\_\_\_\_\_ pendant près d'une année.

2. a) La demanderesse a été engagée par la défenderesse en qualité de courtière. Le contrat de travail, signé le 21 juillet 2008, prévoyait en son chiffre VI ce qui suit:

**"Rémunération (valable jusqu'au 31 décembre 2008)**

**A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2009, les conditions habituelles G. \_\_\_\_\_ SA seront appliquées ou discutées.**

En contrepartie de son activité, la salariée percevra une rémunération variable.

a) Rémunération fixe :

La collaboratrice bénéficiera d'une rémunération fixe de **Fr. 3'000.-** brut sur 12 mois. Une avance sur commissions dues à la courtière d'un maximum de **Fr. 2'500.-** mensuel complètera le salaire fixe.

b) Rémunération variable :

La collaboratrice bénéficiera d'une rémunération variable sur les commissions nettes perçues par la société pour les affaires menées par le courtier de la manière suivante :

- apport d'un mandat de vente par la collaboratrice et vendu par un autre employé de G. \_\_\_\_\_ SA (si le mandat est signé chez le notaire et la commission perçue par la société) : **9 %**
- vente d'un objet par la collaboratrice appartenant à G. \_\_\_\_\_ SA ou à un autre employé de la société : **9 %**

Par le biais de [...] ou d'un apporteur d'affaire : **18 %** de la commission nette perçue.

Pour les promotions : **18 %**

Par commissions nettes perçues par G. \_\_\_\_\_ SA, on entend les commissions hors taxes, déduction faite des montants revenant à des tiers (tels que partenaires impliqués dans les opérations de vente) et déduction faite de la commission de 5 % due à [...].

N'entrent en considération dans le décompte que les affaires payées à G. \_\_\_\_\_ SA, à l'exclusion des affaires pour lesquelles le débiteur est défaillant.

Au cas où les rapports de travail seraient résiliés, les affaires payées à G. \_\_\_\_\_ SA après la fin du contrat de travail, mais basées sur des opérations réalisées par Mademoiselle S. \_\_\_\_\_ pendant son activité, seront prises en considération dans le décompte du commissionnement arrêté à l'échéance des rapports de travail.

La rémunération variable décrite ci-dessus s'entend sous déduction des charges sociales usuelles.

### **OBJECTIFS**

1/ Objectif chiffre d'affaires:

Un objectif de chiffre d'affaires minimal de Fr. 400'000.-- annuel est demandé. Il est expressément convenu que le chiffre d'affaires indiqué est le chiffre correspondant aux encaissements.

2/ Objectif acquisition de mandat:

Un objectif de 4 nouveaux mandats par mois est demandé.

### **CONDITION ESSENTIELLE DU CONTRAT**

Il est expressément convenu entre les parties que l'engagement de la collaboratrice trouve sa contrepartie dans la réalisation de ces objectifs de chiffre d'affaires."

**b)** La demanderesse est entrée en fonction le 1<sup>er</sup> septembre 2008 et a été rattachée à l'agence de Montreux. Elle a bénéficié d'un portefeuille clients, géré par son prédécesseur, comprenant des objets qui ne faisaient pas l'objet de contrats d'exclusivité.

**3.** La demanderesse a été en incapacité de travailler en raison d'infections broncho-pulmonaires du 23 septembre au 8 octobre 2008, du 12 décembre 2008 au 14 janvier 2009, du 9 mars au 20 mars 2009, du 4 juin au 24 août 2009 (avec hospitalisation), puis du 17 mai au 31 mai 2010.

**4. a)** Du mois de septembre 2008 au mois d'août 2009, la défenderesse a versé à la demanderesse un montant total de 43'584 fr.

30. Les postes du revenu ont changé au fil des mois et il ressort des fiches de paie ce qui suit:

De septembre 2008 à février 2009, le salaire versé comprenait une part de salaire fixe de 3'000 fr. brut, une avance sur commissions de 2'500 fr. brut, ainsi que des indemnités de véhicules par 500 francs.

Du mois de mars 2009 au mois de mai 2009, la part de salaire fixe a été réduite à 2'500 fr. brut, les autres montants demeurant inchangés.

Du mois de juin jusqu'au mois d'août 2009, la demanderesse a uniquement perçu un montant de salaire fixe de 2'500 fr. brut, les avances de commissions et les indemnités de véhicule n'étant plus versées.

**b)** Le 15 juillet 2009, la défenderesse a établi un décompte dont il ressort que la demanderesse a réalisé des commissions s'élevant à 6'586 fr. 80 entre le 24 septembre 2008 et le 30 juin 2009. En tenant compte des avances de commissions (9x 2'500 fr.) et de salaires versés en trop (2 x 500 fr. pour les mois de janvier à février 2009), la défenderesse a réclamé un montant de 16'913 fr. 20 à la demanderesse.

**5. a)** La demanderesse a repris son activité le 24 août 2009 et a eu un entretien avec T.\_\_\_\_\_ au sujet de ses objectifs en présence d'H.\_\_\_\_\_, employé de la défenderesse. Au cours de cet entretien, la demanderesse a annoncé qu'elle était enceinte.

**b)** Par courrier recommandé du 25 août 2009, la défenderesse a résilié le contrat de travail la liant à la demanderesse pour le 30 septembre 2009.

La demanderesse s'est rendue le 31 août 2009 sur son lieu de travail où on l'a priée de partir, en lui indiquant qu'elle était libérée de ses obligations contractuelles.

Par courrier recommandé du 1<sup>er</sup> septembre 2009, la demanderesse a contesté son licenciement en invoquant l'art. 336 c al. 1 let. c CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220). Elle y a joint un certificat médical daté du 27 août 2009 qui attestait de sa grossesse. Elle a rappelé avoir annoncé sa grossesse lors de l'entretien du 24 août 2009 et a demandé à la défenderesse de confirmer la nullité du congé. Elle a au surplus indiqué qu'elle était disposée à reprendre son activité.

La défenderesse ne s'étant pas manifestée, la demanderesse l'a à nouveau interpellé par courrier du 1<sup>er</sup> octobre 2009 et a exigé que son salaire du mois de septembre lui soit versé. Par courrier de sa protection juridique du 8 octobre suivant, elle a en outre demandé à ce que la différence entre les parts variables et fixes prévues par le contrat de travail et celles effectivement versées lui soit payée.

Par courrier de son conseil du 16 octobre 2009, la défenderesse a reconnu que le congé était nul en raison de la grossesse de la demanderesse. Elle a toutefois précisé que la résiliation était intervenue du fait que son employée n'avait pas réalisé ses objectifs. S'agissant du salaire dû, elle a indiqué qu'elle verserait un salaire d'un montant de 3'158 fr. 70 brut, soit 2'500 fr. de part fixe et 658 fr. 70 de part variable correspondant à la moyenne des commissions réalisées par la demanderesse sur dix mois.

**6.** La défenderesse a versé à la demanderesse un seul montant de 4'832 fr. 05 net pour les mois de septembre et octobre 2009.

Par courrier du 26 novembre 2009, la demanderesse a maintenu ses prétentions et réclamé le paiement du salaire du mois de novembre, tout en maintenant l'offre de reprendre son travail.

La demanderesse a reçu pour les mois de novembre et décembre 2009 un salaire mensuel net de 2'416 fr. 05. Du mois de janvier à avril 2010, un montant de 2'483 fr. 90 a été versé mensuellement à la

demanderesse, la différence avec les mois précédents s'expliquant par une diminution des charges liées au deuxième pilier.

**7.** La demanderesse a accouché le 10 avril 2010.

**8.** Par courrier du 26 avril 2010, la demanderesse a à nouveau réclamé le paiement d'un salaire de 5'500 francs brut comprenant ses parts de salaire fixe et variable.

Le 13 juillet 2010, le conseil de la demanderesse a mis en demeure la défenderesse de payer le salaire contractuel de 5'500 fr., charges sociales en rapport, pour toute la durée des relations de travail, selon des décomptes correctifs à établir.

**9.** Le 30 juillet 2010, l'agence communale d'assurances sociales de la Ville de Lausanne a rendu une décision d'allocation de maternité fédérale, calculée sur la base d'un revenu annuel de 37'904 fr. 40. Les droits de la demanderesse ont été calculés comme suit :

- allocation du mois de mai 2010 : 2'628 fr. 80
- allocation du mois de juin 2010 : 2'544 fr.
- allocation du 1<sup>er</sup> au 16 juillet 2010 : 1'356 fr. 80.

**10.** Par courrier recommandé du 25 août 2010, la défenderesse a résilié le contrat de travail de la demanderesse pour le 31 octobre 2010.

Le 3 septembre 2010, la demanderesse a fait opposition au licenciement en contestant les motifs de celui-ci, soit un chiffre d'affaires insuffisant, justifiant ce manque par le nouveau marché à prospecter à Montreux et par ses absences involontaires dues à la maladie. Elle a également contesté l'existence d'un accord sur une baisse de salaire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009. Elle a mis la défenderesse en demeure de payer le salaire contractuel pour toute la durée des rapports de travail, notamment pour les mois de juillet et août 2010, ainsi qu'une indemnité pour licenciement abusif.

Le 24 septembre 2010, la défenderesse a versé un salaire net de 2'483 fr. 90 à la demanderesse pour le mois de septembre.

Le 14 octobre 2010, elle lui a versé un montant de 1'186 fr. 15 pour le mois de juillet 2010 et 2'483 fr. 90 pour le mois d'août 2010. Le 26 octobre 2010, la demanderesse a reçu un montant de 2'260 fr. 70 net pour le mois en cours.

**11. a)** Le 29 août 2011, la demanderesse a ouvert action contre la défenderesse et conclu, avec dépens, à ce que cette dernière soit reconnue sa débitrice de la somme brute de 55'905 fr. 70, sous déduction des charges sociales et sous déduction d'une somme nette de 18'867 fr. 30, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2009 (I), à ce qu'elle soit reconnue également sa débitrice de la somme de 16'500 fr. , avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 octobre 2010 (II), et à l'établissement d'un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (III).

Dans sa réponse du 31 janvier 2012, la défenderesse a conclu, avec dépens, au rejet de la demande, et reconventionnellement à ce que la demanderesse soit condamnée à lui verser la somme de 13'280 fr. 35, plus intérêt à 5 % l'an dès le 15 juillet 2009. A l'appui de sa réponse, la demanderesse a produit une pièce de laquelle il ressort que le chiffre d'affaires réalisé par la demanderesse entre le 1<sup>er</sup> septembre 2008 et le 30 septembre 2009 s'est monté à 41'075 fr., contre un montant de 219'620 fr. pour son supérieur direct X.\_\_\_\_\_.

Par réplique du 29 mars 2012, la demanderesse a maintenu ses prétentions et conclu au rejet des conclusions reconventionnelles.

**b)** Les parties, ainsi que deux témoins, X.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_, ont été entendus lors de l'audience du 15 mars 2013.

X.\_\_\_\_\_, responsable de l'agence de Montreux de la défenderesse, a notamment déclaré qu'il percevait chaque mois un revenu fixe de 2'500 fr., ainsi qu'une avance sur commissions de 2'500 francs.

H.\_\_\_\_\_, ancien responsable de la succursale de Lausanne de la défenderesse, a déclaré qu'il était présent lors de l'entretien du 24 août 2010 entre la demanderesse et T.\_\_\_\_\_. La demanderesse a bien annoncé sa grossesse lors de ce rendez-vous. Le lendemain, le témoin a personnellement annoncé son licenciement à la demanderesse au motif qu'elle ne réalisait pas de bons chiffres d'affaires depuis le début de son activité.

### **En droit :**

**1. a)** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

**b)** Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dans laquelle les conclusions, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, portaient sur un montant supérieur à 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.** 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135).

**3. a)** Tout d'abord, en invoquant une violation de l'art. 336 CO, l'appelante fait valoir que le congé donné par l'intimé était abusif.

**b)** Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit suisse pose ainsi le principe de la liberté de résilier le contrat de travail, cette liberté n'étant limitée que par la prohibition du licenciement abusif (ATF 132 II 115 c. 2.1; 131 III 535 c. 4.1; 130 III 699 c. 4.1). L'art. 336 CO énumère les cas où le congé est abusif.

D'après l'art. 336 al. 1 CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie:

- a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;
- b. en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;
- c. seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail;
- d. parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail;
- e. parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

L'énumération prévue à l'art. 336 CO — qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail — n'est pas exhaustive. La jurisprudence admet d'autres situations constitutives d'un tel abus, qui doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO. Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 c. 2.1 à 2.5; 131 III 535 c. 4.2). Lorsqu'un premier congé a été donné durant une période de protection et que la nullité du congé a été admise par l'employeur, les faits ayant entouré ce premier licenciement sont sans pertinence pour déterminer le caractère abusif d'un congé donné postérieurement (cf. TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c.4.1.3).

Conformément à l'art. 8 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 c. 4.1.3).

**c)** L'appelante prétend que les faits prouvés par l'instruction et leur chronologie démontrent que le motif de licenciement de l'appelante est sa grossesse et non un chiffre d'affaires insuffisant. Or, si l'appelante était bien enceinte au moment de la première résiliation de son contrat intervenue le 25 août 2009, elle ne l'était pas au moment du deuxième

licenciement signifié le 25 août 2010. En faisant valoir que, si son chiffre d'affaires avait été si médiocre, elle aurait été licenciée avant le 25 août 2009, l'appelante tente en réalité de remettre en question le premier licenciement. L'intimée ayant reconnu la nullité de ce congé, il n'y a pas lieu d'y revenir (TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c.4.1.2).

En l'espèce, il est constant que l'appelante a réalisé un chiffre d'affaires de 41'075 fr. pour onze mois d'activité auprès de l'intimée. Or, ce résultat est bien en deçà de l'objectif de 400'000 fr. par année prévu par le contrat de travail. Certes, ce faible rendement est dû, du moins en partie, aux absences de l'appelante. Toutefois, il n'en demeure pas moins que l'intimée pouvait résilier le contrat de travail au vu des prestations de l'appelante. Le contrat de travail du 21 juillet 2008 précisait en effet expressément que l'engagement de l'appelante trouvait "sa contrepartie dans la réalisation des objectifs de chiffre d'affaires". Ainsi, il n'apparaît pas que le congé donné à l'appelante le 25 août 2010 soit abusif.

**4. a)** L'appelante invoque également une violation de l'art. 3 LEg (Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes, RS 151.1) pour prétendre au versement d'une indemnité à la suite de son licenciement.

**b)** L'art. 3 LEg interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. L'interdiction porte non seulement sur les inégalités salariales, mais également sur tous les aspects du rapport de travail, y compris l'accès à l'emploi et le licenciement. Ainsi, aux termes de l'art. 3 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (al. 1). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (al. 2).

Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cet allègement du fardeau ne s'applique qu'aux situations exhaustivement énumérées, dont, notamment, l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail et la résiliation des rapports de travail, la présomption valant également s'agissant du caractère éventuellement abusif de la résiliation. Si la partie demanderesse parvient à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination, le fardeau de la preuve est renversé et il appartient alors à l'employeur d'établir l'inexistence de la discrimination (Wyler, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2008, pp. 723-724). Un licenciement intervenu après un congé maternité, n'implique pas *ipso facto* qu'il consacre une discrimination à raison du sexe (TF 4A\_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2).

**c)** En l'occurrence, comme on l'a vu, l'intimée disposait de motifs objectifs de se séparer de l'appelante, à savoir l'insuffisance du chiffre d'affaires réalisé par celle-ci qui n'était pas lié à son statut de futur mère et qui ôte tout caractère discriminatoire au licenciement.

En conclusion, le congé donné le 25 août 2010 n'est ni abusif ni discriminatoire.

**5. a)** L'appelante fait ensuite grief aux premiers juges d'avoir considéré que le droit au salaire en cas de maladie se limitait au salaire fixe. Dans la mesure où elle était en incapacité de conclure des affaires, elle avait droit au salaire minimum prévu par le contrat, soit 3'000 fr. à titre de salaire fixe et 2'500 fr. dus au titre d'avance sur commissions.

**b)** Pendant la période d'incapacité de travail, l'employé doit recevoir le même salaire que s'il travaillait (cf. Aubert, Commentaire romand, CO I, n. 44 ad art. 324a CO; Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, n. 9 ad art. 324a CO; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 1996, n. 10 ad art. 324a CO; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, n. 48 ad art. 324a CO), y compris, notamment, le treizième salaire (Geiser, Fragen im Zusammenhang mit

der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, PJA 2003, p. 323 ss, spéc. p. 327; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010, n. 1.22 ad art. 324a CO; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, n. 9 ad art. 324a/b CO). Lorsque la rétribution est composée de commissions, l'employeur doit calculer le salaire en fonction de la moyenne obtenue durant l'année écoulée (cf. ATF 125 III 14 c. 2b p. 16; Aubert, op. cit., n. 44 art. 324a CO ). Si l'emploi n'a pas duré autant, il faut tenir compte de la moyenne de tous les gains perçus. Un tel système n'est cependant applicable que dans la mesure où l'on parvient ainsi, de manière précise et concrète, à approcher autant que possible le salaire probable qui aurait été alloué en l'absence d'incapacité de travail (cf. ATF 125 III 14 c. 2b p. 17; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.21 ad art. 324a CO). Le cas échéant, il convient de procéder à une estimation, en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (cf. Rehbindler/Portmann, op. cit., n. 9 ad art. 324a CO) (TF 4A\_556/2012 et 4A\_564/2012 du 9 avril 2013; TF 4C.173/2004 du 7 septembre 2005 c. 4.2 ; TF 4C.217/2003 du 29 janvier 2004 c. 4.3).

**c)** Les premiers juges ont retenu que pour la période précédant la première tentative de licenciement, l'appelante, qui avait subi de nombreuses incapacités de travailler, avait uniquement droit à son salaire mensuel brut de 3'000 fr., ainsi qu'aux commissions de 6'586 fr. 80 réalisées sur l'ensemble de son activité. Or, cette appréciation ne saurait être suivie. En effet, conformément à la jurisprudence susmentionnée, le travailleur en congé maladie peut prétendre au versement du salaire qui aurait été le sien, sans incapacité de travail, part variable du salaire comprise.

Par ailleurs, les premiers juges ont estimé qu'une part de rémunération variable était due à l'appelante à partir du 24 août 2009 dès lors qu'elle avait été libérée de ses obligations contractuelles par l'intimée à partir de cette date et ainsi empêchée de travailler "sans faute de sa part". Or, les incapacités de travailler, découlant d'infections broncho-pulmonaires, ne sont pas davantage imputables à l'appelante et il ne se justifie pas de traiter les deux situations différemment.

L'appelante a dès lors droit au salaire qui aurait été le sien si elle n'avait pas été empêchée d'exercer son activité, rémunération variable comprise, tant pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009, que pour la période suivante. Le moyen de l'appelante doit être admis sur ce point.

**d)** Il reste toutefois à déterminer si l'appelante a droit à une part de salaire variable de 2'500 fr. comme elle le soutient. Dans la mesure où l'on a considéré qu'il ne se justifiait pas de traiter différemment les périodes, selon que l'appelante était en congé maladie ou libérée de son obligation de travailler, il convient d'arrêter la quotité du salaire variable pour l'ensemble des rapports de travail.

Pour la période durant laquelle l'appelante avait été libérée de ses obligations contractuelles, les premiers juges ont arrêté sa part de salaire variable à 1'266 fr. 70 par mois. Afin de déterminer ce montant, ils se sont basés sur les gains réalisés par l'appelante depuis son engagement, le 1<sup>er</sup> septembre 2008, jusqu'à sa libération de son obligation de travailler, le 23 août 2009, soit une période de 300 jours, de laquelle ils ont retranché 143 jours d'incapacité de travailler. L'appelante ayant réalisé des commissions d'un total de 6'586 fr. 80 sur 157 jours, les premiers juges ont retenu un montant mensuel moyen de 1'266 fr. 70 (157 jours équivalant à 5.2 mois).

L'appelante soutient que le montant des commissions pris en considération n'est pas représentatif dès lors qu'étant régulièrement en incapacité de travailler, elle n'a pas été en mesure de conclure de nombreuses affaires. Une activité entrecoupée à plusieurs reprises de périodes d'incapacité serait forcément moins productive qu'une activité exercée durant une période identique mais sans interruption, ce d'autant plus dans une activité telle que le courtage où le suivi des clients et des affaires ainsi que la réactivité est essentielle. Dans ces conditions, elle soutient que l'art. 42 al. 2 CO doit être appliqué par analogie. Selon elle, en fixant un chiffre d'affaires minimum de 400'000 fr. et en prévoyant le

versement d'une avance sur commissions de 2'500 fr., les parties estimaient qu'il s'agissait d'un seuil inférieur que l'appelante aurait atteint si elle n'avait pas été empêchée de travailler.

**e)** Selon l'art. 42 al. 1 CO, la preuve du dommage incombe au demandeur. Lorsqu'il est très difficile, voire impossible d'apporter la preuve du dommage, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO ; Werro, in Commentaire romand CO I, Bâle 2012, n. 24 ad art. 42 CO). Cette dernière disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de son existence qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais il ne dispense cependant pas le lésé de toute preuve; au contraire, celui-ci doit alléguer et établir tous les éléments de faits constituant des indices de l'existence du dommage et de l'évaluation de son montant, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive. Savoir si c'est à bon droit que le juge a - ou non - fait usage de la règle de l'art. 42 al. 2 CO est une question de droit fédéral, de même que le point de savoir si les faits allégués, en la forme prescrite et en temps utile, permettent de statuer sur la prétention déduite en justice; par contre, la détermination équitable de l'existence et du montant du dommage sont des questions de fait; le pouvoir d'estimation élargi découlant de cette disposition n'est pas un pouvoir d'appréciation juridique au sens de l'art. 4 CC (TF 4A\_383/2010 du 11 août 2010 c. 2.1 et les réf.; TF 4C\_74/2005 du 16 juin 2005 c. 5.1).

En l'espèce, l'appelante se réfère uniquement à son contrat de travail pour faire valoir qu'elle aurait été en mesure de réaliser un objectif de 400'000 fr. et de percevoir des commissions de 2'500 fr. par mois. L'appelante n'a pas tenté de démontrer le dommage par un autre moyen, par exemple en faisant état du chiffre d'affaires réalisé pour son activité de courtière auprès de l'agence Z.\_\_\_\_\_ ou en requérant de l'intimée qu'elle produise les chiffres d'affaires réalisés par ses courtiers. Seul le

chiffre d'affaires réalisé par le responsable de l'agence de Montreux X.\_\_\_\_\_, qui s'élève à 219'620 fr. sur treize mois, figure au dossier. Or, d'une part, ce chiffre est largement inférieur à l'objectif de 400'000 fr. que l'appelante aurait selon elle pu atteindre, et d'autre part, il concerne un responsable d'agence — et non un courtier moyen — et n'est par conséquent pas représentatif.

Ainsi, l'appelante n'a pas fourni suffisamment d'indices permettant d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO et de procéder à une estimation de sa part de rémunération variable.

En conséquence, il y a lieu de se référer à la moyenne calculée par les premiers juges et de retenir que l'appelante a droit à une rémunération sur commission qui s'élève à 1'266 fr. 70 par mois, aussi bien pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009, que pour les périodes du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010.

Contrairement aux premiers juges, il n'y a pas lieu de retenir qu'il s'agit d'un montant net puisque les commissions de 6'588 fr. 80 versées par l'intimée n'ont pas fait l'objet de déductions sociales tel que cela ressort du décompte du 15 juillet 2009.

Pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009, soit 11 mois et 24 jours (11.8 mois), le montant dû à titre de rémunération sur commission s'élève à 14'947 fr. 05, charges sociales réservées, ce montant comprenant les commissions de 6'586 fr. 80 effectivement réalisées par l'appelante.

**6.** L'appelante conclut à la suppression du chiffre III du jugement entrepris constatant que l'intimée a déjà versé la somme nette de 83'132 fr. 10. Il résulte des conclusions du mémoire d'appel que l'appelante a déjà déduit ce montant de ses prétentions.

Par souci de simplicité, il y a lieu de se référer à la forme du dispositif du jugement entrepris et de maintenir ce chiffre III, le montant de 83'132 fr. 10 n'étant pas contesté et ressortant effectivement des fiches de salaire de l'appelante, ainsi que de son relevé de compte bancaire.

**7. a)** En conclusion, l'appel doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé en ce sens que l'appelante a droit à une part de rémunération variable de 14'947 fr. 05 pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009.

Dans le dispositif du jugement attaqué, les premiers juges ont qualifié les montants dus à titre de commissions de "salaire net" qu'ils ont alloué avec la mention "charges sociales éventuelles réservées". Cette formulation apparaît contradictoire et il y a lieu de la préciser en qualifiant ces montants de "rémunération sur commission" et de réserver les charges sociales. En effet, il ne ressort pas du dossier que des déductions ont été opérées sur les commissions de 6'586 fr. 80 effectivement versées à l'appelante.

Il en découle que le dispositif du jugement entrepris doit être réformé à ses chiffres I et II en ce sens que l'appelante a droit pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009 à un salaire de 35'400 fr., sous déduction des charges sociales, ainsi qu'à une rémunération sur commission de 14'947 fr. 05, charges sociales réservées (I) et pour les périodes du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010, à un salaire de 35'200 fr. brut, sous déduction des charges sociales usuelles, et à une rémunération sur commission de 14'655 fr. 65, charges sociales réservées (II).

Pour les mêmes raisons, le dispositif doit être modifié à son chiffre IV, dès lors qu'il prévoit que les allocations de maternité en faveur de la demanderesse doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70, soit 3'000 fr. brut et 1'266 fr. 70 net. Ce dernier montant correspondant à la rémunération sur commission et non à

un salaire net, il y a lieu de le préciser et de réformer le chiffre IV en ce sens que les allocations maternité doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70, soit 3'000 fr. brut à titre de salaire fixe et 1'266 fr. 70 à titre de rémunération sur commission.

**b)** L'appelante n'obtenant que partiellement gain de cause, la répartition par moitié des frais judiciaires de première instance peut être maintenue. De même, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens de première instance.

Dès lors qu'il s'agit d'un litige relevant en partie de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg, RS 151.1), il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. a CPC).

Vu l'issue du litige, la charge des dépens de deuxième instance évaluée à 1'500 fr. (art. 7 al. 1 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010]) pour chaque partie doit être mise à la charge de l'appelante à raison de quatre cinquièmes et de l'intimée à raison d'un cinquième. L'appelante versera en définitive à l'intimée la somme de 900 fr. à titre de dépens.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé aux chiffres I, II et IV de son dispositif comme il suit:
  - I. dit que la demanderesse S.\_\_\_\_\_ a droit, pour la période de travail auprès de la défenderesse G.\_\_\_\_\_SA du 1<sup>er</sup> septembre 2008 au 23 août 2009, à un salaire de 35'400 fr. (trente-cinq mille quatre cents francs) brut, sous déduction

des charges sociales usuelles, et à une rémunération sur commission de 14'947 fr. 05 (quatorze mille neuf cent quarante-sept francs et cinq centimes), charges sociales réservées;

II. dit que la demanderesse S. \_\_\_\_\_ a droit, pour les périodes de travail auprès de la défenderesse G. \_\_\_\_\_ SA du 24 août 2009 au 30 avril 2010 et du 17 juillet 2010 au 31 octobre 2010, à un salaire de 35'200 fr. (trente-cinq mille deux cents francs) brut, sous déduction des charges sociales usuelles, et à une rémunération sur commission de 14'655 fr. 65 (quatorze mille six cent cinquante-cinq francs et soixante-cinq centimes), charges sociales réservées;

IV. dit que les allocations de maternité en faveur de la demanderesse, dues du 1<sup>er</sup> mai au 16 juillet 2010, doivent être calculées sur la base d'un salaire mensuel déclaré de 4'266 fr. 70 (quatre mille deux cent soixante-six francs et septante centimes), soit 3'000 fr. (trois mille francs) brut à titre de salaire fixe et 1'266 fr. 70 (mille deux cent soixante-six francs et septante centimes) à titre de rémunération sur commission.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

**III.** L'appelante S. \_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée G. \_\_\_\_\_ SA la somme de 900 fr. (neuf cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**IV.** L'arrêt, rendu sans frais judiciaires, est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Catherine Weniger (pour S. \_\_\_\_\_),
- Me Alain Vuithier (pour G. \_\_\_\_\_ SA).

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), 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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, au :

- Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :