

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 11 août 2014

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : Mmes Charif Feller et Courbat
Greffière : Mme Robyr

Art. 324, 329a al. 1 CO; 106, 308 al. 2 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **T.**_____, à St-Légier-La Chiésaz, défendeur, contre le jugement rendu le 6 septembre 2013 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelant d'avec **F.**_____, à Lausanne, demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 6 septembre 2013, dont les motifs ont été envoyés aux parties pour notification le 25 mars 2014, la Chambre patrimoniale cantonale a dit que le défendeur T._____ doit payer à la demanderesse F._____ les sommes de 26'581 fr. 90 et 4'377 fr. 10, sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 (I et II) et qu'il est pris acte de la transaction partielle signée par les parties à l'audience du 28 août 2013 et dont la teneur est la suivante (III) :

" I. T._____ délivrera à F._____, d'ici au 10 septembre 2013, un certificat de travail dont la teneur sera la suivante :

« Par la présente, nous certifions que Mme F._____, née le 2 octobre 1961, a travaillé dans nos boutiques du 1^{er} novembre 2008 au 31 octobre 2011 en qualité de vendeuse auxiliaire.

Elle a été engagée avec un contrat à l'heure. Nous l'avons formée à notre système de caisses informatisées sur notre programme IFB-Cash Manager. Elle a travaillé sur les programmes MS Office. Elle s'est occupée de tous les travaux inhérents à la gestion d'une boutique, à notre entière satisfaction.

Elle a été appréciée tant par notre clientèle que par ses collègues. Elle nous quitte pour des raisons de restructuration de nos magasins. Elle est libre de tout engagement, sauf en ce qui concerne le secret professionnel auquel elle reste liée.

Nous lui souhaitons plein succès pour son avenir professionnel. » "

Pour le surplus, la Chambre patrimoniale cantonale a dit que les frais judiciaires, arrêtés à 7'047 fr. 60 pour la demanderesse, sont laissés à la charge de l'Etat et mis à la charge du défendeur par 3'523 fr. 80 (IV), arrêté l'indemnité d'office de Me Denis Weber, conseil de la demanderesse, à 5'188 fr. 80, débours et TVA inclus, pour la période du 26 avril 2012 au 28 août 2013 (V), dit que la bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'article 123 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat (VI) et que le défendeur doit verser à la demanderesse la somme de 2'334 fr. à titre de dépens réduits (VII).

En droit, les premiers juges ont considéré que les parties étaient liées par un contrat de travail à temps partiel: la demanderesse avait postulé pour un poste à temps partiel, avait été engagée en qualité de vendeuse auxiliaire et travaillait selon un planning déterminé en fonction des besoins du défendeur. L'avenant au contrat de travail, qui évoquait une durée de travail de 43 heures hebdomadaires, était un document standardisé destiné à clarifier certaines conditions de travail et dont les horaires correspondaient aux horaires d'ouverture des magasins. Compte tenu du fait que la demanderesse était rémunérée à l'heure et que son salaire variait de mois en mois en fonction du temps travaillé, il s'agissait plus particulièrement de travail sur appel. Les premiers juges ont retenu que le contrat liant les parties avait pris fin le 31 octobre 2011 au vu de l'incapacité de travail de la demanderesse durant le délai de congé. Ils ont relevé que celle-ci avait travaillé à un taux moyen d'environ 50% du 1^{er} novembre 2008 au 31 décembre 2009 avant de voir ses heures de travail diminuer fortement, notamment en raison de la fermeture de la boutique de Lausanne. Les premiers juges ont estimé que cette diminution d'heures l'avait privée de la protection résultant du délai de congé et que le défendeur était dès lors tenu de lui assurer le paiement de son salaire moyen jusqu'à l'échéance du délai de congé. S'agissant du salaire afférent aux vacances, les premiers juges ont constaté que le contrat de travail ne donnait aucune indication sur la part du salaire horaire affectée aux vacances et que les décomptes de salaire ne détaillaient pas non plus la part consacrée à ce poste, de sorte qu'on ne pouvait admettre que l'indemnité de vacances était incluse dans le salaire et que ce montant était dû en sus. Ils ont calculé cette indemnité sur la base des salaires effectivement perçus en 2008 et 2009 et sur la base des salaires dus en 2010 et 2011.

B. Par acte du 28 avril 2014, T._____ a interjeté appel contre ce jugement en concluant, avec suite de frais et dépens de première et deuxième instance, à la réforme de ses chiffres I et II en ce sens qu'il ne doit rien à F._____ au titre de complément de salaire, subsidiairement à

ce qu'il ne doit lui payer que la somme de 1'155 fr., sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 (I) et à ce qu'il doit payer à F._____ la somme de 2'162 fr. 80, sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 (II). Subsidiairement, l'appelant a conclu à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par réponse du 23 juillet 2014, F._____ a conclu, avec suite de dépens, au rejet de l'appel. L'intimée a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

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

1. T._____ exploite des boutiques de mode, en raison individuelle, sous l'enseigne « R._____ ». Il dispose de deux boutiques à Vevey. Jusqu'à fin octobre 2009, il gérait également une boutique à la rue de Bourg, à Lausanne. L'entreprise individuelle est inscrite au Registre du commerce depuis le 11 avril 1979, avec pour but « représentant indépendant en textiles; exploitation de boutiques de mode ».

2. Le 24 octobre 2008, F._____, titulaire d'un CFC de gestionnaire de vente, a répondu à une annonce de T._____ parue dans la presse indiquant « Vevey. Cherchons de suite pour boutique haut de gamme excellentes vendeuses textile dynamiques, sympathiques, motivées, d'excellente présentation et parlant anglais. Connaissances en informatique requises ». Dans sa lettre de candidature, F._____ a notamment mentionné ce qui suit :

« En espérant que cette offre puisse me correspondre, je me permets d'y répondre pour vous proposer ma candidature en tant que future employée dans votre boutique pour un poste à temps partiel. Je serais ravie de mettre toutes mes compétences et mon enthousiasme au service de votre entreprise. »

Le 29 octobre 2008, F._____ a signé un contrat de travail établi par T._____, lui confirmant son engagement en qualité de vendeuse auxiliaire dès le 1^{er} novembre 2008, pour un salaire horaire brut de 22 fr., vacances comprises, moins les déductions légales.

Avec ce contrat, F._____ a reçu un document intitulé « avenant au contrat », libellé notamment comme suit :

« HORAIRE D'OUVERTURE DES BOUTIQUES

La durée de travail normale, sauf indication contraire dans le contrat de travail, est de 43 heures par semaine réparties selon plan de travail reçu du bureau :

Lundi : 09.00 à 18.45 sans interruption, avec une pause alternée de 1 heure, selon plan

Mardi au vendredi : 09.00 à 18.45 sans interruption, avec une pause alternée de 1 heure, selon plan

Samedi : 09.00 à 18.00 sans interruption, avec une pause alternée de 1 heure, selon plan »

Dès le 1^{er} janvier 2011, le salaire horaire brut de F. _____ est passé de 22 fr. à 23 fr. 50.

3. Selon les témoins Q. _____, K. _____ et H. _____, respectivement comptable, gestionnaire de stock et employée auprès de T. _____, F. _____ a été initialement engagée pour effectuer des remplacements dans la boutique de Lausanne. Elle n'a jamais travaillé à plein temps et recevait un planning écrit, effectué en fonction des besoins de l'employeur. K. _____ a précisé qu'elle faisait les plannings à quinzaine environ et qu'elle fixait à F. _____ plus ou moins toujours les mêmes jours de travail avec les mêmes horaires, à moins que celle-ci ne soit pas libre, ce qui correspondait en principe aux congés des autres vendeuses, à quoi s'ajoutaient parfois des heures en cas de besoins particuliers tels que nocturnes ou absences d'une apprentie. Selon K. _____, les heures étaient réparties entre Lausanne et Vevey et correspondaient plutôt à un travail à mi-temps. Elle a précisé qu'elle devait demander l'accord préalable de F. _____ avant de lui fixer plus d'heures que d'habitude. Selon Q. _____ et H. _____, les plannings étaient établis de mois en mois.

Le témoin X. _____, amie de longue date de F. _____, a déclaré qu'elle ignorait quel était le taux d'occupation de celle-ci, mais que cette dernière cherchait un travail à 80%.

Selon le témoin C. _____, employée de T. _____ de janvier à novembre 2009 à Vevey, puis à Lausanne, et qui a travaillé avec F. _____, celle-ci était employée à temps partiel pour remplacer d'autres

vendeuses. Le témoin a précisé qu'elle avait travaillé avec F._____ dans la boutique pour dames de Vevey, mais que l'intéressée remplaçait également les vendeurs de la boutique pour hommes durant l'heure du déjeuner.

Dès novembre 2009, lorsque la boutique de Lausanne a fermé, F._____ n'a plus été appelée à travailler qu'à Vevey et les heures de travail qui lui étaient confiées sont devenues de moins en moins nombreuses.

4.a) Sur la base des décomptes de salaire de F._____, les salaires perçus et le nombre d'heures effectuées peuvent être résumés comme suit :

Mois	Salaire brut	Salaire net versé	Nombre d'heures travaillées
novembre 08	2'288.00	2'012.35	104
décembre 08	2'095.50	1'855.95	95.25
janvier 09	2'442.00	2'156.95	111
février 09	2'387.00	2'112.20	108.5
mars 09	2'057.00	1'844.05	93.5
avril 09	2'255.00	2'004.90	102.5
mai 09	2'299.00	2'040.65	104.5
juin 09	1'633.50	1'499.95	74.25
juillet 09	2'541.00	2'237.35	115.5
août 09	1'474.00	1'370.35	67
septembre 09	1'628.00	1'495.50	74
octobre 09	2'915.00	2'541.20	132.5
novembre 09	1'859.00	1'683.15	84.5
décembre 09	2'695.00	2'189.80	122.5
janvier 10	1'518.00	1'373.85	69
février 10	1'694.00	1'535.05	77
mars 10	1'204.50	1'091.50	54.75
avril 10	808.50	732.55	36.75
mai 10	715.00	647.90	32.5
juin 2010			
juillet 10	616.00	558.25	28
août 10	1'045.00	946.95	47.5
septembre 10	968.00	877.15	44

octobre 10	2'024.00	1'834.15	92
novembre 10	973.50	882.20	44.25
décembre 10	770.00	697.80	35
janvier 11	846.00	764.95	36
février 11	211.50	191.20	9
mars 11			
avril 11	305.50	276.25	13
mai 11	587.50	531.25	25
juin 11	1'204.40	1'089.00	51.25
juillet 11	1'292.50	1'168.65	55
août 11	951.75	860.60	40.5
septembre 11	799.00	737.60	34
octobre 11	528.75	489.45	22.5

Il convient de préciser que le décompte du mois de juin 2010 n'a pas été produit et que les salaires de décembre 2009 et 2010 figurent dans le tableau sans tenir compte de la gratification de 1'000 fr. versée en sus.

On constate ainsi que F._____ a travaillé à un taux moyen d'environ 50% du 1^{er} novembre 2008 au 31 décembre 2009, et que ce taux a baissé à environ 25% en 2010 et 22% en 2011 (sur la base des mois de mai à août 2011 uniquement, seuls mois où F._____ n'a pas été totalement ou partiellement en incapacité de travail). Le salaire mensuel brut moyen pour 2008-2009 a été de 2'183 fr. 50, soit un salaire mensuel net moyen de 1'931 fr. 70, gratification de 1'000 fr. non comptée, pour une moyenne de 99,25 heures de travail. En 2010, son salaire mensuel brut moyen a été de 1'121 fr. 50, soit un salaire mensuel net moyen de 1'016 fr. 12, gratification de 1'000 fr. non comptée, pour une moyenne de 50,97 heures de travail, étant précisé que le mois de juin, pour lequel aucun décompte n'a été produit, n'est pas comptabilisé. En effet, il semble que F._____ n'ait pas du tout été appelée à travailler durant ce mois. Entre mai et août 2011, seuls mois où F._____ n'a pas été en incapacité de travail, son salaire mensuel brut moyen a été de 1'009 fr., soit un salaire mensuel net moyen de 912 fr. 35, pour une moyenne de 42.93 heures.

b) F._____ a été en incapacité de travail pour cause de maladie à plusieurs occasions : du 21 au 28 novembre 2008, du 29 janvier au 1^{er} avril 2011, du 5 au 11 septembre 2011, du 16 au 27 septembre 2011 et du 20 octobre au 13 novembre 2011. Une déclaration pour l'assurance maladie a d'ailleurs été remplie pour la période d'incapacité de travail de F._____ à partir du 29 janvier 2011 et adressée à Phenix Assurances, qui l'a reçue en date du 21 mars 2011.

F._____ a perçu de l'assurance, en sus de son salaire, les indemnités journalières suivantes : 504 fr. 05 en février 2011, 919 fr. 15 en mars 2011, 29 fr. 65 en avril 2011, 563 fr. 35 en septembre 2011 et 355 fr. 80 en octobre 2011.

5. Par courrier recommandé du 29 juillet 2011, T._____ a informé F._____ que, suite à une restructuration de personnel au sein de la boutique R._____ Dame à Vevey, il était dans l'obligation de lui signifier son congé pour le 30 septembre 2011.

Compte tenu du fait qu'elle était en incapacité de travail du 5 au 11 septembre 2011, puis du 16 au 27 septembre 2011, F._____ a offert ses services à T._____ jusqu'au 31 octobre 2011.

Le 26 septembre 2011, T._____ a adressé à F._____ un certificat de travail, ayant la teneur suivante :

« Par la présente, nous certifions que Madame F._____, née le 2.10.1961, a travaillé dans notre boutique, [...] à Vevey du 1.11.2008 au 30.9.2011 en qualité de vendeuse auxiliaire (sic).

Elle a été engagée avec un contrat à l'heure. Nous l'avons formée à notre système de caisses informatisées sur notre programme IFB-Cash Manager, ainsi qu'à la vente comprenant les connaissances textiles nécessaires à la vente de nos produits. Elle a travaillé sur les programmes MS Office. Elle s'est occupée de tous les travaux inhérents à la gestion d'une boutique, à notre entière satisfaction.

Elle a été appréciée tant par notre clientèle que par ses collègues pour sa serviabilité. Elle nous quitte pour des raisons de restructuration de nos magasins, elle est libre de tout engagement, sauf en ce qui concerne le secret professionnel auquel elle reste liée.

Nous lui souhaitons du succès pour son avenir professionnel. »

Le même jour, T._____ a adressé à son employée son décompte de salaire pour le mois d'octobre (22,5 heures de travail), mentionnant notamment ce qui suit :

« Madame F._____,

Suite à vos nombreuses lettres concernant le report de congé, je vous signale que au vu de votre manque de participation pour le programme soumis, par mes soins, je vous ai prolongé votre délai au 31.10.11 et vous remets, ci-dessus, votre dernier salaire dans notre entreprise au 26.10.11, car nous ne vous avons plus vu depuis le 19.10.11 !!!

De ce fait, vous ne faites plus partie de notre personnel dès cette date. Tous les documents de chômage ainsi que votre certificat de travail vous ont été envoyés fin septembre 2010.

Vous avez la possibilité de continuer, à votre compte, auprès de Phenix Assurance Lausanne votre assurance perte de gain à titre personnel si vous êtes en arrêt maladie pour une longue durée.

(...)

Par courrier du 27 septembre 2011 adressé à T._____, F._____ a rappelé qu'elle était apte à reprendre le travail à 100% à partir du 28 septembre 2011 et qu'elle restait donc à disposition, malgré le refus de son employeur lors d'une conversation du 26 septembre 2011.

Par courrier du 13 octobre 2011, F._____ a confirmé à son employeur avoir pris note du planning d'heures de travail, précisant avoir procédé à quelques modifications en accord avec K._____.

6. Par demande du 26 avril 2012, F._____ a ouvert action contre R._____ T._____ en concluant, avec suite de dépens, à ce que qu'il soit reconnu son débiteur et lui doive immédiat paiement des sommes de 109'129 fr. 90, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 (I) et de 4'377 fr. 10, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 également (II), le certificat de travail du 26 septembre 2011 étant pour le surplus corrigé dans le sens précisé en cours d'audience (III).

Par réponse du 20 août 2012, T._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions.

A l'audience de plaidoiries finales du 28 août 2013, les parties ont signé la convention partielle suivante :

« I. T._____ délivrera à F._____, d'ici au 10 septembre 2013, un certificat de travail dont la teneur sera la suivante :

« Par la présente, nous certifions que Mme F._____, née le 2 octobre 1961, a travaillé dans nos boutiques du 1^{er} novembre 2008 au 31 octobre 2011 en qualité de vendeuse auxiliaire.

Elle a été engagée avec un contrat à l'heure. Nous l'avons formée à notre système de caisses informatisées sur notre programme IFB-Cash Manager. Elle a travaillé sur les programmes MS Office. Elle s'est occupée de tous les travaux inhérents à la gestion d'une boutique, à notre entière satisfaction.

Elle a été appréciée tant par notre clientèle que par ses collègues. Elle nous quitte pour des raisons de restructuration de nos magasins. Elle est libre de tout engagement, sauf en ce qui concerne le secret professionnel auquel elle reste liée.

Nous lui souhaitons plein succès pour son avenir professionnel. »

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

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

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

3. L'appelant conteste que l'intimée ait droit au paiement de son salaire moyen calculé sur 2008 et 2009 jusqu'à l'échéance du délai de congé, soit jusqu'au 31 octobre 2011. Il fait valoir que l'intimée a accepté tacitement une diminution de son temps de travail dès le mois de janvier 2010, de sorte qu'elle ne saurait avoir droit à un différentiel entre le salaire versé et le salaire moyen réalisé précédemment. Il critique également l'application faite par les premiers juges de l'art. 324 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220). Subsidiairement, si l'autorité d'appel devait admettre une diminution illicite du volume de travail et du salaire afférent, il soutient que le salaire moyen correspondant à une activité à 50% ne serait dû que jusqu'à la fin du délai de congé légal, soit pendant deux mois.

L'intimée pour sa part nie l'existence d'un accord tacite sur la diminution de son temps de travail. Elle déclare s'être plainte à plusieurs reprises de son horaire de travail, lequel ne lui assurait plus un revenu décent.

3.1 Quand bien même l'appelant ne conteste pas la qualification de travail sur appel retenue par les premiers juges, il convient d'examiner en premier lieu la relation juridique entre les parties.

3.1.1 Selon la doctrine et la jurisprudence, le contrat de travail sur appel (en allemand : KAPOVAZ; kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit)

se caractérise par le fait que le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur et ne peut refuser l'appel de celui-ci (CREC 28 juillet 2010, 385/I; CREC 10 mai 2000, 185/I publié in Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2001, p. 333 et références; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2^{ème} éd. 2010, n. 2.4 ad art. 319 CO, p. 30; Carruzo, Le contrat individuel de travail, 2009, n. 13 ad art. 319 CO, p. 11; Wyler, Droit du travail, 3^{ème} éd., Berne 2014, p. 38; Portmann, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., 2007, n. 19 ad art. 321 CO, p. 1770; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7^{ème} éd., 2012, n. 18 ad art. 319 CO, p. 111; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., 2004, n. 6 ad Travail à temps partiel, p. 409).

Si ce critère n'est pas réalisé et que néanmoins le temps de travail est partiel et n'est pas fixé de manière régulière, l'on se trouve en présence de travail à temps partiel irrégulier (uneigentliche Teilzeitarbeit), qui se distingue du travail occasionnel ou auxiliaire par l'existence d'un rapport contractuel de base d'une certaine durée (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.3 ad art. 319 CO, p. 29; Carruzo, op. cit., n. 12 ad art. 319 CO, p. 10; Wyler, op. cit., p. 132-133; Streiff/von Kaenel/Rudolph, loc. cit.; Egli, Neue Tendenzen bei Teilzeitarbeit, in Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 2000, p. 205 ss spéc., p. 208). Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut être tenu de garantir au travailleur un temps de travail minimum et le travailleur ne peut réclamer, même pendant le délai de résiliation un salaire correspondant à la moyenne des heures effectuées antérieurement (Favre/Munoz/ Tobler, loc. cit. et références; Egli, loc. cit. et référence; Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 18 ad art. 319 CO, pp. 116-117).

3.1.2 En l'espèce, les premiers juges ont considéré que l'activité déployée par l'intimée relevait du travail sur appel. Il ressort toutefois des faits établis en première instance que l'intimée n'avait pas l'obligation de se tenir à disposition de l'appelant en dehors de ses horaires de travail. Si son temps de travail pouvait varier de manière importante, il était néanmoins généralement défini à l'avance selon un planning hebdomadaire, de sorte que l'intimée ne se trouvait jamais dans une situation d'attente d'un éventuel appel de l'appelant auquel elle devait

être en mesure de donner suite immédiatement. Bien plus, le témoin K._____, qui se trouvait en charge de préparer les plannings, a déclaré qu'elle les établissait environ à quinzaine et qu'elle prenait en compte les indisponibilités de l'intimée. Elle lui demandait en outre son accord préalable avant de lui fixer plus d'heures que d'habitude. Dans ces circonstances, on ne saurait retenir que l'intimée était soumise à l'obligation de se tenir à disposition de l'appelant sans prévisibilité quant à ses périodes d'activité. Au contraire, les horaires étaient planifiés à l'avance.

Dans ces conditions, l'appréciation des premiers juges sur ce point doit être infirmée et il convient de retenir que l'activité déployée par l'intimée pour l'appelant relevait en fait du travail à temps partiel irrégulier (uneigentliche Teilzeitarbeit) et non du travail sur appel.

3.2

3.2.1 Une modification du contrat de travail suppose une manifestation concordante de volontés des parties. Sauf cas particulier, celle-ci n'est subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière et peut notamment ressortir du comportement adopté par les parties, soit d'une modification tacite. Toutefois, c'est avec réserve que le juge peut inférer du silence du travailleur, à la suite d'une proposition de modification du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de ces conditions. Celle-ci ne peut être admise que dans les situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit et de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (TF 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 c. 10.1.4 ; TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 c. 4.3; ATF 109 II 327 c. 2b; JAR 1998, p. 134, c. 2; Wyler, op. cit., p. 58). La jurisprudence se montre restrictive car, en général, on peut attendre d'un employeur qui entend modifier un contrat qu'il formule clairement son offre et impartisse à son cocontractant un délai pour se prononcer (Aubert, in CR CO I, Bâle 2003, n. 2 ad art. 320 CO, pp. 1679 et 1680).

3.2.2 En l'espèce, il ne résulte pas des faits établis – contrairement à ce que soutient l'intimée – que celle-ci aurait protesté contre la diminution de son temps de travail depuis la fin de l'année 2009, qui résultait de la fermeture de la boutique de Lausanne. Ses déclarations, contredites par celles de l'appelant (cf. allégué 45), ne suffisent pas à établir ses allégations (cf. art. 8 CC). A supposer que l'on retienne que l'employeur s'était initialement engagé à fournir un certain nombre d'heures de travail – ce qui ne ressort pas du dossier –, on doit admettre qu'en ne réagissant pas pendant pratiquement deux ans alors qu'on aurait pu l'attendre d'elle, en n'émettant aucune prétention alors que les plannings fixant ses heures de travail lui étaient soumis en moyenne tous les quinze jours, l'intimée a admis tacitement la modification de ses conditions de travail. Elle ne peut dès lors prétendre à un complément de salaire pour les années 2010 et 2011 fondé sur la moyenne 2008-2009, comme l'ont admis les premiers juges.

3.3 Pour le surplus, que l'on qualifie la relation entre les parties de travail à temps partiel irrégulier ou de travail sur appel, il faut retenir avec l'appelant que les premiers juges ont fait une mauvaise application de l'art. 324 al. 1 CO.

3.3.1 A teneur de cette disposition, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Il résulte de cette disposition que le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur mais à l'employeur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (ATF 125 III 65 c. 5).

La loi ne réserve aucune exception à l'application de l'art. 324 al. 1 CO en faveur du travail sur appel. Une diminution brutale du volume mensuel de travail ne doit en particulier pas vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé. Ainsi que le relèvent Streiff, von Kaenel et Rudolph, le Tribunal fédéral a dit qu'en présence d'un

contrat de travail sur appel, le temps durant lequel le travailleur se met à disposition de l'employeur doit être indemnisé, et que le salaire versé durant le délai de congé doit au moins égaler la moyenne des salaires antérieurs. Il n'a toutefois pas tranché le point, controversé en doctrine, de savoir si, pendant la durée des rapports contractuels, le travailleur peut prétendre à une certaine quantité de travail (ATF 125 III 65). Cette retenue s'explique, selon ces auteurs, par la tension résultant de la contradiction entre le fait de considérer le travail sur appel comme licite et le principe déduit de l'art. 324 CO selon lequel le risque de l'entrepreneur ne doit pas être mis à la charge du travailleur (Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 18 ad art. 319 CO pp. 114-115 et références).

Il ressort de la jurisprudence précitée que c'est bien le salaire afférent au délai de congé qui doit égaler la moyenne des salaires antérieurs afin de ne pas vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé (voir aussi TF 4A_509/2009 du 7 janvier 2010 c. 2.3 ; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.6 ad art. 319 CO) ; à défaut, il en résulterait une violation de l'art. 335c CO.

3.3.2. En l'espèce, les premiers juges ont à tort étendu la protection impérative de l'art. 335c CO à toute la durée des rapports de travail. Il faut considérer que l'intimée pouvait prétendre au versement d'un salaire égalant au moins la moyenne des salaires antérieurs uniquement pendant la durée du délai de congé.

Se pose encore la question de savoir si la protection de l'art. 335c CO s'applique uniquement au délai de congé légal ou si elle peut s'étendre au délai légal prolongé par l'art. 336c CO, disposition impérative au même titre que l'art. 335c CO. Considérant que la jurisprudence fédérale confirme qu'il convient de respecter dans tous les types de contrat de travail les dispositions impératives en faveur des travailleurs, telles que l'art. 335c CO, il se justifie également de ne pas vider de sa substance la protection impérative liée au congé signifié en temps inopportun, prévue par l'art. 336c CO. Par conséquent, il faut considérer que la protection établie par le Tribunal fédéral dans son arrêt précité (ATF

125 III 65) s'applique à toute la période du délai de congé, y compris en cas de prolongation de celui-ci selon l'art. 336c CO.

3.3.3 Il convient dès lors de déterminer le montant de la prétention due à l'intimée pour la période du 30 juillet au 31 octobre 2011. Contrairement à l'appréciation des premiers juges, la rémunération allouée à l'intimée aurait dû être appréciée en fonction d'une moyenne d'heures calculée non pas sur toute la période de travail, mais année par année, voire semestre par semestre (cf. art. 37 al. 1 OACI [ordonnance sur l'assurance-chômage, RS 837.02] appliqué par analogie, ATF 125 III 65 c. 5 in fine ; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.5 ad art. 319 CO).

En l'espèce, il conviendrait de prendre en compte la période de janvier à juillet 2011. Toutefois, au vu des nombreuses périodes d'incapacité de travail de l'intimée durant cette période, il se justifie de prendre en considération également la moyenne du salaire en 2010. Ainsi, en 2010, le salaire mensuel brut moyen de l'intimée était de 1'121 fr. 50 pour une moyenne de 50,97 heures de travail. De mai à août 2011, mois durant lesquels l'intimée n'a pas été en incapacité de travail, elle a perçu un salaire moyen net de 1'009 fr. par mois, pour une moyenne de 42.93 heures. Le salaire mensuel brut moyen pour la période de janvier 2010 à août 2011 est ainsi de 1'065 fr. 25 et c'est ce montant qui doit être pris en compte pour calculer le complément de salaire dû par l'appelant à l'intimée pour la période du 1^{er} août au 31 octobre 2011.

En août 2011, l'intimée a perçu 951 fr. 75, de sorte que c'est un montant de 113 fr. 50 qui lui est dû (1'065 fr. 25 - 951 fr. 75). En septembre 2011, l'intimée a perçu 799 fr. de son employeur et 563 fr. 35 de l'assurance, de sorte qu'elle n'a pas subi de manco. En octobre 2011 en revanche, l'intimée n'a reçu que 528 fr. 75 de l'appelant et 355 fr. 80 de l'assurance, de sorte qu'elle présente un manco de 180 fr. 70. C'est donc un montant total de 294 fr. 20 brut qui lui est dû à ce titre et l'appel doit être admis sur ce point.

4. Dans un second grief, l'appelant conteste l'indemnité afférente aux vacances calculée par les premiers juges. Il soutient qu'elle doit être fixée sur la base des salaires effectivement versés et non sur la base des salaires rectifiés à tort par l'autorité de première instance.

4.1 Selon l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Cette disposition est relativement impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Les vacances ont pour but essentiel de maintenir le travailleur en bonne santé et de lui permettre de faire disparaître la fatigue accumulée durant l'année (Cerottini, *Le droit aux vacances*, thèse Lausanne 2001, p. 253).

A teneur de l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Il comprend le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, mais également les modes de rémunération complémentaires ayant un caractère de rémunération durable, comme les allocations familiales, les indemnités de résidence, le treizième salaire, les provisions, les commissions, la participation au chiffre d'affaires, ainsi que, dans certains cas, les pourboires et le remboursement des frais (Cerottini, *op. cit.*, p. 181). Chaque travailleur, y compris celui qui n'exerce qu'un travail à temps partiel, peut prétendre à des vacances ainsi qu'au paiement du salaire afférent aux vacances (Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.3 ad art. 329a CO et les réf. citées). Pour calculer le salaire afférent à quatre semaines de vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (cf. Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.2 ad art. 329 d CO ; Wyler, *op. cit.*, p. 400 et les réf. citées).

Selon l'art. 329d al. 2 CO, qui revêt un caractère impératif absolu (art. 361 CO), soit auquel il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. D'après une jurisprudence constante,

l'employeur doit donc en principe accorder les vacances en nature. Celles-ci ne doivent pas être remplacées par des prestations en espèces, le salaire afférent aux vacances devant être payé à l'occasion de celles-ci, à défaut de quoi le but des vacances s'en trouverait compromis (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.1 ad art. 329d CO et les références citées). Le Tribunal fédéral admet une exception dans des cas particuliers, comme le travail irrégulier à temps partiel et le travail intérimaire (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.3 ad art. 329d CO et les références citées). Dans ces cas, l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est alors admissible. Cette méthode ne prive pas le travailleur du droit de bénéficier effectivement de ses vacances. Son seul effet consiste en ce que le salaire afférent aux vacances n'est pas payé durant la période de prise effective des vacances, mais compris dans le salaire payé durant les périodes de travail effectives. Le principe de l'indemnité afférente aux vacances est admis à trois conditions cumulatives: le contrat de travail écrit doit mentionner clairement le système adopté, les décomptes de salaire doivent indiquer de manière différenciée la part du salaire global destinée à indemniser les vacances et des circonstances exceptionnelles doivent le justifier (Wyler, op. cit., pp. 404-405).

4.2 En l'espèce, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que les conditions pour admettre l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire horaire n'étaient pas remplies, ce que l'appelant ne conteste d'ailleurs pas. Pour les années 2008 et 2009, ils ont calculé cette indemnité sur la base des salaires effectivement perçus, soit sur 4'383 fr. 50 en 2008 et sur 26'185 fr. 50 pour 2009, ce qui est correct. Pour les années 2010 et 2011, ils ont en revanche effectué leurs calculs en se fondant sur les salaires qu'ils ont estimés dus, soit sur 26'202 fr. pour 2010 et 15'471 fr. 25 pour 2011, ce qui apparaît erroné au vu de ce qui précède (cf. ch. 3 ci-dessus).

Le droit aux vacances de l'intimée s'élève ainsi à 365 fr. 10 pour l'année 2008 (4'383 fr. 50 x 8.33%), à 2'181 fr. 25 pour 2009 (26'185 fr. 50 x 8.33%) et à 1'027 fr. 50 pour 2010 (12'336 fr. 50 x 8.33%). Pour 2011, il doit être calculé sur la base du salaire effectivement versé, soit

6'726 fr. 90, auquel il convient d'ajouter le manco alloué pour les mois d'août à octobre 2011, par 294 fr. 20, et pour une période de référence de neuf mois. Il s'élève ainsi à 438 fr. 60 (6'726 fr. 90 + 294 fr. 20 x 9/12 x 8.33%), ce qui porte l'indemnité totale allouée au titre de droit aux vacances à 4'013 fr. 80.

5. L'appelant fait valoir, enfin, que les premiers juges n'auraient pas dû allouer à l'intimée des dépens - même réduits - de première instance dès lors qu'il a obtenu gain de cause dans une plus grande mesure.

5.1 Aux termes de l'art. 106 CPC, les frais - qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) - sont mis à la charge de la partie succombante. La partie succombante est le demandeur lorsque le tribunal n'entre pas en matière et en cas de désistement d'action ; elle est le défendeur en cas d'acquiescement (al. 1). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (al. 2). Pour déterminer cette mesure, il faut en principe comparer ce que chaque partie obtient par rapport à ses conclusions. Si le procès portait sur des prétentions non pécuniaires dont certaines seulement ont été accueillies, la liberté d'appréciation du tribunal sera très large, de telle sorte qu'on se trouvera dans une situation proche d'une répartition en équité, même si aucune des éventualités prévues par l'art. 107 al. 1 CPC n'est réalisée (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 34 ad art. 106 CPC).

5.2 Au vu des montants réclamés par l'intimée (109'129 fr. 90 + 4'377 fr. 10) et de ceux alloués par les premiers juges (26'581 fr. 90 + 4'377 fr. 10), ceux-ci ont réparti les frais judiciaires, par 10'571 fr. 40, à raison de deux tiers à la charge de l'intimée et d'un tiers pour l'appelant.

Considérant l'issue du présent appel, qui alloue à l'intimée les montants de 294 fr. 20 et 4'013 fr. 80, les frais judiciaires de première instance doivent en définitive être répartis à raison de huit neuvièmes pour l'intimée et d'un neuvième pour l'appelant. L'intimée ayant bénéficié

de l'assistance judiciaire en première instance, ses frais seront laissés à la charge de l'Etat (art. 122 CPC).

5.3 Outre les frais judiciaires, les frais au sens de l'art. 95 al. 1 CPC comprennent également les dépens. Ceux-ci sont une indemnité de procédure mise à la charge d'un plaideur en faveur de l'autre pour le dédommager des dépenses ou du manque à gagner occasionnés par le procès (Tappy, op. cit., n. 21 ad art. 95 CPC). Ils comprennent les débours nécessaires (art. 95 al. 3 let. a CPC) et le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 let. b CPC) au sens de l'art. 68 CPC.

La charge des dépens est évaluée à 3'200 fr. pour chaque partie, de sorte que, compte tenu de ce que les frais doivent être mis à la charge de l'intimée à raison de huit neuvièmes et de l'appelant à raison d'un neuvième, l'intimée versera en définitive à l'appelant la somme arrondie de 2'400 fr. à titre de dépens ($6'400 \times 8/9$, sous déduction des 3'200 fr. qui restent à sa charge).

6.

6.1 En définitive, l'appel est partiellement admis et le jugement réformé en ce sens que l'appelant doit payer à l'intimée les sommes de 294 fr. 20 et 4'013 fr. 80, sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012 (I et II), les frais judiciaires de première instance sont arrêtés à 9'396 fr. 80 pour l'intimée et laissés à la charge de l'Etat et mis à la charge de l'appelant par 1'174 fr. 60 (IV) et l'intimée doit verser à l'appelant la somme de 2'400 fr. à titre de dépens réduits de première instance (VII).

6.2 L'intimée a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 CPC). En l'occurrence, l'intimée remplit ces deux conditions cumulatives. Il y a dès lors lieu de lui accorder

l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 23 juillet 2014 (art. 118 al. 2 CPC), Me Denis Weber étant désigné conseil d'office et l'intéressée étant astreinte à payer une franchise mensuelle de 100 fr. à titre de participation aux frais de procès, dès et y compris le 1^{er} septembre 2014.

Me Denis Weber a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Celui-ci a produit, en date du 7 août 2014, une liste des opérations selon laquelle 6.23 heures ont été consacrées à la procédure d'appel. Ce décompte peut être admis de sorte que, calculée au tarif horaire de 180 fr. hors TVA (art. 2 al. 1 let. a RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]), l'indemnité d'office due à Me Weber doit être arrêtée à 1'121 fr. 40 pour ses honoraires, plus 89 fr. 70 fr. de TVA au taux de 8%, et un montant de 67 fr. 90, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 1'279 francs.

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

6.3 L'appelant obtient partiellement gain de cause, de sorte que les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 887 fr. (art. 62 al. 1 TFJC), sont mis à sa charge à hauteur d'un neuvième, soit par 99 fr., et laissés à la charge de l'Etat par 788 fr., l'intimée bénéficiant de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC). Le montant de 788 fr. déjà versé par l'appelant à titre d'avance de frais lui sera dès lors restitué.

6.4 L'intimée versera à l'appelant, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, des dépens réduits de deuxième instance arrêtés à 1'800 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile 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 comme il suit aux chiffres I, II, IV et VII de son dispositif :
 - I. le défendeur T._____ doit payer à la demanderesse F._____ la somme de 294 fr. 20 (deux cent nonante-quatre francs et vingt centimes), sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012;

 - II. le défendeur doit payer à la demanderesse la somme de 4'013 fr. 80 (quatre mille treize francs et huitante centimes), sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, plus intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012;

IV. les frais judiciaires, arrêtés à 9'396 fr. 80 (neuf mille trois cent nonante-six francs et huitante centimes) pour la demanderesse sont laissés à la charge de l'Etat et mis à la charge du défendeur par 1'174 fr. 60 (mille cent septante-quatre francs et soixante centimes);

VII. la demanderesse doit verser au défendeur la somme de 2'400 fr. (deux mille quatre cents francs) à titre de dépens réduits.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

III. L'assistance judiciaire est accordée à l'intimée F._____ avec effet au 23 juillet 2014 dans la procédure d'appel, Me Denis Weber étant désigné conseil d'office.

IV. F._____ est astreinte à payer une franchise mensuelle de 100 fr. (cent francs) dès et y compris le 1^{er} septembre 2014, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, à 1014 Lausanne.

V. L'indemnité d'office de Me Denis Weber, conseil de l'intimée F._____, est arrêtée à 1'279 fr. (mille deux cent septante-neuf francs), TVA et débours compris.

VI. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VII. Les frais judiciaires de deuxième instance arrêtés à 887 fr. (huit cent huitante-sept francs), sont mis à la charge de l'appelant T._____ par 99 fr. (nonante-neuf francs) et laissés à la charge de l'Etat par 788 fr. (sept cent huitante-huit francs).

VIII. Le montant de 788 fr. (sept cent huitante-huit francs) déjà versé par l'appelant à titre d'avance de frais lui est restitué.

IX. L'intimée F._____ doit verser à l'appelant T._____ la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

X. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Olivier Subilia (pour T._____),
- Me Denis Weber (pour F._____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), 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, à :

- Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :