

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 août 2017

Composition : M. ABRECHT, président
M. Colombini et Mme Merkli, juges
Greffière : Mme Bourqui

* * * * *

Art. 20 et 22 LSE ; 259 al. 2 et 320 al. 3 CO ; 1 ACTT-mpr

Statuant sur l'appel interjeté par **B.**_____, à [...],
demanderesse, contre le jugement rendu le 18 janvier 2017 par le
Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant
l'appelante d'avec **G.**_____**GMBH**, à [...], défenderesse, la Cour d'appel
civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 18 janvier 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment admis partiellement les conclusions de la demande déposée le 7 octobre 2013 par B._____ à l'encontre de M._____, X.Z._____, à laquelle s'était substituée G._____GmbH (II), a dit que G._____GmbH était la débitrice de B._____ et lui devait immédiat paiement d'un montant brut de 11'253 fr., sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêt moyen à 5 % l'an dès le 15 février 2009 (III), a dit que G._____GmbH était la débitrice de B._____ et lui devait immédiat paiement d'un montant brut de 9'478 fr. 80, sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêt moyen à 5 % l'an dès le 15 février 2009 (IV), a arrêté et réparti les frais judiciaires et les dépens (V à VIII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, les premiers juges ont considéré que la question de la soumission des rapports de travail entre B._____ et G._____GmbH à la LSE pouvait rester ouverte puisque cela n'avait pas d'incidence sur la solution du litige dans la mesure où il fallait appliquer les accords tacites intervenus entre les parties et basés sur les contrats écrits appliqués dans les faits. Ils ont également relevé que la Convention collective nationale sur la location de services n'aurait de toute façon pas trouvé application, parce qu'elle avait été déclarée de force obligatoire après la survenance des faits. Les premiers juges ont estimé que B._____ était soumise à la LTr, l'exclusion de l'art. 2 LTr ne s'appliquant pas au vu du système mis en place par les parties, qui consistait en ce que X.Z._____, en tant qu'employeur, décidait des horaires, de la rémunération et des tâches à effectuer par B._____. Ils ont retenu que l'activité de cette dernière devait être considérée comme étant de type commercial et non pour les besoins privés de son employeur, vu que l'entreprise pour laquelle elle travaillait n'était pas un ménage privé. Les premiers juges ont conclu que le contrat-type pour le personnel des ménages privés prévu par l'ACTT-mpr n'était pas applicable dans la mesure où la LTr l'était.

B. a) Le 20 février 2017, B._____ a interjeté appel contre ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que G._____ GmbH soit reconnue la débitrice de B._____ et lui doive immédiat paiement de la somme de 100'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 février 2017.

b) Par réponse du 1^{er} mai 2017, G._____ GmbH a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement.

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

1. a) B._____ est aide-infirmière et, à ce titre, exerce en qualité d'auxiliaire de santé de personnes du 3^e âge.

b) La raison individuelle M._____ a été inscrite au registre du commerce du canton de Berne le 27 mai 2009. Conformément aux indications figurant dans ce registre, cette raison individuelle avait pour but social les soins et l'aide à domicile auprès des personnes privées ; X.Z._____ en était la titulaire et Y.Z._____ était habilité à la représenter. Selon Y.Z._____, « J._____ » était le nom de M._____ en français, bien que cette mention ne figurât pas au Registre du commerce.

2. a) Un contrat de travail non daté mentionnant « J._____, Centre de soins du canton de Vaud » comme employeur et B._____ comme employée faisait état de l'engagement de cette dernière au 9 juillet 2008 pour travailler en tant qu'auxiliaire de santé auprès de D._____ à [...]. Ce contrat de travail prévoyait un temps de travail hebdomadaire de 60 à 80 heures. Le salaire horaire prévu était le suivant, 13^e salaire et indemnités vacances de 8,33 % inclus :

Assistance et ménage SA + DI	CHF	25.00
Ménage Lu-Ve	CHF	22.00
Ménage Sa + Di	CHF	24.00
Piquet de nuit Lu-VE	CHF	130.00
Piquet de nuit Sa+ DI	CHF	150.00 »

Le contrat prévoyait également ce qui suit :

« **XII. Obligations du salarié**

Pour toutes les questions relatives au contrat de travail, le salarié doit s'adresser directement à la Directrice du centre de soins.

Le salarié doit suivre immédiatement les instructions à (sic) la Directrice du centre de soins ou de son représentant ; les instructions de la Directrice du centre de soins ont toujours la priorité. (...)

Le début et la durée de chaque mission sont indiqués dans le planning respectif. Le début et la durée de travail sont en fonction des usages du centre de soins.

(...)

XIII. Clause de non concurrence

Il est interdit au salarié de conclure un contrat de travail directement avec le client ou son représentant légal pendant la mission. En cas de violation de cette clause de non-concurrence, le salarié doit reverser les éventuels revenus correspondants au centre de soins. Cette interdiction de concurrence s'étend également à un contrat de travail simultanément auprès d'un autre employeur ou pour une activité indépendante dans le même secteur lors du contrat et jusqu'à 6 mois après la fin du contrat.

En outre, il reste possible d'exiger des remboursements pour d'autres dommages éventuels.

XIV. Dispositions générales

Sauf mention contraire précisée dans le présent contrat, les dispositions des règlements, instructions et annexes formant partie intégrante du présent contrat de travail sont applicables :

(...)

De plus, les dispositions de chaque contrat de travail individuel du CO sont applicables ».

B._____ n'a jamais signé ce contrat mais a tout de même commencé à travailler au domicile de D._____ le 9 juillet 2008.

b) En octobre 2008, un autre contrat a été présenté à B._____, intitulé « contrat-cadre de travail temporaire (en vertu des articles 19 s LSE et 48 s OSE) » entre J._____ et B._____. Il a été signé pour J._____ le 27 octobre 2008 et n'a pas été contresigné par B._____. Il prévoyait notamment ce qui suit :

« 2.5 Contrat de mission

Le contrat de mission règle :

- le genre de mission à accomplir
- le lieu de travail
- le début de la mission
- l'horaire de travail
- les frais

(...)

3. Devoirs de l'employé

L'employée s'engage à accomplir avec diligence et conscience les tâches que lui confie l'entreprise de mission.

Pour toutes les questions relatives au contrat de travail, l'employée doit s'adresser directement à la Directrice du centre.

L'employée doit suivre immédiatement les instructions (sic) à la Directrice du centre ou de son représentant ; les instructions de la Directrice du centre ont toujours la priorité. (...)

Le début et la durée de chaque mission sont indiqués dans le planning respectif. Le début et la durée de travail sont en fonction des usages du centre.

(...)

3.3 Rapport de travail

L'employée établit mensuellement ou au terme de chaque mission un rapport de travail signé par la directrice du centre ».

c) En novembre 2008, un troisième document libellé « Contrat de mission (en vertu de la LSE) » a été libellé en faveur de B._____, en tant qu'employée et de J._____, en tant qu'employeur. Il a été signé

pour J._____ le 22 novembre 2008 mais n'a pas été contresigné par B._____. Il prévoyait ce qui suit :

« Les dispositions du contrat cadre s'appliquent en règle générale et sont complétés par les conditions et indications suivantes :

Client : D._____

Lieu de mission : [...]

Personne de contact et n° de Tel : [...]

Genre de prestations à exécuter : présence de nuit et de jour

Début de la mission : 09.07.2008

Durée de la mission : indéterminée

Horaire de mission : 08heures à 08heures 12heures ou 14heures à 08heures

Frais :

Le contrat cadre que vous avez reçu n'entre en vigueur qu'à la signature du présent contrat de mission dont il fait partie intégrante. Le contrat cadre fait partie intégrante de ce contrat ».

d) En janvier 2009, la version allemande du contrat-cadre de travail temporaire a été présentée à B._____. Ce document, signé pour J._____ le 8 janvier 2009, n'a pas été contresigné par B._____.

Cela étant, B._____ a travaillé comme auxiliaire de santé auprès de D._____ du 9 juillet 2008 au 31 août 2009 et, selon son propre aveu, s'est conformée aux conditions de travail des différents documents contractuels soumis à sa signature.

3. Les horaires de travail de B._____ auprès de D._____, qui était une femme âgée souffrant de troubles de l'équilibre et requérant de ce fait la présence permanente d'une personne à ses côtés en cas de besoin, étaient en règle générale toutes les nuits de 20 h 00 à 8 h 00, ainsi que les mercredis et dimanches de 14 h 00 à 20 h 00.

Les feuilles horaires de B._____ font état des heures passées auprès de D._____, qui pouvaient varier entre 33 heures et 162.5 heures par semaine.

4. Par courrier du 3 juillet 2009, B._____ a informé J._____ que dans la mesure où celle-ci refusait de lui payer son salaire pour le mois de juin 2009, elle dénonçait le contrat pour le 30 août 2009.

Par courrier de son conseil du 7 juillet 2009, B._____ a déclaré qu'elle pouvait envisager de poursuivre son travail auprès de D._____ et de signer un contrat de travail pour autant qu'il fût licite. Ce courrier précisait en outre ceci :

« Tout d'abord, il est exclu que vous continuiez de lui proposer un « contrat de mission (en vertu de la LSE) ». Je doute en effet que vous soyez autorisé à pratiquer la location de service ou même la mise à disposition d'un employé (travail en régie).

(...)

En définitive, le nouveau contrat de travail devra répondre aux exigences légales (48 heures de travail hebdomadaire selon l'Arrêté vaudois établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006), notamment en matière d'assurances sociales ».

Par courrier du 9 juillet 2009, B._____ a mis en demeure J._____ de payer, d'ici au 26 juillet 2009, le salaire de ses vacances, ainsi que ses heures supplémentaires, pour un total de 76'153 francs.

5. Les rapports de travail ont pris fin le 31 août 2009.

6. Par courrier du 10 septembre 2009, M._____ a contesté les prétentions de B._____.

7. Il ressort du Registre du Commerce que, par contrat du 30 septembre 2010, la société G._____ GmbH a repris les actifs et passifs de M._____. La nouvelle société ainsi constituée, inscrite au registre du commerce du canton de Fribourg le 25 mars 2011, est une société à responsabilité limitée, dont le siège est [...], ayant pour but social les soins et l'aide à domicile auprès de personnes privées, avec X.Z._____ comme

sociétaire et Y.Z._____ comme gérant. L'ancienne raison individuelle M._____ a été radiée du registre commerce du canton de Berne le 25 novembre 2014.

8. Par courrier du 21 juin 2012, G._____ GmbH a à nouveau contesté les prétentions de B._____ au motif qu'elles étaient basées sur un salaire horaire pour les piquets de nuit, alors que le contrat de travail prévoyait une indemnisation forfaitaire.

9. a) Le 7 octobre 2013, B._____ a déposé une demande, en concluant sous suite de frais et dépens à ce que M._____, soit X.Z._____, et Y.Z._____, soient reconnus débiteurs et lui doivent solidairement immédiat paiement de la somme de 100'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 février 2009.

b) Par réponse du 7 mars 2014, M._____, représentée par X.Z._____, et Y.Z._____, ont conclu à ce que la demande du 7 octobre 2013 soit déclarée irrecevable en tant qu'elle était dirigée contre Y.Z._____ et rejetée en tant qu'elle était dirigée contre M._____.

c) Par courrier du 18 août 2014, B._____ s'est déterminée sur les allégués de la réponse.

10. Une audience d'instruction et de premières plaidoiries a eu lieu le 30 octobre 2014 en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs. A l'issue de cette audience, une ordonnance de preuves a été rendue.

Le 30 janvier 2015, une audience a eu lieu, en présence, d'une part, de B._____, assistée de son conseil et, d'autre part, du conseil des défendeurs, dispensés de comparution personnelle, pour procéder à l'audition anticipée d'un témoin.

Lors de l'audience de jugement du 16 avril 2015, en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs, le Tribunal civil de

l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Tribunal) a entendu les parties ainsi qu'un témoin. Les parties ont convenu de suspendre l'audience pour mener des pourparlers transactionnels. Le président a informé les parties qu'à défaut d'accord, l'audience serait reprise pour les plaidoiries.

Le Tribunal a repris séance le 3 décembre 2015, pour la reprise de l'audience de jugement, en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes patrimoniales 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. 2 CPC). Le délai d'appel est de trente jours (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile, 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 dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs. Il est donc en principe recevable au regard de l'art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC.

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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits

sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

3.

3.1 Dans un premier grief, l'appelante soutient que la LSE (loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 ; RS 823.11) serait applicable au contrat conclu entre les parties. A cet égard et en vertu de l'art. 20 LSE, elle fait valoir que la réglementation impérative applicable aux rapports de service entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice, soit en l'espèce l'arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr du 18 janvier 2006 ; RSV 222.105.1), s'imposait au bailleur de services.

Les premiers juges ont laissé ouverte la question de savoir si l'intimée aurait dû obtenir une autorisation pour pratiquer la location de services, considérant que, dans la mesure où les deux parties étaient tenues d'appliquer de facto les droits et obligations qui découlaient de leur relation contractuelle de fait, la soumission ou non à la LSE n'avait pas d'incidence sur la solution du litige.

3.2

3.2.1 La location de services (ou de personnel) est le contrat par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération. Ce contrat est régi par la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services.

L'art. 26 al. 1 OSE (ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 ; RS 823.111) précise qu'est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. Conformément à l'art. 26 al. 2 OSE, on peut également conclure à une activité de location de services notamment lorsque le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de

l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel (let. a), ou lorsque l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (let. c).

3.2.2 La location de services met en présence trois personnes dont les relations peuvent être précisées comme suit :

Le bailleur de services est lié au locataire de services par un contrat de location de services. Ce contrat doit être conclu par écrit (art. 22 al. 1 LSE) et contenir les indications minimales prévues à l'art. 22 al. 1 let. a à f LSE.

Le bailleur de services est lié au travailleur par un contrat de travail soumis aux art. 319 ss CO. La relation présente toutefois certains dangers pour le travailleur, qui fournit sa prestation au locataire de services et non à son employeur. C'est la raison pour laquelle la LSE fournit des exigences minimales, notamment en matière de forme – forme écrite qualifiée (cf. art. 19 LSE et 48 OSE) – et de résiliation.

Le travailleur n'est lié au locataire de services par aucun contrat, mais c'est entre eux que se noue la véritable relation de travail. En effet, le travailleur fournit sa prestation au locataire de services et celui-ci assume la plupart des droits et des obligations propres à l'employeur. Bien qu'il soit l'employé du bailleur de services, le travailleur est donc subordonné au locataire pendant l'exécution de ses prestations. On parle parfois de relation contractuelle de fait pour qualifier la relation particulière unissant le travailleur et le locataire de services (Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5^e éd., 2016, nn. 2736-2741 p. 368).

3.2.3 Il y a location de services lorsque l'employé travaille dans l'entreprise locataire comme si celle-ci était son propre employeur, l'entreprise de mission ayant le pouvoir de direction sur lui. Dans le cas contraire, il s'agit d'une mission à l'extérieur dans lequel l'employé travaille à l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise conclu par

l'employeur (Directives et commentaires du SECO relatifs à la LSE pp. 62-63, cf. <https://www.seco.admin.ch>).

Il existe plusieurs critères de distinction qui permettent de conclure à la fourniture d'une prestation de travail sous la forme de la location de services, soit notamment :

- Un rapport de subordination : le pouvoir de direction et de contrôle, caractéristique essentielle de la fourniture d'une prestation de travail, appartient principalement à l'entreprise locataire (ou de mission). La compétence de donner des instructions concernant la manière d'exécuter le travail et le choix des moyens auxiliaires entrent notamment dans ce pouvoir. Cette condition peut déjà être remplie lorsque le bailleur de services et l'entreprise de mission se partagent le pouvoir de direction.

- L'intégration du travailleur dans l'entreprise de mission au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires : il travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires.

- L'obligation d'établir le décompte des heures effectuées : le bailleur de services facture les heures, semaines ou mois de mission et non un prix forfaitaire convenu d'avance pour la prestation de travail.

- Le risque commercial de la prestation de travail (mauvaise exécution) est supporté par l'entreprise de mission. La seule responsabilité qu'assume le bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise de mission est limitée au choix diligent du personnel délégué ; il ne garantit aucun résultat contractuel quant à la qualité ou à l'achèvement de la prestation jusqu'à une date donnée.

- Le bailleur de services ne répond en principe pas des dommages que son travailleur est susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers dans le cadre de son activité pour l'entreprise de mission (Directives SECO, op. cit., p.

65 ; Matile/Zilla, in Dunand/Mahon [éd.], Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services, Bâle 2010, pp. 6-7).

Dans les cas douteux de qualification du contrat, il faut opter pour un contrat de location de services (Directives SECO, op. cit., p. 66).

3.2.4 Selon l'art. 12 LSE, les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail.

L'art. 19 al. 6 LSE prévoit que si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenue. Dans ce cas, l'art. 320 al. 3 CO, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable par renvoi de la LSE.

A teneur de l'art. 320 al. 3 CO, si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. Cette disposition institue une relation contractuelle de fait, créant ainsi une fiction de validité du contrat jusqu'à son invalidation. Durant cette période, cette fiction a pour effet que la validité des droits et obligations des deux parties est admise et que l'invalidation produit des effets ex nunc (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 61 et réf. citées).

3.3 En l'espèce, l'appelante a été engagée par X.Z._____, soit par la société G._____GmbH, mais devait travailler au domicile de D._____ et se conformer aux besoins de cette dernière. Les contrats de travail – certes non signés – faisaient état de « missions » et le salarié s'engageait à exécuter soigneusement et consciencieusement les tâches qui lui étaient confiées sur le lieu de travail. Il apparaît ainsi que les pouvoirs de direction étaient partiellement délégués au « client » chez qui

la mission était effectuée, soit à D._____, quand bien même l'employée devait référer à la « Directrice du centre de soins » pour toute question relative au contrat et qu'elle devait suivre les instructions de la Directrice du centre ou de son représentant, ces dernières ayant toujours la priorité. Quant à la prestation, elle était facturée à la cliente et il n'est pas établi que l'intimée ait garanti un certain résultat de prestations de la part de ses travailleurs. De plus, un des contrats établis par X.Z._____ renvoyait expressément à la LSE. On doit conclure de ce qui précède que les relations contractuelles entre les parties relevaient bien de la location de services et étaient par conséquent soumises à la LSE.

Pour le surplus, le défaut d'autorisation de la société de X.Z._____, bailleuse de services, n'empêche pas d'appliquer la LSE aux relations contractuelles des parties dans la mesure où, en application de l'art. 320 al. 3 CO, celles-ci devaient s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail comme s'il s'agissait d'un contrat valable, créant une fiction de validité du contrat, lequel aurait de ce fait été soumis à la LSE.

3.4

3.4.1 Selon l'art. 20 al. 1 LSE, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail.

La disposition a pour but d'éviter des situations de concurrence, en obligeant l'entreprise de location de services à respecter envers le travailleur les dispositions de la convention collective concernant les services du travailleur à une entreprise soumise à une convention collective avec déclaration d'extension. La limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise

locataire de services (Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985, FF 1985 III 589).

Ainsi, lorsqu'un employé travaille pour une entreprise de nettoyage, bailleresse de services non soumise à une CCT étendue, comme nettoyeuse dans un hôtel qui est, quant à lui, soumis à une telle CCT, la CCT s'appliquera à l'entreprise de nettoyage en vertu de l'art. 20 LSE, si l'on est en présence d'un contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel (JAR 2006 p. 566, cité par Matile/Zilla, op. cit., p.147).

3.4.2 L'art. 20 LSE ne mentionne pas les contrats-types édictés par les cantons.

Selon l'art. 359 al. 2 CO, les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison. Il fallait en effet pallier, dans ces deux secteurs, le manque de protection des travailleurs qui ne sont pas soumis à la LTr ([loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 ; RS 822.11] ; Jeannerat/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 12 ad art. 359 CO). L'art. 359 al. 2 CO doit être interprété à la lumière de l'art. 2 LTr, la notion de « service de maison » ne devant en principe pas être interprétée plus restrictivement que celle fixée à l'art. 2 al. 1 LTr. A l'inverse, le champ d'application des contrats-types cantonaux peut être fixé plus largement que celui des art. 359 al. 2 CO et 2 al. 1 LTr, afin d'englober des travailleurs dont la position est également faible comme les employés au pair (Jeannerat/Mahon, op. cit., n. 13 ad art. 359 CO).

Dans la mesure où, comme la convention collective étendue, le contrat-type s'applique sur tout le territoire concerné, où le but de la règle fixée à l'art. 20 LSE est de protéger le travailleur, ainsi que la concurrence, et où la limitation aux conventions collectives étendues est intervenue pour des raisons de publicité, il faut considérer que l'art. 20 LSE est également applicable lorsque le locataire de services est soumis à un contrat-type de travail. Dans le Canton de Vaud, il sied d'appliquer

l'arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006 (ACTT-mpr ; RSV 222.105.1).

3.4.3 Selon l'art. 1 ACTT-mpr, ce contrat-type s'applique sur tout le territoire du canton de Vaud. Il régit les rapports de travail entre les employeurs privés et toutes les personnes, logées ou non par l'employeur, qui occupent un emploi à plein temps ou à temps partiel, notamment en qualité de gouvernante, cuisinière, aide de cuisine, femme de chambre, aide de ménage, lingère, employé de maison, maître d'hôtel, cuisinier, valet de chambre, chauffeur (art. 1 al. 2 ACTT-mpr). Le contrat-type ne s'applique pas au conjoint de l'employeur, à ses parents par le sang en ligne ascendante et descendante ainsi qu'à leur conjoint, aux enfants de son conjoint, au personnel de maison s'occupant exclusivement de la garde d'enfants et aux jeunes gens au pair, aux apprenties et apprentis liés par un contrat conforme à la législation sur la formation professionnelle et au personnel occupé dans une exploitation agricole (art. 1 al. 3 ACTT-mpr). Selon l'art. 2 ACTT-mpr, ce contrat-type est réputé exprimer la volonté des parties contractantes, à moins qu'elles n'y dérogent par une convention écrite dans la mesure permise par les art. 361 et 362 CO.

L'art. 2 al. 1 let. g LTr prévoit que la loi sur le travail ne s'applique pas, sous réserve de l'art. 3a LTr, aux ménages privés. Le critère déterminant réside dans le fait que le travailleur doit accomplir des tâches « pour les besoins privés » et non pas à des fins commerciales (soit par exemple le médecin ou l'avocat qui travaillerait à domicile et engagerait une secrétaire, dont le but n'est a priori pas de satisfaire ses besoins privés ; [Geiser, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005, nn. 39 et 40 ad art. 2 LTr]). Il y a « ménage privé » au sens de la LTr si une personne occupe des travailleurs dans son appartement pour ses besoins privés et, dans ce cas, la loi ne s'applique pas, mais alors des contrats-type sont édictés afin d'assurer une protection du travailleur dans ce domaine (Geiser, op. cit., nn. 39 et 41 ad art. 2 LTr).

3.5 Les premiers juges ont considéré que si l'appelante effectuait certes ses tâches dans un ménage privé, elle les accomplissait pour le compte d'un tiers exerçant une activité commerciale (à savoir la location de services de ses employés à des tiers) et était donc soumise à la LTr, l'exclusion de l'art. 2 LTr ne s'appliquant pas. De par le système mis en place, c'est bien X.Z._____, en tant qu'employeur, qui décidait des horaires, de la rémunération et des tâches à effectuer de l'appelante. Les premiers juges ont retenu que l'activité de l'appelante devait être considérée comme étant de type commercial et non pour les besoins privés de son employeur. Par ailleurs, l'entreprise pour laquelle elle travaillait n'était pas un ménage privé, de sorte qu'à lire le titre marginal de l'art. 2 LTr, elle ne faisait pas partie des exceptions légales pour lesquelles la LTr ne s'appliquait pas.

Ces considérations seraient pertinentes si la LSE ne devait pas s'appliquer et si l'on devait considérer que l'appelante travaillait à l'extérieur dans le cadre de l'exécution d'un mandat pour le compte de son employeur. Dès lors que la LSE est en l'espèce applicable (cf. consid. 3.3 supra), il s'agit de savoir, conformément à l'art. 20 LSE, si la locataire de services, D._____, était soumise au contrat-type sur les ménages privés.

L'assistance aux personnes âgées et aux malades entre dans les besoins privés du ménage, à l'instar d'une gouvernante, cuisinière, aide de cuisine, femme de chambre, aide de ménage, lingère, employé de maison, maître d'hôtel, cuisinier, valet de chambre, chauffeur, mentionnés à l'art. 1 al. 1 ACTT-mpr, dont la liste des activités n'est qu'exemplaire et n'est pas exclue selon l'art. 1 al. 2 ACTT-mpr. Pour le surplus, il faut d'ailleurs relever que l'art. 3 let. f de l'Ordonnance fédérale sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique du 20 octobre 2010 ; RS 221.215.329.4) - certes non applicable aux cantons qui, comme le canton de Vaud, avaient un contrat-type en vigueur au 20 janvier 2010 - considère comme activité domestique l'assistance aux personnes âgées et aux malades dans la vie quotidienne. L'ACTT-mpr est partant applicable aux relations de travail entre l'appelante et l'intimée.

Ainsi, à ce stade de l'examen, le grief de l'appelante apparaît fondé sur ce point.

4.

4.1 Dans un second grief, l'appelante évoque les conséquences générales découlant, selon elle, de l'application de l'ACTT-mpr, singulièrement quant à la rémunération des heures de travail nocturnes qualifiées d'heures de piquet par les premiers juges, et des heures supplémentaires, tout en se limitant à se référer à son mémoire de demande du 7 octobre 2013 pour le calcul de ses prétentions.

4.2 L'appel doit être motivé. L'appelant doit expliquer en quoi son argumentation peut influencer sur la solution retenue par les premiers juges (TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3 et 4, in RSPC 2012 p. 128, SJ 2012 I 231 ; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in RSPC 2013 p. 29 ; TF 4A_474/2013 du 10 mars 2014 consid. 3.1, SJ 2014 I 459). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A 396/2013 du 26 février 2014 consid. 5.3.1). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée (TF 4A_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3) ou si elle ne contient que des

critiques toutes générales et superficielles de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance (notamment aux notes de plaidoiries déposées en première instance : TF 4A_580/2015 du 11 avril 2016 consid. 2.2, non publié à l'ATF 142 III 271), elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière (TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2 ; TF 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 3.1, RSPC 2015 p. 52 ; TF 5A_488/2015 du 21 août 2015 consid. 3.2.1, RSPC 2015 p. 512 ; TF 4A_580/2015 du 11 avril 2016 consid. 2.2, non publié à l'ATF 142 III 271 ; TF 4A_61/2016 du 10 mai 2016 consid. 4 ; TF 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2.1 ; TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 5.1).

4.3 En l'espèce, afin de tirer les conséquences de ses griefs, l'appelante n'avance aucune explication. Elle se borne à faire référence à son mémoire de demande du 7 octobre 2013 déposé devant l'autorité de première instance, sans procéder en appel au moindre calcul démontrant en quoi les prétentions qu'elle avance dans ses conclusions d'appel seraient fondées. Ce grief, faute de motivation, doit être déclaré irrecevable et ne sera par conséquent pas examiné.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et le jugement confirmé.

5.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 896 fr. (art. 62 al. 1 et 2 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante B. _____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

5.3 L'appelante versera à l'intimée la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

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

- I. L'appel est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. Le jugement est confirmé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 896 fr. (huit cent nonante-six francs), sont mis à la charge de l'appelante B._____.
- IV. L'appelante B._____ doit verser à l'intimée G._____GmbH la somme de 2'000 fr. (deux mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Denis Weber (pour B._____),
- Me Danielle Julmy-Hort (pour G._____GmbH),

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

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

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 sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :