

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 18 mai 2022

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente
M. Hack, juge, et Mme Dietschy, juge-suppléante
Greffière : Mme Pitteloud

Art. 322b al. 1, 326 et 349a al. 2 CO ; 5 ss OTR 2

Statuant sur l'appel interjeté par **X.**_____, à [...], demandeur, contre le jugement rendu le 8 juin 2021 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelant d'avec **Y.**_____, à [...], défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 8 juin 2021, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : la Chambre patrimoniale ou les premiers juges) a dit que la défenderesse Y. _____ devait payer au demandeur X. _____ la somme de 12'554 fr. 35, sous déduction des charges sociales et conventionnelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2014 (I), a dit que la défenderesse Y. _____ devait délivrer au demandeur X. _____ un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), dès le jugement devenu définitif et exécutoire (II), a statué sur le sort des frais judiciaires et des dépens (III à V) et a rejeté toute autre ou plus ample conclusion (VI).

En droit, les premiers juges étaient saisis d'une demande en paiement déposée par X. _____, chauffeur de taxi, contre son ancien employeur Y. _____. Ils ont rejeté la prétention du demandeur en paiement de son temps d'attente, au motif que les parties avaient convenu d'un système de rémunération consistant en un pourcentage des recettes encaissées par l'appelant selon un barème incorporé au contrat, à savoir un mode de rémunération admis tant par la jurisprudence que par la doctrine. Ainsi, le demandeur ne pouvait être suivi lorsqu'il soutenait que seule une partie de sa durée de travail (les heures de conduite) avait été rémunérée, puisqu'il était établi que le système de rémunération adopté par les parties était basé uniquement sur le résultat de l'activité du travailleur, quel que soit le nombre d'heures travaillées. S'agissant de la question du salaire convenable, les premiers juges ont relevé que l'expert judiciaire avait établi que le salaire mensuel brut moyen du demandeur était de 4'953 fr. 65 pour 53 heures de travail par semaine, à savoir, selon les premiers juges, un salaire convenable, tenant notamment compte des particularités de la profession de chauffeur de taxi, où une partie du temps de travail - peu pénible - se passe à attendre et des spécificités du système salarial adopté. Ainsi, les prétentions du demandeur en paiement d'un montant à titre de rémunération de son temps d'attente ou subsidiairement de salaire convenable devaient être rejetées.

S'agissant des heures de travail supplémentaires, les premiers juges ont relevé que le demandeur était libre d'aménager son temps de travail et que les seules limitations qui lui étaient imposées consistaient en la disponibilité du véhicule qui lui était attribué, en les horaires de nuit et en les prescriptions de l'OTR 2 (ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes, notamment de temps de travail et de repos du 6 mai 1981 ; RS 822.222). Les premiers juges en ont conclu que le demandeur était soumis à un horaire de travail flexible, qui lui offrait une certaine autonomie, et qui lui imposait de récupérer un éventuel solde de travail excédentaire librement accumulé. Par ailleurs, le demandeur n'avait pas démontré que d'éventuelles heures supplémentaires auraient été imposées par les besoins de la société défenderesse ou que les directives de l'employeur l'auraient empêché de compenser un éventuel crédit d'heures. Partant, la conclusion en paiement d'un montant à ce titre devait également être rejetée.

Concernant la prétention du demandeur en paiement de ses vacances, les premiers juges ont considéré que le paiement des vacances sous la forme d'une indemnité mensuelle à hauteur de 10,33 % du salaire brut n'était pas conforme à la jurisprudence, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'un travail irrégulier ou intérimaire. Partant, les vacances auraient dû être payées au moment où elles étaient prises. La question de savoir si les vacances avaient effectivement été prises pouvait rester ouverte. La défenderesse devait dès lors verser 26'408 fr. 90 au demandeur à ce titre. Les premiers juges ont cependant compensé sur ce montant une créance non contestée de 13'854 fr. 55 de la défenderesse envers le demandeur. Au total, ce sont donc 12'554 fr. 35 que la défenderesse devait payer au demandeur.

Enfin, les premiers juges ont rejeté la prétention en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif et ont admis celle en remise d'un certificat de travail. Ces deux prétentions ne font pas l'objet de la procédure d'appel.

B. Par acte du 15 octobre 2021, X. _____ (ci-après : l'appelant) a interjeté appel du jugement du 8 juin 2021 en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à la réforme du chiffre I de son dispositif en ce sens qu'Y. _____ (ci-après : l'intimée) soit condamnée à lui verser la somme de 132'258 fr., sous déduction des charges sociales et conventionnelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2014. Subsidairement, l'appelant a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi du dossier de la cause aux premiers juges pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

L'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, en ce sens qu'il soit exonéré des avances et des frais judiciaires, lequel lui a été accordé par ordonnance du Juge délégué de la Cour de céans du 21 octobre 2021.

Par réponse du 18 janvier 2022, l'intimée a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

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

1. a) Le but de l'intimée est le suivant : « entreprise de taxis et d'auto-location de voitures automobiles ».

b) Par contrat de travail du 28 novembre 2008, l'appelant a été engagé par l'intimée en qualité de chauffeur de taxi professionnel à temps complet avec une entrée en service le 1^{er} décembre 2008.

Selon ledit contrat, la durée convenue de travail hebdomadaire était de 53 heures. L'appelant devait effectuer son travail de nuit et, pour ce faire, disposait de la pleine et unique possession du taxi mis à disposition par l'intimée de 18 h 00 le soir à 6 h 00 le lendemain matin.

Le contrat de travail du 28 novembre 2008 prévoyait en outre ce qui suit :

« Par la signature de la présente, l'employé déclare se soumettre aux dispositions du Contrat de travail et du règlement d'entreprise (septembre 2007).

L'employé s'engage à respecter l'horaire de travail convenu ci-dessus et à le mettre à profit au maximum dans les limites de l'ordonnance sur le travail et le repos.

Un exemplaire de la présente est remis à chacun des soussignés. L'employé reçoit également le contrat de travail et le règlement d'entreprise ».

c) S'agissant de sa rémunération, l'appelant était payé au pourcentage des recettes mensuelles des courses effectuées, selon un barème incorporé au contrat de travail. Il ressort des fiches de salaire de décembre 2008 à décembre 2013 versées au dossier que l'appelant percevait au maximum 47 % des recettes encaissées, pourcentage qui était conditionné à l'obtention d'un chiffre d'affaires de 10'300 fr. minimum. A de nombreuses reprises, l'appelant a bénéficié d'un taux de 47 % alors que son chiffre d'affaires était inférieur au montant précité.

En sus du pourcentage des recettes mensuelles, l'appelant percevait chaque mois une indemnité de 10.33 % de son salaire brut à titre de paiement des vacances et des jours fériés ainsi que des pourboires.

Les fiches de salaire de l'appelant lui ont été remises mensuellement. A l'exception de celles afférentes aux mois de décembre 2008, de mai, novembre et décembre 2009, ainsi que d'avril et mai 2010, chacune desdites fiches de salaire comporte la signature de l'appelant à côté de la mention « Reconnu exact, signature : ».

Pour la période de décembre 2008 à décembre 2013 (les fiches de salaire de janvier à mars 2014 n'ayant pas été produites), l'appelant a perçu un salaire brut total de 257'540 fr. 70 (hors indemnité

vacances et jours fériés). A ce montant a été ajouté un supplément de 10,33 % censé rémunérer les vacances et les jours fériés, à savoir au total 26'603 fr. 95 (257'540 fr. 70 x 10,33 %). Le montant total effectivement perçu par l'appelant durant la période précitée se monte ainsi à 284'144 fr. 65, ce qui représente un salaire mensuel moyen de 4'658 fr. 10 (284'144 fr. 65 / 61).

2. Il ressort des rapports hebdomadaires tachygraphiques / conducteurs qu'entre le 1^{er} décembre 2008 et le 24 janvier 2014, l'appelant a effectué au total 10'962 heures et 42 minutes de travail durant 1'176 jours de travail. Selon ces rapports, la moyenne journalière d'heures de travail au cours de cette période est ainsi de 9 heures et 19 minutes.

Il ressort de ces rapports que l'appelant travaillait la majeure partie de l'année six jours par semaine. Ses horaires de travail étaient variables mais, usuellement, il débutait son service vers 18 h 00 et le terminait à 6 h 00 le lendemain matin, période durant laquelle il avait la pleine et unique possession du taxi mis à sa disposition par l'intimée. Il en ressort également que l'appelant a effectué en moyenne 52 heures et 43 minutes de travail par semaine au cours de la période du 1^{er} décembre 2008 au 24 janvier 2014 (9 heures et 19 minutes x 5,66 jours de travail par semaine).

3. Par courriers intitulés « Ordonnance sur le travail et le repos - rappel à tous les conducteurs » des 19 mars, 20 novembre 2009 et 1^{er} février 2010 adressés à l'appelant, l'intimée lui a notamment rappelé de respecter le repos quotidien hebdomadaire, de faire des pauses régulièrement et, plus généralement de respecter les dispositions de l'OTR 2. Ces courriers comportent la signature de l'appelant sous le libellé « Le soussigné a pris bonne note de ce qui précède et a reçu une copie de la présente ».

Par courrier du 2 février 2011 adressé à l'appelant, l'intimée lui a, notamment, rappelé de respecter les dispositions de l'OTR 2 et lui a

fait savoir qu'elle avait en particulier constaté que ses pauses étaient insuffisantes, que la durée maximale du travail et/ou de la conduite était dépassée et que le repos hebdomadaire était insuffisant. Ce courrier porte la signature de l'appelant en dessous de la mention « Le soussigné prend bonne note de ce qui précède et en reçoit une copie ».

Par courrier du 5 mai 2011 adressé à l'appelant, l'intimée lui a rappelé de respecter les dispositions de l'OTR 2 et lui a fait savoir qu'elle avait constaté que ses pauses étaient insuffisantes. Une copie de ses rapports hebdomadaires pour la période du 27 décembre 2010 au 3 avril 2011, ainsi que certains des disques tachygraphiques y relatifs étaient annexés à ce courrier qui n'a toutefois pas été signé par l'appelant.

Par courrier du 3 août 2011 adressé à l'appelant, l'intimée lui a rappelé de respecter les dispositions de l'OTR 2 et lui a fait savoir qu'elle avait constaté que ses pauses étaient insuffisantes. Une copie du disque tachygraphiques du 18 juin 2011 était annexée audit courrier. Ce dernier comporte une signature manuscrite - dont l'auteur n'a pas pu être identifié - sous la mention « Montréal le 05.09.11 ».

Par courrier du 14 février 2012 adressé à l'appelant, l'intimée lui a rappelé à nouveau son devoir de respecter les dispositions de l'OTR 2 et l'a informé avoir relevé que ses temps de pause et de repos quotidiens étaient insuffisants et que la durée maximale de travail et/ou de conduite était dépassée. Une copie de ses rapports hebdomadaires portant sur la période du 17 octobre au 31 décembre 2011, ainsi que certains des disques tachygraphiques y relatifs, accompagnaient ce courrier. Le courrier du 14 février 2012 porte la signature de l'appelant.

Le 1^{er} mars 2012, l'intimée a remis à l'appelant, dont la signature figure au bas du document, une copie de deux disques tachygraphiques, soit les disques des 28 et 30 janvier 2012, à côté desquels figurait la mention « attention pause de conduite et pause de travail ».

Par courrier du 8 mars 2012 intitulé « Ordonnance sur le travail et le repos Rappel à tous les conducteurs » établi à l'attention de « tous les chauffeurs », l'intimée a notamment rappelé à l'appelant de respecter le repos quotidien hebdomadaire, de faire des pauses régulièrement et, plus généralement de respecter les dispositions de l'OTR 2. Ce courrier porte la signature de l'appelant sous la mention « Le soussigné a pris bonne note de ce qui précède et a reçu une copie de la présente ».

Par courrier du 15 mai 2012 adressé à l'appelant, l'intimée l'a informé avoir constaté que ce dernier était en infraction avec l'OTR 2 s'agissant des heures de conduite et de travail, du dépassement du temps maximum par semaine de travail et de conduite, ainsi que de la manipulation du tachygraphe.

Par courrier du 7 novembre 2012, l'intimée a informé l'appelant qu'elle avait constaté qu'il avait dépassé la durée maximale de travail et/ou de conduite trois fois au cours du mois de septembre. Ce courrier porte la signature de l'appelant.

Par courrier du 20 août 2013 intitulé « Ordonnance sur le travail et le repos » adressé à l'appelant, l'intimée lui a rappelé les règles de l'OTR 2, soit notamment l'interdiction de dépasser la durée hebdomadaire de travail de 53 heures et la durée de conduite de 45 heures.

Finalement, par courrier recommandé du 29 août 2013 adressé à l'appelant, l'intimée lui a rappelé son devoir de respecter la durée de la semaine de travail, des pauses de travail et de conduite ainsi que le repos quotidien. Il était par ailleurs rappelé à l'appelant qu'il devait ramener son véhicule au garage tous les jours à 6 h 00 au plus tard. Il était plus particulièrement fait référence au fait que, le jour même, l'appelant n'avait pas ramené son véhicule, que cela avait perturbé « une fois de plus fortement l'organisation », que ce courrier tenait lieu d'avertissement et que d'autres mesures seraient prises en cas de non-respect des points susmentionnés.

4. Par courrier recommandé du 29 janvier 2014 adressé à l'appelant, le conseil de l'intimée l'a informé que cette dernière résiliait son contrat de travail pour le 31 mars 2014, au motif que l'appelant avait adressé quelques jours plus tôt un courrier à teneur calomnieuse, avait poussé des hurlements le 17 janvier précédant au sein du garage et serait animé par un esprit de chicane. L'appelant a été libéré de l'obligation de travailler durant le délai de congé.

L'appelant a retrouvé du travail auprès d'un chauffeur de taxi indépendant le 26 mai 2014, pour un salaire fixé à raison de 50 % du chiffre d'affaires brut.

5. Par demande du 31 janvier 2014 adressée à la Chambre patrimoniale, l'appelant a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que l'intimée soit condamnée à lui verser la somme de 504'596 fr., sous déduction des charges sociales « sur la quote-part de ce montant que Justice dira », avec intérêts à 5 % l'an à compter du 1^{er} décembre 2013.

A l'appui de sa demande, l'appelant a notamment contesté la légalité du système de rémunération des vacances, à savoir le paiement d'une indemnité mensuelle (cf. allégués 58 à 65). Il a en outre allégué que « si les chauffeurs de taxi respectaient les 53 heures prévues par l'OTR 2, leur salaire mensuel brut serait d'environ 2'500 [fr.] » (cf. all. 36).

Le 13 août 2014, l'appelant a déposé une demande également dirigée contre l'intimée par-devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne et a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer la somme nette de 24'413 fr. 50, avec intérêts à 5 % l'an à compter du 29 janvier 2014 (I) et à lui délivrer un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO (II).

Les deux procédures ont été jointes et traitées par la Chambre patrimoniale en application de l'art. 127 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272).

Par réponse du 9 juillet 2014, l'intimée a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la conclusion prise par l'appelant au pied de sa demande du 31 janvier 2014.

L'intimée a déposé une nouvelle réponse le 30 avril 2015 et a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par l'appelant au pied de sa demande du 13 août 2014.

L'appelant a déposé une réplique le 26 octobre 2015, par laquelle il a persisté, sous suite de frais et dépens, dans ses conclusions prises dans ses demandes des 31 janvier et 13 août 2014.

L'intimée a déposé une duplique le 3 février 2016 et a persisté à conclure au rejet des conclusions de l'appelant prises dans ses demandes des 31 janvier et 13 août 2014.

L'appelant a déposé des déterminations le 13 septembre 2016.

Des audiences ont été tenues les 2 novembre 2016 et 14 juin 2017. Des témoins et les parties ont été entendues.

Les parties ont déposé leurs mémoires de plaidoiries écrites le 12 février 2021.

L'appelant a réduit ses conclusions en ce sens que l'intimée soit condamnée à lui payer la somme de 264'520 fr., sous déduction des charges sociales « sur la quote-part de ce montant que Justice dira », avec intérêts à 5 % l'an à compter du 2 octobre 2009 (I), la somme nette de 24'413 fr. 50, avec intérêts à 5 % l'an à compter du 26 mai 2014 (II) et à lui remettre un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO (III).

Le détail des postes compris dans la somme de 264'520 fr. réclamée s'établit comme il suit :

- la somme brute de 118'719 fr. 60 à titre de paiement du temps d'attente, ou, à défaut, le paiement d'une somme brute de 200'179 fr. 20 à titre de rémunération équitable ;
- la somme brute de 19'886 fr. 35 à titre de paiement d'heures de travail supplémentaires ;
- la somme brute de 44'454 fr. 35 à titre de paiement du solde de vacances ;
- la somme nette de 24'413 fr. 50 à titre de paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

Pour sa part, l'intimée a confirmé sa conclusion en rejet de toutes les prétentions de l'appelant.

Le 16 avril 2021, les parties ont déposé leurs plaidoiries écrites responsives et ont persisté dans leurs conclusions prises dans le cadre de leur plaidoiries écrites du 12 février 2021.

6. L'appelant reconnaît devoir à l'intimée une somme de 17'354 fr. 55 qu'il déclare compenser avec les prétentions salariales réclamées à cette dernière dans le cadre du litige. Dans sa réponse du 9 juillet 2014, l'intimée a admis détenir une créance contre l'appelant, en précisant toutefois que celle-ci était de 13'854 fr. 55.

7. a) En cours d'instance, deux expertises ont été mises en œuvre. L'expert fiduciaire C._____ a déposé son rapport d'expertise le 20 juin 2017. L'expert a retenu un rendement moyen de l'intimée, pour les années 2009 à 2013, se situant dans une fourchette allant de - 2,56 % à 0,34 %. Par conséquent, sur la base des éléments examinés, l'expert a estimé que la rentabilité de l'activité de taxi de l'intimée était inférieure à 3 % pour les exercices comptables de 2009 à 2013.

ba) Quant à l'expert technique, V._____, il a déposé son rapport le 9 avril 2019, respectivement son rapport complémentaire le 30 juillet 2020.

S'agissant de la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2013, l'expert a retenu que l'appelant avait travaillé 4'611 heures et 58 minutes au total sur 488 jours travaillés. Le temps moyen de travail journalier était de 9 heures et 27 minutes et la moyenne hebdomadaire de 54 heures et 15 minutes (cf. pp. 10 et 13). L'expert a ajouté qu'en ne tenant compte que des semaines lors desquelles l'appelant avait travaillé plus de quatre jours, la moyenne journalière était de 9 heures et 23 minutes et la moyenne hebdomadaire de 56 heures et 13 minutes (cf. p. 11).

La moyenne des heures travaillées par l'appelant peut ainsi être arrêtée à 9 heures et 23 minutes par jour.

Il ressort du rapport d'expertise du 9 avril 2019 que l'expert V._____ n'a pas pris en compte les jours de vacances ni les jours fériés dans le cadre du calcul de la moyenne des jours de travail hebdomadaires effectués par l'appelant.

On peut toutefois retenir que l'appelant a travaillé en moyenne 5,66 jours par semaine au cours de son emploi, soit en moyenne 53 heures et 6 minutes par semaine (9 heures et 23 minutes x 5,66 jours).

bb) L'expert V._____ a expliqué avoir effectué une analyse du temps de conduite et du temps d'attente hebdomadaire en ne prenant en compte que les semaines durant lesquelles l'appelant avait travaillé plus de quatre jours (cf. p. 21). Il a retenu que l'appelant avait passé en moyenne 42,6 % de son temps à attendre sur la période 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2013 (cf. p. 12). Plus précisément, il a retenu que l'appelant avait conduit en moyenne 32 heures et 21 minutes par semaines de travail, soit une moyenne journalière de 5 heures et 24 minutes. Quant au temps d'attente, il l'a estimé en moyenne à 23 heures et 52 minutes par semaine complète de travail, ce qui correspond à une moyenne journalière de 3 heures et 59 minutes (cf. pp. 21-22).

bc) Invité à se prononcer sur l'allégué 36 de la demande du 31 janvier 2014, l'expert a déterminé le salaire perçu et le temps de travail

de l'appelant entre février 2012 et décembre 2013, ne disposant pas des données sur le temps de travail pour les mois antérieurs à cette période. Il résulte ainsi du rapport d'expertise (cf. pp. 14 s.) que l'appelant a reçu au total 103'950 fr. 65 pour 4'448 heures et 45 minutes. L'expert a dès lors calculé un salaire-horaire de 23 fr. 37. Il a ensuite indiqué que cela équivalait, pour une durée de travail de 53 heures par semaine, à un salaire mensuel de 4'953 fr. 65 ([23 fr. 37 x 53 heures] x 4 semaines travaillées) (cf. p. 15).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance est supérieure à 10'000 franc, de sorte qu'il est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ATF 138 III

374 consid. 4.3.1 ; TF 4D_7/2020 du 5 août 2020 consid. 5 ; TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4).

3.

3.1 L'appelant invoque d'abord une constatation inexacte des faits. Il soutient que le jugement attaqué se baserait injustement sur le salaire hypothétique retenu par l'expert pour un horaire hebdomadaire de 53 heures, soit 4'953 fr. 65 brut, vacances et jours fériés compris, alors qu'il s'agirait de se fonder sur le salaire réellement perçu par l'appelant durant la période de février 2012 à décembre 2013, à savoir 4'519 fr. 59 (103'950 fr. 65 / 23), indemnité vacances et jours fériés comprise.

3.2 En l'espèce, l'expert judiciaire était invité à se déterminer sur l'allégué 36 de la demande selon lequel « si les chauffeurs de taxi respectaient les 53 heures prévues par l'OTR 2, leur salaire mensuel brut serait d'environ 2'500 [fr.] ». Pour se positionner sur cet allégué, l'expert a déterminé le salaire perçu et le temps de travail de l'appelant entre février 2012 et décembre 2013, ne disposant pas des données sur le temps de travail pour les mois antérieurs à cette période. Il résulte ainsi du rapport d'expertise (pp. 14 s.) que l'appelant a reçu au total 103'950 fr. 65 pour 4'448 heures et 45 minutes de travail. L'expert a dès lors calculé un salaire-horaire de 23 fr. 37. Il a ensuite indiqué que cela équivalait, pour une durée de travail de 53 heures par semaine, à un salaire mensuel de 4'953 fr. 65 ([23 fr. 37 x 53 heures] x 4 semaines travaillées).

Les premiers juges en ont déduit que le salaire mensuel brut moyen en cas de respect de la limite des 53 heures de travail hebdomadaire fixées par l'OTR 2 était nettement supérieur aux 2'500 fr. allégués par l'appelant. S'il est exact que le salaire mensuel moyen de l'appelant pour les mois de février 2012 à décembre 2013 doit être évalué à 4'519 fr. 59 comme le relève à juste titre l'appelant (à savoir le salaire total perçu pour cette période selon l'expertise divisé par le nombre de mois travaillés, soit 103'950 fr. 65 / 23), et non en fonction d'un revenu hypothétique - au demeurant calculé de manière erronée dans la mesure où un mois compte en moyenne 4,34 semaines et non 4 semaines -, rien

ne peut être reproché aux premiers juges lorsqu'ils estiment que le salaire moyen dépassait largement les 2'500 fr. allégués par l'appelant dans sa demande (cf. jugement attaqué, p. 22). On ne décèle ainsi aucune constatation inexacte des faits. Quant au montant à prendre en compte pour déterminer si l'appelant a bénéficié d'un salaire convenable, le grief sera discuté en détail ci-après (cf. *infra* consid. 5.3).

4.

4.1 L'appelant se plaint d'une violation de l'art. 326 CO car, de son point de vue, la relation contractuelle litigieuse ressortirait du travail aux pièces ou à la tâche au sens de cette disposition, l'appelant étant rémunéré en fonction des courses réalisées. Or l'art. 326 CO impose à l'employeur de fournir du travail en quantité suffisante sous peine de tomber en demeure (art. 324 CO), le travailleur ayant alors droit à son salaire comme s'il avait été pleinement occupé. L'appelant ayant passé 42,6 % de son temps de travail à attendre des courses, il ne s'agirait pas de travail en quantité suffisante. L'intimée devrait lui verser un complément de salaire calculé sur la base du temps passé à attendre, soit 5'080 heures au taux-horaire de 23 fr. 37, ce qui représente la somme de 118'719 fr. 60.

4.2 Aux termes de l'art. 326 al. 1 CO, lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante. D'après l'alinéa 4 de cette disposition, l'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps.

Le salaire à la tâche se caractérise par le fait que le travail est rémunéré en fonction de la quantité de travail fournie et non du temps de travail (Danthe, *in* Dunand/Mahon [édit.], Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 4 ad art. 326 CO ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4^e éd.,

2019, p. 202). Comme le relèvent Subilia et Duc (Droit du travail, éléments de droit suisse, 2010, n. 3 ad art. 326 CO), le travailleur à la tâche très habile va accomplir son travail plus rapidement qu'un autre travailleur à la tâche moins doué et disposer ainsi de temps supplémentaire, qu'il pourra employer pour travailler et gagner plus. Selon Witzig (*in* Thévenoz/Werro [édit.], Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., 2021, n. 4 ad art. 326 CO), la rémunération aux pièces pourrait connaître un nouveau cas d'application avec l'émergence de l'intelligence artificielle, certains travailleurs étant rémunérés au clic.

4.3 En l'espèce, l'appelant n'était pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, mais du chiffre d'affaires réalisé (cf. art. 322b CO ; également *infra* consid. 5.3). Ce n'est pas l'intimée qui lui attribuait les courses à réaliser et le travail ne dépendait pas des propres besoins de l'employeur, mais de ceux de la clientèle, soit d'un élément externe et aléatoire, que l'intimée ne pouvait pas maîtriser. Il convient de relever que les parties avaient toutes les deux un intérêt à ce que l'appelant accomplisse des courses et passe le moins de temps à attendre, puisqu'une partie des recettes revenait à l'intimée et servait à payer les charges. En outre, le contrat de travail prévoit que la durée du travail est de 53 heures par semaine. L'élément temporel a donc été intégré dans la relation contractuelle. L'appelant n'étant pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, on ne saurait retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à la tâche ou à la pièce, ce qui exclut de retenir une violation de l'art. 326 al. 4 CO et d'accorder à l'appelant un complément de salaire sur cette base.

5.

5.1 L'appelant prétend encore que la rémunération qu'il a perçue ne serait pas convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO. Sa rémunération, qu'il évalue à 4'171 fr. 50 brut par mois, vacances et jours fériés non compris, ne satisferait pas aux exigences de la disposition précitée, un montant mensuel brut de 5'000 fr. par mois devant être considéré comme

convenable, soit un différentiel de 828 fr. 50 par mois. Sur 64 mois, ce sont 53'024 fr. qui seraient dus.

5.2 Aux termes de l'art. 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. Il faut donc, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure ; il doit exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat (ATF 128 III 174 consid. 2b). La provision est la rémunération que le salarié reçoit au prorata des affaires qu'il a permis de conclure avec des tiers (Witzig, op. cit., n. 1 ad art. 322b CO).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque l'employé est rémunéré exclusivement par l'encaissement de provisions sur les affaires conclues, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Notre haute cour justifie sa position par le but d'« éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes (cf., à ce propos, ATF 129 III 664 consid. 6.1), l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO devant être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions » (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Relevant que le caractère « convenable » d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral retient qu'une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permet de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (*Arbeitseinsatz*), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). Dans le cas d'espèce, le travailleur avait réalisé un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. pour une activité à plein temps. Selon le Tribunal fédéral, dans de telles conditions, il n'était pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en

Suisse, n'était pas convenable (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Ainsi, en jugeant que le salaire mensuel brut de 3'874 fr. 25 était « convenable » dans le sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'avait en rien abusé de son pouvoir d'appréciation, relevant que ledit salaire était encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4'727 fr. par mois (ATF 139 III 214 consid. 5.2).

Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur (TF 4A_ 8/2013 du 2 mai 2013 consid. 3.3., non publié aux ATF 139 III 214).

Cette jurisprudence s'applique également au travailleur rémunéré principalement ou exclusivement à raison d'un pourcentage du chiffre d'affaires (TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2). Elle a été unanimement approuvée par la doctrine et par la jurisprudence cantonale (Rudolph, *Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht*, 2021, nn. 626 s. et les réf. citées ; Aubert, *in* Commentaire du contrat de travail, op. cit., n. 28 ad art. 349a CO et les réf. citées). En effet, le législateur n'entendait pas réserver l'assurance d'un salaire convenable aux seuls voyageurs de commerce, mais partait de la prémisse - aujourd'hui dépassée - que seule cette catégorie d'employés était concernée par des rémunérations fixées principalement ou exclusivement en fonction de provisions (Rudolph, op. cit., nn. 628 s.). Or, il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment les voyageurs de commerce des autres employés, c'est pourquoi le Tribunal fédéral avait comblé une lacune en retenant une application analogique de l'art. 349a al. 2 CO dès qu'un employé était rémunéré principalement ou exclusivement par commissions (Rudolph, op. cit., n. 630).

Dans un arrêt du 20 avril 2022 (n° 212), la Cour de céans a confirmé le raisonnement de la Chambre patrimoniale selon lequel un salaire inférieur à 5'000 fr. par mois, pour un travail comme chauffeur de taxis la nuit, n'est pas convenable (cf. consid. 4.3).

5.3 En l'espèce, il convient d'abord de déterminer le montant du salaire de l'appelant avant d'examiner son caractère convenable.

Les premiers juges ont tenu compte d'un salaire mensuel brut de 4'953 fr. 65 (jugement attaqué, p. 46), en se référant au salaire mensuel calculé hypothétiquement par l'expert sur la base des revenus et des heures travaillées par l'appelant entre février 2012 et décembre 2013, à savoir un tarif-horaire de 23 fr. 37 et 53 heures par semaine. L'appelant soutient pour sa part que le salaire moyen est celui qu'il a effectivement perçu durant cette période, à savoir 4'519 fr. 59 (103'950 fr. 65 / 23), parts vacances et jours fériés comprises.

Pour déterminer si le salaire versé à l'appelant est convenable, il convient en réalité de tenir compte non pas d'un salaire hypothétique, comme l'ont fait les premiers juges, mais du salaire effectivement perçu par l'appelant durant les relations contractuelles. On ne saurait non plus suivre l'appelant et tenir compte du salaire moyen versé pour la période de février 2012 à décembre 2013. Le revenu moyen doit être déterminé en fonction de la rémunération totale de l'appelant durant l'entier de la relation contractuelle.

L'expert ne s'est pas prononcé sur le salaire moyen perçu par l'appelant durant la totalité du rapport de travail. Le salaire-horaire calculé par l'expert n'est pas pertinent dans la mesure où il ne se rapporte qu'à une période des relations de travail, à savoir 23 mois sur les 64 mois travaillés. Cette période ne reflète donc pas la rémunération moyenne de l'appelant entre décembre 2008 et mars 2014, qui est pourtant la seule déterminante.

Il convient dès lors de tenir compte des salaires effectivement perçus par l'appelant au moyen des fiches de salaires figurant au dossier. On relèvera à cet égard que seules les fiches de salaires pour les mois de décembre 2008 à décembre 2013 ont été produites, à l'exclusion de celles pour l'année 2014. L'appelant n'a donc pas prouvé le salaire perçu durant l'année 2014. Il est dès lors impossible de vérifier si le salaire versé en

2014 était convenable. La prétention de l'appelant en paiement d'une éventuelle différence de salaire doit être rejetée pour cette période.

Il faut donc de calculer le salaire moyen perçu par l'appelant durant 61 mois de travail, soit de décembre 2008 à décembre 2013.

Selon les fiches de salaire retranscrites dans le jugement attaqué (pp. 5 ss), l'appelant a reçu, pour la période du 1^{er} décembre 2008 au 31 décembre 2013, 257'540 fr. 70, hors indemnités vacances et jours fériés. A ce montant a été ajouté un supplément de 10,33 % censé rémunérer les vacances et les jours fériés, à savoir au total 26'603 fr. 95 (257'540 fr. 70 x 10,33 %). Le montant total effectivement perçu par l'appelant durant la période précitée se monte ainsi à 284'144 fr. 65, ce qui représente un salaire mensuel moyen de 4'658 fr. 10 (284'144 fr. 65 / 61). Ce montant ne constitue cependant pas le salaire effectivement dû par l'intimée pour cette période, dans la mesure où celle-ci a été condamnée à verser en sus la part aux vacances, par 8,33 % - ce point n'est pas remis en cause dans le présent appel.

Il ressort du jugement querellé que l'intimée doit verser à l'appelant la somme de 26'408 fr. 90 à titre de vacances. Ce montant a été calculé sur les 64 mois durant lesquels ont duré les rapports de travail. Il convient donc de déterminer la part due pour les 61 à considérer, à savoir 25'170 fr. 95 ($[26'408 \text{ fr. } 90 \times 61] / 64$).

Ainsi, la rémunération totale de l'appelant pour la période de décembre 2008 à décembre 2013 se monte à 309'315 fr. 60 (284'144 fr. 65 + 25'170 fr. 95). Cela représente un salaire mensuel moyen de 5'070 fr. 75 (309'315 fr. 60 / 61).

L'appelant soutient que le supplément salarial dû pour les vacances ne devrait pas être inclus dans le montant précité au motif que l'intimée n'aurait pas apporté la preuve de la prise effective des vacances. Or l'appelant n'a jamais allégué ne pas avoir pris ses vacances. Il a seulement contesté la légalité du système de rémunération des vacances,

à savoir le paiement d'une indemnité mensuelle (cf. allégués 58 à 65 de la demande du 31 janvier 2014). Le débat judiciaire ne portait donc pas sur la question de savoir si l'appelant avait ou non pris ses vacances. L'intimée n'avait donc pas à apporter la preuve de la prise effective de vacances. Il convient donc de tenir compte, dans le salaire mensuel moyen perçu par l'appelant, du supplément de 8,33% relatif aux vacances, que l'intimée a été condamnée à verser à l'appelant.

Il reste ainsi à examiner si le salaire moyen perçu par l'appelant durant les rapports contractuels, de 5'070 fr. 75, doit être considéré comme convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO. En effet, les parties ont convenu d'une rémunération fixée exclusivement en fonction d'un pourcentage sur les recettes encaissées par l'appelant. Compte tenu de la jurisprudence sus-rappelée, non contestée par la doctrine et appliquée sans discussion par la jurisprudence cantonale, on ne saurait reprocher aux premiers juges d'avoir retenu une application par analogie de l'art. 349a al. 2 CO, quoi qu'en dise l'intimée. L'appelant soutient que le salaire convenable se situe à 5'000 fr. par mois. Au regard de l'arrêt du 20 avril 2022 (n° 212) précité, l'appelant doit être suivi sur ce point. Or, dans la mesure où le salaire mensuel moyen de l'appelant s'est élevé à 5'070 fr. 75, il est légèrement supérieur au salaire convenable invoqué. Il convient dès lors de confirmer le jugement attaqué en ce qu'il rejette la prétention de l'employé fondée sur l'art. 349a al. 2 CO.

6.

6.1 L'appelant conteste encore le refus des premiers de lui accorder une compensation financière pour les heures de travail supplémentaires qu'il aurait accomplies. Il soutient qu'une compensation en temps équivalent supposait l'accord du travailleur conformément à l'art. 13 LTr (loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 ; RS 822.11) et que tel n'avait pas été le cas, de sorte que les heures de travail supplémentaires devraient lui être payées. Il réfute par ailleurs l'appréciation des premiers juges selon laquelle il aurait disposé d'un horaire flexible qui lui permettait de

recupérer les heures effectuées en trop, le système de rémunération exclusivement basé sur le chiffre d'affaires réalisé excluant de pouvoir compenser les heures supplémentaires, puisque chaque heure de travail en moins se traduisait par un manque à gagner. D'après lui, il aurait effectué au moins 681 heures 04 de travail supplémentaires sur la période totale de son engagement. Un supplément de 25 %, calculé à 5 fr. 85 par heure supplémentaire – compte tenu du tarif horaire de 23 fr. 37 calculé par l'expert –, devrait donc lui être payé, à savoir au total 3'984 fr. 10.

6.2 L'art. 71 let. a LTr réserve la législation fédérale sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobile.

L'OTR 2 régleme la durée du travail, de la conduite et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles affectés au transport de personnes. Elle fixe la durée maximale de la semaine de travail du salarié employé dans une entreprise de taxis à 53 heures (art. 5 OTR 2). Selon l'art. 6 al. 1 OTR 2, la durée maximale de la semaine de travail peut être prolongée de 4 heures de travail supplémentaires. Deux autres heures supplémentaires sont autorisées par semaine durant les périodes où l'entreprise connaît une intense activité de caractère extraordinaire (p. ex. fluctuations saisonnières). Toutefois, le total des heures supplémentaires accomplies par année civile ne doit pas dépasser 208. Aux termes de l'art. 6 al. 3 OTR 2, le travail supplémentaire peut être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle selon le Code des obligations, soit par un congé de même durée au moins. Une telle compensation doit avoir lieu dans les trois mois, à moins que l'employeur et le salarié ne soient convenus d'un délai plus long ; ce délai ne peut en aucun cas excéder douze mois. D'après l'art. 7 al. 1 et 2 OTR2, la durée de la conduite entre deux périodes consécutives de repos quotidien ne doit pas excéder 9 heures et la durée hebdomadaire de conduite ne doit pas excéder 45 heures. L'art. 7 al. 3 OTR 2 prévoit encore que même en cas de travail supplémentaire, la durée journalière et hebdomadaire maximale de la conduite ne doit pas être dépassée.

Il résulte de la réserve de l'art. 71 let. a LTr que seules les dispositions sur la protection de la santé de la LTr sont applicables aux personnes couvertes par les OTR 1 et 2, à l'exclusion des dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans la LTr (Secrétariat à l'économie [SECO], Commentaire de la LTr, ad art. 71 LTr [<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html>]; Mahon/Benoît, *in* Geiser/von Kaenel/Wyler [édit.], Loi sur le travail [Commentaire], 2005, n. 9 ad art. 71 LTr). Les OTR 1 et 2 contiennent des règles sur la durée du travail et du repos dérogeant à celles de la LTr, afin de tenir compte des exigences particulières de sécurité routière liées à l'exercice du métier de chauffeur (Mahon/Benoît, *op. cit.*, n. 9 ad art. 71 LTr). La réserve de l'art. 71 let. a LTr est constitutive en ce sens que cette loi cède le pas aux dispositions spéciales contenues dans les OTR 1 et 2 (Mahon/Benoît, *op. cit.*, n. 23 ad art. 71 LTr).

Selon la jurisprudence, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (TF 4A_518/2020 du 25 août 2021 consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses

heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 consid. 3 ; TF TF 4A_518/2020, déjà cité, consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016, déjà cité, consid. 4.2). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible ; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (TF TF 4A_518/2020, déjà cité, consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016, déjà cité, consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012, déjà cité, consid. 3.2).

Selon le Tribunal fédéral, l'existence même de l'horaire de travail flexible se fonde sur le principe que l'employé dispose de la maîtrise de son temps, au contraire du travail supplémentaire (ATF 130 V 309 consid. 5.1.3). Ainsi, d'après notre haute cour, l'autonomie temporelle dont dispose le travailleur dans le cadre d'un travail à horaire flexible implique une obligation de sa part de réduire ses éventuelles heures supplémentaires dans un délai raisonnable. Le sens de l'horaire flexible est précisément fondé sur le fait que le travailleur peut, dans ce cadre, déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Inversement, il lui appartiendra de veiller à effectuer en temps voulu une compensation du travail supplémentaire. Etant donné que les rapports de travail soumis au droit suisse ne bénéficient que d'une protection limitée et qu'ils peuvent en principe être résiliés en tout temps dans le délai de congé convenu ou déterminé par la loi, les excédents d'heures réalisés dans le cadre d'un horaire de travail flexible ne devraient pas prendre une ampleur telle qu'ils ne puissent plus être compensés dans les limites de l'horaire flexible, pendant la période correspondant à un délai de congé ordinaire. Ainsi, si le travailleur laisse s'accumuler de manière importante des heures supplémentaires dans le cadre d'un horaire flexible, il encourt le risque de ne plus pouvoir les récupérer entièrement jusqu'à la fin de la durée de travail contractuelle (ATF 123 III 469 consid. 3, JdT 1999 I 23).

6.3 En l'espèce, les premiers juges ont laissé ouverte la question de savoir si l'appelant avait accumulé, comme il le prétend, 681,04 heures de travail supplémentaires sur toute la durée de la relation contractuelle, retenant que, dans tous les cas, la jurisprudence sur le travail flexible devait s'appliquer et n'ouvrait pas la voie à une rémunération supplémentaire.

L'appelant soutient que la compensation du travail supplémentaire prévue par l'art. 13 LTr serait applicable en l'espèce, nonobstant l'application de l'OTR 2, ce qui imposerait de compenser le travail supplémentaire en argent et non en nature. Or, comme le relèvent le SECO dans le Commentaire de la LTr ainsi que la doctrine, la réserve de l'art. 71 let. a LTr vise aussi bien l'OTR 1 que l'OTR 2. Par conséquent, les dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans l'OTR 2 priment celles de la LTr, si bien que la compensation du travail supplémentaire était en l'espèce régie par l'art. 6 al. 3 OTR 2 – et non par l'art. 13 LTr –, à savoir que le travail supplémentaire pouvait être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle, soit par un congé de même durée. L'accord du travailleur pour la compensation en nature n'est pas exigé par l'art. 6 OTR 2, contrairement au régime de l'art. 13 al. 2 LTr. Aucune rémunération du travail supplémentaire n'était donc imposée en l'espèce et rien n'empêchait l'appelant de récupérer ses heures de travail supplémentaires par un congé équivalent, le cas échéant tacitement.

L'appelant conteste par ailleurs avoir été soumis à un horaire de travail flexible, lui imposant de récupérer de lui-même les heures supplémentaires accomplies. Il convient de relever que le contrat de travail précise que l'horaire de travail est de 53 heures par semaine et que l'employé s'engage à respecter cet horaire et « à le mettre à profit dans les limites de l'ordonnance sur le travail et le repos ». Ainsi, la durée contractuelle du travail correspondait à la durée légale de 53 heures par semaine. Un véhicule était mis à la disposition de l'appelant de 18 h 00 à 6 h 00, soit durant 12 heures. Sur six jours – il a été établi que l'appelant travaillait en moyenne six jours par semaine –, cela représente 72 heures

par semaine. Dans la mesure où le contrat stipule que l'horaire est de 53 heures par semaine et que l'employé doit se conformer à l'OTR 2, cela signifie que l'appelant déterminait librement, durant les 72 heures pendant lesquelles un véhicule était mis à sa disposition, quand il effectuait ses 53 heures de travail, étant encore relevé que le chauffeur devait veiller au respect de la durée maximale de conduite prévue à l'art. 7 OTR 2, à savoir 9 heures par jour et 45 heures par semaine. Dans le cadre de cette plage-horaire, il appartenait donc à l'appelant de fixer librement son horaire de telle sorte que celui-ci corresponde à l'horaire contractuel et ne dépasse pas celui-ci, sous peine de violer le contrat et l'art. 5 OTR 2. A cet égard, l'intimée a plusieurs fois averti l'appelant que la durée légale n'avait pas été respectée et de la nécessité de se conformer aux prescriptions de l'OTR 2, démontrant qu'elle ne tolérait pas le dépassement de l'horaire de travail convenu.

Il en découle qu'aucun horaire n'était imposé par l'employeuse au sein de la plage-horaire 18 h 00 - 6 h 00, hormis le maximum légal et contractuel de 53 heures par semaine qui devait être respecté. Les premiers juges ont par ailleurs retenu que les relevés tachygraphiques produits par l'expert en annexe à son rapport complémentaire montraient que l'heure de début et de fin du travail de l'appelant variait quotidiennement, ce qui confirme l'existence d'un horaire de travail flexible. Il convient de rappeler que les heures ou le travail supplémentaires sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, alors que le solde excédentaire de l'horaire flexible est librement accumulé par la volonté du travailleur. En ce sens, le fait que l'intimée connaissait les horaires effectués par ses employés ne permet pas de considérer que les heures supplémentaires ont été demandées par elle. Au contraire, l'intimée a remis l'appelant à l'ordre à plusieurs reprises après avoir constaté que l'horaire contractuel avait été dépassé, le sommant de se conformer à la durée du travail fixée dans l'ordonnance.

Par conséquent, il convient de retenir, à l'instar des premiers juges, que l'appelant était soumis à l'horaire contractuel et légal de 53

heures par semaine et organisait librement ce temps de travail dans le cadre de l'horaire nocturne (18 h 00 - 6 h 00) durant lequel un véhicule était mis à sa disposition. Il y a donc lieu d'appliquer la jurisprudence sur l'horaire de travail flexible.

Selon cette dernière, il appartient à l'employé de prouver qu'il n'a pas pu compenser son solde positif d'heures compte tenu des besoins de l'entreprise ou des instructions de son employeur. Or, rien n'indique que l'appelant n'a pas pu récupérer ses heures en raison des directives de l'intimée ou des besoins de l'entreprise. Quoi qu'en dise l'appelant, l'accomplissement d'heures supplémentaires n'était pas nécessaire pour atteindre le chiffre d'affaires minimum de 10'330 fr. par mois permettant de prétendre au 47 % des recettes encaissées. En effet, il a été établi que l'appelant avait souvent obtenu ce pourcentage sans avoir atteint le niveau de recettes prévu. Ainsi, à supposer que l'appelant ait effectivement accumulé un solde positif d'heures supplémentaires, il s'agissait de temps de travail excédentaire librement accumulé dans le cadre de son horaire flexible. Il faut rappeler que le sens de l'horaire flexible est de permettre au travailleur de déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Ainsi, l'appelant n'établit pas avoir été empêché de récupérer son solde prétendument positif d'heures en congé équivalent en raison des directives de l'intimée ou des besoins de l'entreprise. Il s'ensuit qu'aucune rémunération n'est due à l'appelant au titre d'heures de travail supplémentaires. Le jugement doit également être confirmé sur ce point.

7.

7.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

7.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'227 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art.

106 al. 1 CPC), et laissés provisoirement à la charge de l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

7.3 Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires mis provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 CPC). Il incombe à la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes de fixer le principe et les modalités de ce remboursement (art. 39a CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.02]).

7.4 Au vu de l'issue du litige, l'appelant versera à l'intimée la somme de 3'300 fr. (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'227 fr. (deux mille deux cent vingt-sept francs), sont mis à la charge de l'appelant X. _____ et laissés provisoirement à la charge de l'Etat.
- IV.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires laissés provisoirement à la charge de l'Etat.

V. L'appelant X._____ doit verser à l'intimée Y._____ la somme de 3'300 fr. (trois mille trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VI. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Natasa Djurdjevac Heinzer (pour X._____),
- Me Filippo Ryter (pour Y._____),

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

- Mme la Juge président la Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF).

Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :