

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 28 septembre 2017

---

Composition : M. ABRECHT, président  
Mmes Fonjallaz et Giroud Walther, juges  
Greffière : Mme Schwab Eggs

\*\*\*\*\*

**Art. 329a al. 1, 329d al. 1 et 2, 341 al. 1 CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **E.**\_\_\_\_\_, à Veytaux, demandeur, contre le jugement rendu le 8 septembre 2016 par le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **G.**\_\_\_\_\_, à Villeneuve, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 8 septembre 2016, adressé pour notification aux parties le 30 novembre 2016, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le tribunal d'arrondissement) a rejeté la demande déposée le 23 avril 2015 par E.\_\_\_\_\_ à l'encontre de G.\_\_\_\_\_ (I), a rejeté la demande déposée le 29 janvier 2015 par la Caisse cantonale de chômage à l'encontre de G.\_\_\_\_\_ (II), a arrêté les frais judiciaires (III et IV), a dit que E.\_\_\_\_\_ était débiteur de G.\_\_\_\_\_ de la somme de 5'000 fr., à titre de dépens, ainsi que de 165 fr. à titre de remboursement de l'avance de frais versée (V), et a rejeté toutes autres et plus amples conclusions.

En droit, les premiers juges ont considéré que la question de l'indemnisation des vacances avait été réglée par écrit dans le contrat de travail conclu par les parties le 28 mai 2008, qu'aucune indication en relation avec l'inclusion de l'indemnité afférente aux vacances dans le salaire total n'y figurait, que les relevés de compte établis par l'employeur comportaient toutefois une rubrique « vacances » qui mentionnait le pourcentage de la part représentant l'indemnité afférente aux vacances, et qu'une telle mention était suffisante dès lors que la loi n'imposait pas la forme écrite pour ce type de contrat. Les premiers juges ont également retenu que l'employé pouvait, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, à la réception de chaque décompte de salaire, reconnaître à quelle hauteur, en pourcentage, sa rémunération contenait un supplément pour les vacances, que l'employé ne saurait ainsi réclamer le paiement de vacances qu'il avait prises en nature et pour lesquelles il avait été payé, et que sa prétention était dès lors infondée.

**B.** Par appel du 16 janvier 2017, E.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, à la réforme du jugement en ce sens que G.\_\_\_\_\_ soit condamnée à lui payer immédiatement la somme de 32'130 fr., sous déduction des charges sociales contractuelles, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2013.

Par réponse du 24 mai 2017, G. \_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

La Caisse cantonale de chômage, intervenante dans la procédure de première instance, n'a pas été invitée à se déterminer.

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

**1.** G. \_\_\_\_\_ est une société à responsabilité limitée inscrite au Registre du commerce du Canton de Vaud depuis le 18 février 2005. Son but est l'exploitation d'une entreprise de construction, de menuiserie, de travaux de nettoyage, de travaux techniques dans le domaine immobilier, de diagnostic amiante, ainsi que les services y relatifs. [...] en est l'associé gérant au bénéfice de la signature individuelle.

**2.** E. \_\_\_\_\_ a été engagé en qualité de menuisier au sein de G. \_\_\_\_\_ à compter du mois d'août 2008. Dans le contrat de travail signé le 28 mai 2008, les parties se sont entendues sur quatre semaines de vacances annuelles et, pour une activité de 42,5 heures par semaine, sur une rémunération horaire de 28 fr., hors vacances, treizième salaire et jours fériés. S'agissant des vacances, le contrat prévoit que « l'employé a droit à son salaire total durant les vacances ». Le salaire horaire a progressé de la manière suivante : 28 fr. au mois d'août 2008, 29 fr. de septembre à décembre 2008, 30 fr. de janvier 2009 à décembre 2010, 30 fr. 50 de janvier à mars 2011 et 31 fr. 50 d'avril 2011 à août 2013.

Toutes les fiches de salaire émises par G. \_\_\_\_\_ à l'attention de E. \_\_\_\_\_ mentionnent le versement, en sus du salaire de base, de 8,33% pour le droit aux vacances, 8,33% pour le treizième salaire et 2,11% pour les jours fériés.

A partir du mois d'avril 2011, E.\_\_\_\_\_ a complété son activité de menuisier-monteur par celle de responsable technique du département de menuiserie, toujours au sein de G.\_\_\_\_\_.

**3.** Au début du mois de juillet 2013, G.\_\_\_\_\_ a décidé de se défaire de son département de menuiserie. Elle a alors proposé à E.\_\_\_\_\_ de le reprendre à son compte, ce que celui-ci a accepté. Les démarches entreprises en ce sens ont toutefois échoué.

**4.** Par lettre du 21 octobre 2013, G.\_\_\_\_\_ a informé E.\_\_\_\_\_ qu'elle considérait l'accord de reprise de la menuiserie comme caduc, faute de paiement, et qu'elle estimait que E.\_\_\_\_\_ avait mis un terme à leurs relations de travail en déclarant travailler pour son compte et en lui adressant une facture pour les heures effectuées au mois de septembre 2013.

E.\_\_\_\_\_ a contesté son licenciement immédiat par courrier du 23 octobre 2013 et a prié son employeur de bien vouloir lui transmettre une lettre de congé en bonne et due forme.

Par courrier du 28 octobre 2013, G.\_\_\_\_\_ a maintenu sa position.

E.\_\_\_\_\_ n'a pas perçu de salaire au-delà du mois d'août 2013.

**5.** E.\_\_\_\_\_ a ouvert action par requête de conciliation du 21 mars 2014 devant le tribunal d'arrondissement. L'audience de conciliation s'est tenue le 9 octobre 2014. La conciliation n'a pas abouti et une autorisation de procéder a été délivrée au demandeur.

Par demande du 23 janvier 2015, E.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que le tribunal condamne G.\_\_\_\_\_ à lui payer immédiatement la somme de 25'789 fr. 60, plus intérêts moyen à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2013, la somme de 26'775 fr., plus intérêts à

5% l'an dès le 15 octobre 2013, la somme de 25'789 fr. 60, plus intérêts à 5% l'an dès le 15 octobre 2013, et à lui remettre un certificat de travail bienveillant et conforme à l'art. 330a CO, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité.

Par demande du 29 janvier 2015, la Caisse cantonale de chômage a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que le tribunal dise et constate que l'intervenante, soit la Caisse cantonale de chômage, est subrogée à E. \_\_\_\_\_ dans ses droits, y compris le privilège légal que ce dernier a contre G. \_\_\_\_\_, ce à concurrence de 2'400 fr. 35 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 octobre 2013, représentant les indemnités de chômage versées à E. \_\_\_\_\_ pour la période du 15 octobre au 31 décembre 2013 (1), dise et constate que G. \_\_\_\_\_ est débitrice de l'intervenante, à hauteur de 2'400 fr. 35 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 octobre 2013 (2), condamne G. \_\_\_\_\_ au paiement immédiat en main de l'intervenante, de la somme de 2'400 fr. 35 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 octobre 2013 (3) et déboute G. \_\_\_\_\_ de toutes autres ou contraires conclusions (4).

Dans ses réponses datées des 22 juin et 20 août 2015, G. \_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet intégral des conclusions prises par E. \_\_\_\_\_ et par la Caisse cantonale de chômage.

Par déterminations du 18 août 2015, E. \_\_\_\_\_ a confirmé les conclusions prises le 23 janvier 2015.

Le 30 novembre 2015, le conseil de E. \_\_\_\_\_ a produit de nouvelles conclusions, précisant la teneur souhaitée du certificat de travail.

**6.** L'audience de jugement s'est tenue le 29 août 2016. A cette occasion, le tribunal d'arrondissement a entendu huit témoins. Il résulte en particulier des déclarations de quatre témoins étant ou ayant été employés par G. \_\_\_\_\_ que tous les employés de la société étaient

rémunérés à l'heure, la part afférente aux vacances, au treizième salaire et aux jours fériés étant versée en sus.

## **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 affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est supérieure à 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 (art. 311 al. 1 CPC).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

### **3.**

**3.1** L'appelant fait valoir que les premiers juges auraient fait abstraction de la jurisprudence constante en matière d'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique. Les conditions au fond n'en seraient pas remplies compte tenu du fait qu'il aurait été engagé

pour un contrat de durée indéterminée et à plein temps. Les conditions de forme ne seraient pas non plus respectées, dans la mesure où le contrat de travail aurait dû préciser expressément une telle inclusion, ce qui ne serait en l'espèce pas le cas ; ce serait dès lors à tort que les premiers juges ont considéré que la seule mention du contraire sur les fiches de salaires serait suffisante. L'appelant fait en définitive valoir qu'il aurait droit au paiement des vacances, indépendamment de la question de savoir s'il a effectivement bénéficié de celles-ci, son comportement n'étant pas constitutif d'un abus de droit.

L'intimée soutient pour sa part qu'il résulterait des fiches de salaire établies en faveur de l'appelant entre les mois d'août 2008 et d'août 2013 que les parties auraient tacitement modifié le contrat de travail concernant la question du salaire dû pour les vacances, en ce sens que le salaire afférent aux vacances aurait été intégré au salaire périodique. L'appelant aurait à tout le moins accepté ce mode de faire par actes concluants. L'intimée est d'avis que, même si l'on devait admettre que le contrat de travail n'avait pas été modifié, la mention de l'inclusion des vacances au salaire de base figurant sur les fiches de salaires serait suffisante.

L'intimée plaide encore que la prétention de l'appelant serait constitutive d'un abus de droit. Celui-ci réclamerait le paiement du salaire afférent à des vacances qu'il aurait effectivement prises durant ses années de services et pour lesquelles il aurait été rémunéré. L'intimée fait enfin valoir que l'appelant aurait tardé à faire valoir sa prétention, ayant remis en cause le système de rémunération près d'un an et demi après la fin des rapports de travail.

## **3.2**

**3.2.1** Selon l'art. 329a al. 1 CO (Code des obligations ; RS 220), l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Cette disposition est relativement impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO). Les vacances ont pour but essentiel de maintenir le travailleur en bonne santé et de lui permettre de faire

disparaître la fatigue accumulée durant l'année (Cerottini, Le droit aux vacances, thèse Lausanne 2001 [cité ci-après : Cerottini, Le droit aux vacances], p. 253).

L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (art. 329d al. 1 CO). Le salaire comprend le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, mais également les modes de rémunération complémentaire ayant un caractère de rémunération durable, comme les allocations familiales, les indemnités de résidence, le treizième salaire, les provisions, les commissions, la participation au chiffre d'affaires, ainsi que, dans certains cas, les pourboires et le remboursement des frais (Cerottini, Le droit aux vacances, op. cit., p. 181). Chaque travailleur, y compris celui qui n'exerce qu'un travail à temps partiel, peut prétendre à des vacances, ainsi qu'au paiement du salaire afférent aux vacances (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010, n. 1.3 ad art. 329a CO et les réf. citées). Pour calculer le salaire afférent à quatre semaines de vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.2 ad art. 329d CO ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 400 et les réf. citées).

Il est déduit de cette disposition que le travailleur ne doit pas être traité différemment, d'un point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5 ; ATF 129 I 493 consid. 3.1 ; ATF 129 II 664 consid. 7.3). Pour la période de vacances dues, le travailleur doit recevoir autant que ce qu'il aurait obtenu s'il avait travaillé pendant cette période (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5 ; ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.2).

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

en argent ou d'autres avantages. D'après une jurisprudence constante, l'employeur doit donc en principe accorder les vacances en nature. Celles-ci ne doivent pas être remplacées par des prestations en espèces, le salaire afférent aux vacances devant être payé à l'occasion de celles-ci, à défaut de quoi le but des vacances s'en trouverait compromis (Favre/Munoz/

Tobler, op. cit., n. 2.1 ad art. 329d CO et les réf. citées). Le Tribunal fédéral admet une exception dans des cas particuliers, comme les employés à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement, les travailleurs interimaire ou les employés qui sont simultanément au service de différents employeurs (ATF 129 III 664 consid. 7.2 et les réf. citées ; TF 4C.90/2003 du 7 juillet 2003 consid. 2.3 ; Dietschy-Martenet, Indemnisation des vacances incluse dans le salaire global, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_72/2012, in Newsletter DroitDuTravail.ch, juillet 2015 ; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.3 ad art. 329d CO et les réf. citées ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 404). Dans ces cas, l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est alors admissible. Cette méthode ne prive pas le travailleur du droit de bénéficier effectivement de ses vacances. Son seul effet consiste en ce que le salaire afférent aux vacances n'est pas payé durant la période de prise effective des vacances, mais compris dans le salaire payé durant les périodes de travail effectives. Le principe de l'indemnité afférente aux vacances est admis à trois conditions cumulatives : le contrat de travail écrit doit mentionner clairement le système adopté, les décomptes de salaire doivent indiquer de manière différenciée la part du salaire global destinée à indemniser les vacances et des circonstances exceptionnelles doivent le justifier (ATF 129 III 493 consid. 3.3, JdT 2004 I 49 ; Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 404 s.).

La jurisprudence précise que la simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas ; la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres (TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2 ; ATF 116 II 515 consid. 4b), et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaires (ATF 129 III 493 consid. 3.3, JdT 2004 I 49 ; TF 4A\_201/2016 du 23 juin 2016

consid. 2.6.1 ; TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2 ; TF 4A\_72/2015 du 211 mai 2015 consid. 3.2 et 3.3 ; TF 4A\_436/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.1 ; TF 4C.64/2006 du 28 juin 2006 consid. 4.1.1 ; TF 4C.328/2004 du 12 novembre 2004 consid. 3.1 ; Cerottini, in Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 [cité ci-après : Cerottini, Commentaire], nn. 20 ss ad art. 329d CO). Ce n'est que dans l'hypothèse où les parties n'ont conclu qu'un contrat oral, et non écrit, qu'il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances est conclu par oral également (ATF 129 III 493 consid. 3.3, JdT 2004 I 49).

**3.2.2** En l'espèce, les parties ont conclu un contrat de travail écrit le 28 mai 2008. Elles ont notamment convenu que l'employé avait « droit à son salaire total durant les vacances ». Il ne résulte d'aucune clause du contrat que les parties auraient convenu une inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire versé durant les périodes de travail effectives. Toutes les fiches de salaires remises à l'employé mentionnaient certes le versement de 8,33% en sus du salaire de base représentant l'indemnité afférente aux vacances. Dans la mesure où les parties ont conclu un contrat de travail écrit, on ne saurait toutefois admettre que celles-ci se seraient entendues sur une telle pratique par oral. C'est dès lors à tort que les premiers juges ont considéré que la mention figurant sur les fiches de salaires était suffisante. Une des conditions formelle permettant l'inclusion de la part afférente aux vacances dans le salaire fait dès lors défaut.

Par surabondance, les premiers juges n'ont pas examiné la condition matérielle, soit de savoir s'il s'agissait de travail très irrégulier d'un employé à temps partiel ou de travail intérimaire. Or, on ne se trouve en l'espèce pas en présence d'un travail intérimaire ni d'un travail à temps partiel avec un taux d'activité variable. Les parties se sont en effet entendues pour une rémunération à l'heure pour une activité équivalant à un plein temps. La condition de fond n'est pas non plus remplie.

En définitive, des trois conditions cumulatives retenues par la jurisprudence, seule celle de la différenciation sur les fiches de salaire est remplie, à défaut des deux autres. Ces conditions faisant défaut, il convient d'examiner si, comme le soutien l'intimée, l'appelant commet un abus de droit en réclamant le paiement de vacances qu'il aurait prises en nature et, qui plus est, longtemps après la cessation des rapports de travail.

### **3.3**

**3.3.1** L'art. 2 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) prévoit que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit de la part du travailleur, car à défaut, la protection assurée au travailleur par des dispositions impératives peut se révéler illusoire (ATF 135 III 439 consid. 3 ; ATF 129 III 493 consid. 5.1 ; ATF 129 III 622 consid. 5.2). L'abus peut être réalisé notamment lorsque l'intérêt protégé par des règles impératives n'existe plus, qu'il a été sauvegardé d'une autre manière ou que la partie invoquant ces règles a tellement tardé à s'en prévaloir qu'il est devenu impossible à l'autre partie de préserver ses propres intérêts (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 498 ; TF 4A\_72/2015 du 11 mai 2015 consid. 3.6.1).

Lorsque les conditions pour l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire ne sont pas remplies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances en sus de la rémunération. Le fait que l'employé ait ou non pris ses vacances en nature n'y change rien (TF 4A\_201/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.6.1 ; TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2 et les réf. citées ; ATF 129 III 664 consid. 7.2 ; Cerrotini, Commentaire, op. cit., n. 23 ad art. 329d CO ; Dietschy-Martenet, *ibidem*), la prise des vacances devant d'ailleurs être prouvée par l'employeur qui s'en prévaut (ATF 128 III 271 consid. 2a.bb, JdT 2003 I 606). Ne commet dès lors pas un abus de droit l'employé qui exige au terme de la relation contractuelle le salaire afférent aux vacances en raison du non-respect des conditions pour une indemnisation, alors même qu'il a effectivement pris des vacances durant ses années de service (ATF 129 III 493 consid.

5.2 ; TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.2 et les références citées ; TF 4A\_463/2010 du 3 novembre 2010 consid. 3.2).

L'art. 341 al. 1 CO énonce que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi. L'employé reste ensuite libre de faire valoir ses prétentions jusqu'à l'écoulement du délai de prescription, sans que cela constitue en principe un abus de droit (ATF 131 III 438 consid. 4.1 ; ATF 129 III 618 consid. 5.2 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 281). Le simple écoulement du temps pendant le délai de prescription ne peut ainsi être interprété comme une renonciation à la prétention, ni rendre l'exercice de celle-ci abusif (TF 4A\_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.4 ; ATF 110 II 273 consid. 2, JdT 1985 I 271).

**3.3.2** En l'espèce, les premiers juges ont retenu que l'employé ne saurait réclamer le paiement de vacances qu'il a prises en nature et pour lesquelles il a été payé. Or, au vu de la jurisprudence citée ci-dessus, lorsque les conditions permettant l'inclusion du droit aux vacances dans le salaire total ne sont pas remplies, l'employeur doit verser à son employé le salaire afférent aux vacances, peu importe que celui-ci les ait ou non prises durant les rapports de travail. La question de savoir si l'appelant a pris tout ou partie de ses vacances est dès lors sans incidence, même une réponse affirmative à cette question n'étant pas constitutive d'un abus de droit.

L'intimée se réfère à un arrêt (4A\_66/2009 du 8 avril 2009), dans lequel le Tribunal fédéral a qualifié d'abusives les prétentions en paiement du salaire afférent aux vacances émises par un médecin qui était rémunéré à l'acte, mais percevait mensuellement des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice ; le médecin avait effectivement pris en nature ses vacances pendant la durée des rapports de travail. Le Tribunal fédéral a jugé qu'au vu des circonstances, le but poursuivi par l'art. 329d CO – soit de permettre au travailleur de prendre effectivement ses vacances en disposant des ressources nécessaires à cette fin – était atteint, dès lors que le système d'acomptes permettait au

médecin de partir en vacances sans subir de pénalisation salariale durant cette période, tout en disposant de ressources suffisantes vu le montant des acomptes ; l'employé n'avait pas non plus à craindre de devoir rembourser une partie des acomptes en fin d'exercice.

Or en l'espèce, la situation est différente, puisque, à l'inverse du médecin auquel le système d'acomptes (d'un montant important) permettait de partir en vacances sans subir de pénalisation salariale durant ce laps de temps, l'appelant ne percevait aucun revenu lorsqu'il ne travaillait pas. Admettre le contraire reviendrait à battre en brèche tous les principes rappelés ci-dessus, dès lors que même en l'absence de dérogation valable à l'interdiction d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total, le travailleur ne pourrait jamais réclamer le paiement du salaire pour les vacances qu'il a effectivement pu prendre. Il ne saurait donc être question, comme le proposent certains auteurs (Wylter/Heinzer, op. cit., p. 405 s.), d'étendre la solution retenue dans l'arrêt 4A\_66/2009 à tous les cas dans lesquels le travailleur a effectivement pris ses vacances en nature, au motif que, malgré le système de rémunération convenu, l'intérêt protégé par l'art. 329d al. 1 CO n'aurait pas été compromis (cf. dans le même sens TF 4A\_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.4.4).

Le fait que l'appelant n'ait fait valoir une prétention en relation avec le droit aux vacances que près d'un an et demi après la fin des rapports de travail n'est donc pas constitutif d'un abus de droit au vu de la jurisprudence citée ci-dessus.

### **3.4**

**3.4.1** L'appelant soutient en définitive que l'intimée doit lui verser un montant de 32'130 fr., correspondant à son droit aux vacances pour la période courant d'août 2008 à août 2013. Son calcul consiste à multiplier 42,5 heures par semaine à raison de vingt-quatre semaines par 31 fr. 50 l'heure.

**3.4.2** Pour calculer le salaire afférent aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut pour

quatre semaines de vacances, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence. En revanche, lorsque le travailleur a pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence, le taux est de 7,692 % pour quatre semaines de vacances (CACI 14 mai 2012/209 consid. 4 ; cf. Wyler/Heinzer, op. cit. p. 400 ; Cerottini, Le droit aux vacances, op. cit., p. 183 ; Cerottini, Commentaire, op. cit., n. 6 ad art. 329d CO).

**3.4.3** En l'espèce, les parties se sont entendues sur quatre semaines de vacances annuelles. Le premier juge a considéré que l'appelant avait pris ses vacances en nature durant la période considérée, ce que celui-ci ne conteste pas. Il convient donc de procéder au calcul de la rémunération due pour cette période au taux de 7,692 %.

Le salaire horaire de l'appelant ayant subi des modifications, il convient d'effectuer un calcul distinct en fonction de chaque palier de rémunération. Sa rémunération horaire était convenue pour une activité de 42,5 heures par semaine, soit 8,5 heures par jour ; l'appelant travaillait donc à raison de 184,45 heures par mois (8,5 h. x 21,7 jours par mois). Durant la période considérée, le salaire afférent aux vacances annuelles s'est élevé à un total de 26'517 fr. 20 brut, qui se décompose comme suit :

- Août 2008 (184,45 h. x 28 fr. x 7,692 %) : 397 fr. 25
- Sept. à déc. 2008 ([184,45 h. x 4 mois] x 29 fr. x 7,692 %) : 1'645 fr. 80
- Janv. 2009 à déc. 2010 ([184,45 h. x 24 mois] x 30 fr. x 7,692 %) : 10'215 fr. 30
- Janv. à mars 2011 ([184,45 h. x 3 mois] x 30 fr. 50 x 7,692 %) : 1'298 fr. 20
- Avr. 2011 à août 2013 ([184,45 h. x 29 mois] x 31 fr. 50 x 7,692 %) : 12'960 fr. 65

L'appelant a donc droit au paiement de la somme de 26'517 fr. 20, sous déduction des cotisations légales et conventionnelles. Les intérêts à 5% l'an sont dus sur cette somme dès le lendemain de la fin des rapports de travail, soit dès le 1<sup>er</sup> septembre 2013.

La Caisse cantonale de chômage a versé des prestations correspondant aux indemnités pour la période du 15 octobre au 31

décembre 2013, de sorte que l'admission de l'appel quant au paiement des vacances n'a aucune influence sur le rejet de la demande de la Caisse.

**4.** Les frais doivent être mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais doivent être répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC).

En l'espèce, l'allocation à l'appelant d'une somme correspondant au salaire dû pour les vacances d'août 2008 à août 2013 implique l'admission partielle de la demande de première instance, ce qui entraîne la modification de la répartition des frais de première instance.

Dans la procédure de première instance, E. \_\_\_\_\_ a conclu à ce que G. \_\_\_\_\_ lui verse les montants de deux fois 25'789 fr. 60 pour licenciement immédiat injustifié et pour le salaire afférent à quatre mois de salaire, ainsi que de 26'775 fr. pour le salaire afférent aux vacances, et établisse un certificat de salaire. Dans la mesure où E. \_\_\_\_\_ obtient gain de cause s'agissant du salaire afférent aux vacances, les frais judiciaires – arrêtés à un total de 4'865 fr. – doivent être répartis à raison de trois quarts, soit 3'648 fr. 75 à la charge de E. \_\_\_\_\_ et d'un quart, soit 1'216 fr. 25 à la charge de G. \_\_\_\_\_. E. \_\_\_\_\_ a avancé 4'700 fr. et G. \_\_\_\_\_ 165 fr. ; cette dernière doit donc rembourser 1'051 fr. 25 (4'700 fr. - 3'648 fr. 75) à E. \_\_\_\_\_. Les frais judiciaires de l'intervenante Caisse cantonale de chômage demeurent inchangés.

Les dépens de première instance peuvent être arrêtés à 5'000 fr. par partie (art. 3 et 4 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6), de sorte qu'après compensation, E. \_\_\_\_\_ versera à G. \_\_\_\_\_ un montant de 2'500 fr. ( $[\frac{3}{4} - \frac{1}{4}] \times 5'000$  fr.) à titre de dépens réduits.

En définitive, E.\_\_\_\_\_ versera la somme de 1'448 fr. 75 (2'500 fr. - 1'051 fr. 25) à titre de restitution partielle de son avance de frais judiciaires ainsi que de dépens de première instance.

**5.** Vu ce qui précède, l'appel de E.\_\_\_\_\_ doit être admis et le jugement entrepris réformé principalement en ce sens que la défenderesse G.\_\_\_\_\_ doit payer à E.\_\_\_\_\_ la somme de 26'517 fr. 20, sous déduction des cotisations légales et conventionnelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2013.

Les frais judiciaires de deuxième instance doivent être arrêtés à 660 fr. (art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]). L'appel de E.\_\_\_\_\_ étant entièrement admis, G.\_\_\_\_\_ doit supporter l'entier des frais judiciaires de deuxième instance et verser des dépens à E.\_\_\_\_\_. En l'occurrence, ces dépens peuvent être arrêtés à 2'000 fr. (art. 3 et 7 TDC). G.\_\_\_\_\_ versera donc à E.\_\_\_\_\_ la somme de 2'660 fr. (660 fr. + 2'000 fr.) à titre de remboursement de l'avance de frais judiciaires ainsi que 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 admis.

**II.** Il est statué à nouveau comme il suit :

I. La demande déposée le 23 janvier 2015 par E.\_\_\_\_\_ contre G.\_\_\_\_\_ est partiellement admise.

- II. La demande déposée le 29 janvier 2015 par la Caisse cantonale de chômage contre G.\_\_\_\_\_ est rejetée.
  - III. La défenderesse G.\_\_\_\_\_ doit payer à E.\_\_\_\_\_ la somme de 26'517 fr. 20 (vingt-six mille cinq cent dix-sept francs et vingt centimes), sous déduction des cotisations légales et conventionnelles, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2013.
  - IV. Les frais judiciaires afférents à la demande principale, arrêtés à 4'865 fr. (quatre mille huit cent soixante-cinq francs), sont mis à la charge de E.\_\_\_\_\_ par 3'648 fr. 75 (trois mille six cent quarante-huit francs et septante-cinq centimes) et à la charge de G.\_\_\_\_\_ par 1'216 fr. 25 (mille deux cent seize francs et vingt-cinq centimes).
  - V. Les frais judiciaires afférents à l'intervention de la Caisse cantonale de chômage, arrêtés à 1'875 fr. (mille huit cent septante-cinq francs), sont mis à la charge de la Caisse cantonale de chômage et sont compensés avec les avances versées par celle-ci.
  - VI. E.\_\_\_\_\_ doit verser à G.\_\_\_\_\_ la somme de 1'448 fr. 75 (mille quatre cent quarante-huit francs et septante-cinq centimes) à titre de restitution partielle d'avance de frais judiciaires et de dépens de première instance.
  - VII. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 660 fr. (six cent soixante francs), sont mis à la charge de G.\_\_\_\_\_.
- IV.** G.\_\_\_\_\_ versera à E.\_\_\_\_\_ la somme de 2'660 francs (deux mille six cent soixante francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais judiciaires ainsi que 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 Christian Giaouque (pour E. \_\_\_\_\_),
- Me Denis Bridel (pour G. \_\_\_\_\_),

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

- Caisse cantonale de chômage,
- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

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 :