

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 11 octobre 2018

---

Composition : M. ABRECHT, président  
Mme Merkli et M. Oulevey, juges  
Greffière : Mme Boryszewski

\* \* \* \* \*

**Art. 336 et 337 ss CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **M.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, défendeur, contre le jugement rendu le 15 août 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **N.**\_\_\_\_\_, à Pully, demanderesse, et la [...], intervenante, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 15 août 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait paiement immédiat à N.\_\_\_\_\_ de la somme de 23'480 fr. 20, sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 29 octobre 2014, à titre de salaire pour les mois d'octobre 2014 à janvier 2015 (I), a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait paiement immédiat à N.\_\_\_\_\_ de la somme de 2'304 fr. 40, sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 29 octobre 2014, à titre d'indemnités de vacances (II), a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait paiement immédiat à N.\_\_\_\_\_ de la somme de 6'913 fr. 35, avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 29 octobre 2014, à titre d'indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié (III), a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait paiement immédiat à N.\_\_\_\_\_ de la somme de 2'071 fr. 45, avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2014, à titre de salaire net non payé pour les mois de janvier 2014 à septembre 2014 (IV), a ordonné à M.\_\_\_\_\_ de remettre à N.\_\_\_\_\_, dans un délai de dix jours dès jugement définitif et exécutoire, un certificat de travail conforme à l'art. 330 al. 2 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) (V), a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait verser à l'intervenante [...] la somme de 4'173 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014 (VI), a fixé l'indemnité du conseil d'office de N.\_\_\_\_\_, Me Raphaël Tatti, à 10'500 fr. 20, débours, frais de vacation et TVA inclus, pour la période courant du 12 novembre 2014 au 13 juillet 2017 (VII), a arrêté les frais de justice à 3'500 fr. et les mis à la charge d'M.\_\_\_\_\_ (VIII), a dit que les frais de la procédure de conciliation, arrêtés à 450 fr., étaient mis à la charge d'M.\_\_\_\_\_ (IX), a dit que la bénéficiaire de l'assistance judiciaire N.\_\_\_\_\_ était, dans la mesure de l'art. 123 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), tenue au remboursement de l'indemnité de son conseil d'office, laissée pour le moment à la charge de l'Etat (X), a dit qu'M.\_\_\_\_\_ devait paiement à N.\_\_\_\_\_ de la somme de 15'000 fr. à titre de dépens (XI) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XII).

En droit, les premiers juges ont en substance retenu que la résiliation immédiate du contrat de travail liant les parties, adressée à la demanderesse par le défendeur le 28 octobre 2014, était injustifiée, au sens de l'art. 337 CO, du fait qu'elle était tardive. Ils ont en effet considéré qu'elle avait été notifiée 17 jours après la fin connue de l'arrêt maladie de la demanderesse et 10 jours après que celle-ci s'était déterminée sur les reproches formulés à son encontre. Par ailleurs, ce congé était également abusif au sens de l'art. 336 CO en tant qu'il constituait un congé-modification au sens large découlant de l'absence d'accord entre les parties quant à la modification du taux d'activité de la demanderesse. Une indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant à un mois de salaire a été retenue en faveur de cette dernière, soit 6'913 fr. 35. Les premiers juges ont encore relevé qu'en plus d'être injustifié et abusif, le licenciement immédiat du 28 octobre 2014 était intervenu pendant une période de protection, soit pendant l'arrêt maladie de la demanderesse allant du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 22 novembre 2014. La résiliation des rapports de travail n'étant possible qu'à partir du 23 novembre 2014 avec effet au 31 janvier 2015, le défendeur a été condamné à verser à la demanderesse une indemnité comprenant son salaire pendant la période de maladie ainsi que pendant les deux mois de délai de congé, soit d'octobre 2014 à janvier 2015, représentant un total de 23'480 fr. 20, part revenant à l'intervenante déduite ([4 mois x 6'913 fr. 35] - 4'173 fr. 20). A cela s'ajoutait le montant de 2'304 fr. 40 à titre d'indemnité pour 6.6 jours de vacances et celui de 2'071 fr. 45 représentant le salaire non payé par le défendeur pour les mois de janvier à septembre 2014, provenant de la différence entre le montant annoncé sur les fiches de salaire de la demanderesse et le montant effectivement versé par le défendeur.

**B.** Par acte du 7 décembre 2017, M. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre le jugement précité, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme, principalement en ce sens que les conclusions de la demanderesse et de la [...] soient rejetées. Subsidiairement, il a conclu à la réforme du chiffre I en ce sens qu'il doive immédiat paiement à la demanderesse de la somme de 5'530 fr. 50, sous déduction des charges

sociales usuelles avec intérêts au taux de 5% dès le 29 octobre 2014, à la réforme des chiffres II à IV, VII et XI en ce sens que ceux soient « annulés » et à la réforme du chiffre VI en ce sens que les conclusions de la [...] soient rejetées.

Par réponse du 19 janvier 2018, N. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de l'appelant.

La [...] ne s'est, quant à elle, pas déterminée dans le délai imparti.

Par courrier du 7 mai 2018, l'appelant s'est spontanément déterminé sur la réponse de l'intimée.

Le 8 mai 2018, l'intimée a requis le retranchement de ce courrier au motif qu'aucun échange d'écritures supplémentaire n'avait été ordonné.

Par courrier du 6 juillet 2018, l'appelant a produit diverses pièces.

Le 10 juillet 2018, l'intimée a demandé que toutes les correspondances et pièces de l'appelant postérieures à la réponse du 23 avril 2018 soient retranchées.

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

**1.** N. \_\_\_\_\_, née [...] (ci-après : la demanderesse), est d'origine moldave et possède un passeport roumain. Elle a étudié la psychologie en France, où elle a obtenu son diplôme en 2010.

M. \_\_\_\_\_ (ci-après : le défendeur) est originaire de Roumanie, pays dans lequel il a fait une bonne partie de ses études. Il est psychiatre et psychothérapeute et exploite un cabinet sis rue du [...] à [...].

**2.** En 2011, alors que le défendeur cherchait une secrétaire, un ami commun lui a recommandé la demanderesse. Celle-ci a été employée par le défendeur dès le 1<sup>er</sup> octobre 2011, étant précisé que le titre de psychologue étant protégé, elle ne pouvait pas exercer en cette qualité.

Lors de l'engagement de la demanderesse, les parties n'entretenaient pas encore de relation amoureuse et ne se fréquentaient pas. Ce n'est que par la suite, soit en juillet 2012, qu'elles ont vécu en concubinage, et ce pendant plusieurs années.

Les relations contractuelles entre les parties ont été régies par quatre contrats de durée indéterminée successifs, signés les 14 octobre 2011, 12 décembre 2011, 12 juin 2012 et 25 mars 2013. La demanderesse a ainsi successivement été l'assistante personnelle du défendeur, son assistante et collaboratrice clinique, puis psychologue-sexologue, à des taux d'activités variés.

Les parties faisant ménage commun, elles sont convenues que la demanderesse verserait en mains du défendeur la somme mensuelle de 2'500 fr. à titre de participation aux coûts du ménage, ce qui a effectivement été mis en place.

La demanderesse est tombée enceinte des œuvres du défendeur fin janvier 2013. Peu avant la naissance de leur enfant [...], la sœur de la demanderesse, [...], est arrivée de Moldavie avec ses deux enfants pour emménager au domicile des parties, ce qui ne s'est pas fait sans tensions.

La demanderesse a donné naissance à l'enfant [...] le [...] 2013. Des dissensions au sein du couple sont apparues après la naissance de l'enfant.

**3.** Le quatrième contrat conclu par les parties, signé le 25 mars 2013 et ayant pris effet le 1<sup>er</sup> avril 2013, prévoyait un temps de travail de 40 heures de travail par semaine correspondant à un taux d'activité de 100%. Le salaire brut convenu, 13<sup>e</sup> salaire et frais de repas inclus, s'élevait à 6'913 fr. 35 par mois. Le nombre de jours de vacances annuel n'était pas précisé dans ce contrat. Une des tâches de la demanderesse était d'assurer le fonctionnement administratif du cabinet médical.

Il ressort des fiches de salaire de la demanderesse, lesquelles ont été établies par une fiduciaire, que le salaire net du mois de janvier 2014 s'est élevé à 5'203 fr. 55, part du treizième salaire et frais de repas inclus, celui du mois de février 2014 à 5'203 fr. 55, celui du mois de mars 2014 à 5'184 fr. 20, celui du mois d'avril 2014 à 5'197 fr. 15, celui du mois de mai 2014 à 5'197 fr. 15, celui du mois de juin 2014 à 5'154 fr. 50 et ceux des mois de juillet à septembre 2014 à 5'190 fr. par mois. Les extraits bancaires indiquent que seul un montant de 4'959 fr. 85 lui a mensuellement été versé par le défendeur pour cette même période.

**4.** Par courrier du 28 juillet 2014, Me Tatti, qui assistait alors la sœur de la demanderesse dans ses démarches auprès du SPOP et qui assiste maintenant la demanderesse dans la présente cause, a écrit à sa cliente d'alors qu'il ne serait pas favorable pour elle que sa sœur, soit la demanderesse, mette fin à son activité professionnelle et demande des prestations à la Caisse d'assurance chômage.

**5.** Par courriel du 10 septembre 2014, le défendeur a indiqué ce qui suit à la demanderesse :

« Chère N. \_\_\_\_\_,

Comme nous avons déjà discuté de vive voix, je t'adresse, cette fois-ci par écrit, la nouvelle proposition de collaboration avec laquelle tu as été d'accord. Il s'agit de passer, pour des raisons économiques à partir du 1er octobre 2014, à un pourcentage de temps de travail de 20% à la place du taux actuel de 100%, dans les mêmes conditions spécifiées dans le contrat de travail toujours en cours.

Je t'en pris (sic) par la même occasion de me transmettre dans un délai raisonnable, si tu as des horaires qui t'arrangent mieux dans la nouvelle formule. »

Le même jour, la demanderesse lui a répondu en lui demandant s'il pensait que ce seul courriel était suffisant pour se rendre au chômage.

Par courriel du 12 septembre 2014, la demanderesse a transmis au défendeur son horaire de travail pour la semaine du 15 septembre 2014 au défendeur qui était le suivant : lundi de 12h00 à 17h00, mardi de 11h00 à 16h00, mercredi de 12h00 à 17h00 et jeudi et 12h00 à 17h00. Entendue à l'audience du 6 juin 2017, la demanderesse a déclaré que c'était le défendeur qui avait demandé de lui envoyer des horaires à 20% et qu'elle s'était exécutée. S'agissant du prétendu accord sur la modification de son taux de travail au 1<sup>er</sup> octobre 2014, la demanderesse a déclaré qu'elle n'était pas d'accord avec « une modification du salaire à 20% », car elle n'avait « pas assez pour payer les 1'750 fr. correspondant aux participations de loyer » dus au défendeur, qu'elle avait l'impression que la modification de salaire avait été imposée par le défendeur, qu'elle avait toujours voulu garder son plein temps pendant encore deux mois et qu'elle lui avait dit qu'après il pourrait en rediscuter.

Les parties se sont séparées le 13 septembre 2014.

Le 16 septembre 2014, la demanderesse a déposé une demande d'indemnités de chômage. A la question « Obtenez-vous encore un revenu d'une activité salariée ou indépendante ? », elle a répondu « Oui, occupé comme psychologue-sexologue depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014 ». Puis à la question « Quand déployez-vous cette activité ? », elle a répondu « 20% » au sein du cabinet du Dr M.\_\_\_\_\_. La [...] a accepté sa demande pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 30 novembre 2014. Elle a ainsi versé à la demanderesse un

montant net de 4'173 fr. 20, allocations familiales incluses, à titre d'avance pour octobre et novembre 2014.

Le 8 octobre 2014, la défenderesse a répondu au défendeur, lui expliquant s'être inscrite au chômage et avoir alors appris que le délai légal de congé du contrat au 30 novembre 2014 devait être respecté avant qu'une quelconque modification du contrat puisse intervenir. En outre, la demanderesse a joint un certificat médical, daté du 6 octobre 2014, indiquant qu'elle était incapable de travailler du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 11 octobre 2014 pour cause de maladie. L'arrêt maladie de la demanderesse a été prolongé le 9 octobre 2014 jusqu'au 13 novembre 2014, puis le 11 novembre 2014 jusqu'au 22 novembre 2014. Elle n'a toutefois pas établi avoir informé le défendeur desdites prolongations.

Par courriel du 10 octobre 2014 adressé au défendeur, la demanderesse lui a notamment écrit ce qui suit :

« M. \_\_\_\_\_ c'est bien ça le problème, tu t'es comporté avec moi comme avec un chien, mais je suis un être humain qui ne traîne pas au coin de la rue... »

Bien sûr les choses ne finissent pas très bien entre nous car tu te moques de moi, de l'état dans lequel je suis et tu ne prends pas de responsabilités par rapport à ton fils.

Les choses sont simples, sans se détruire plus il faut faire les choses comme dit la loi et notamment :

- respecter le délai de congé (j'étais conne de vouloir prendre tout sur moi, partir comme tu as envie du jour au lendemain et être pénalisée par le chômage).

- me payer la pension alimentaire que tu me dois. (Dès que j'ai vu que tu reprends tes biscuits pour bébé après que tu vois ton fils pour lui donner la prochaine fois, comme s'il mangez (sic) seulement une fois en 2 semaines, j'ai compris que tu n'es pas du genre de faire des gestes « humains » par rapport à lui et à moi).

Je t'ai demandé gentiment de me laisser travailler chez toi c'est (sic) deux mois, de prendre en compte mon état sensible dans lequel je suis et de faire les choses en ordre sans se détruire. D'après ton email de retour j'ai compris que ce n'est pas possible pour toi, alors je n'ai pas d'autre choix. Je dois me protéger moi et mon enfant, car ce n'est pas toi qui va le faire.

Et je pense que ça sera bien de voir par rapport à ces 20% si on pourra continuer nos relations de travail dans ces conditions.

(...) ».

Le défendeur a écrit à la demanderesse le 17 octobre 2014 en prétendant qu'elle avait abandonné son poste de travail. Le défendeur l'accusait notamment de s'être rendue sur son lieu de travail alors qu'elle était en incapacité de travail, à son insu et pour chercher un certain nombre de livres qui faisaient partie de la bibliothèque du cabinet selon lui. Il lui a également reproché de ne pas l'avoir informé des prolongations de son certificat médical. Il lui a demandé « des explications par rapport à [son] comportement qui viol[ait] gravement [s]es obligations en tant qu'employée. En cas contraire (sic), [il] se [verrait] obligé de prendre les décisions qui s'impos[ai]ent dans ce cas ».

Par courriel du 18 octobre 2014, la demanderesse a contesté les reproches formulés. Elle a également indiqué ce qui suit :

« (...) Concernant l'email du 10 septembre que tu me dis sans suite de ma part. Est-ce que tu te rappelles quand je suis venue personnellement dans ton bureau avec le planning imprimé avec le travail de 2 h par jour de lundi à jeudi, de 14h à 16h comme tu m'as demandé car c'est plus pratique pour toi ? C'est assez logique que pour moi ces plus facile de venir un jour et faire 8h de suite et pas me disperser 2h par jour 4 fois en semaine, mais j'ai rien dit, si l'employeur veut ces heures là, alors je fais ces heures là. (...) »

**6.** Il ressort du registre du commerce que la demanderesse est associée gérante avec signature individuelle de la société en nom collectif [...] inscrite le 17 octobre 2014.

Dans un document ni signé ni daté, intitulé « situation [...] 2014 », il est notamment indiqué que la sœur de la demanderesse n'a pas eu d'autre activité lucrative à part leur activité indépendante, laquelle a commencé au mois de juillet 2014, et que la demanderesse était salariée à 100% jusqu'au 30 septembre 2014 et depuis lors au chômage à 80% et indépendante à 20%.

Dans un extrait du site www. [...].com, la demanderesse et sa sœur offraient des services d'animation – notamment lors d'anniversaires – et de formation.

Entendue lors de l'audience du 6 juin 2017 par les premiers juges sur la question de l'éventuel exercice d'une activité accessoire en parallèle à son activité principale, la demanderesse a expliqué aider sa sœur à monter une petite entreprise, car cette dernière ne pouvait pas bénéficier des autorisations requises sans elle.

**7.** La demanderesse n'a plus eu de nouvelles du défendeur jusqu'au 28 octobre 2014, date à laquelle celui-ci lui a envoyé une lettre recommandée par laquelle il a résilié son contrat de travail avec effet immédiat, mais rétroactivement au 15 octobre 2014.

Le dernier salaire reçu par la demanderesse est celui du mois de septembre 2014.

**8.** En 2014, la demanderesse a pris 15 jours de vacances, soit du 21 au 27 février 2014 (5 jours ouvrables), puis du 23 au 29 juin 2014 (5 jours ouvrables) et enfin du 11 au 17 août 2014 (5 jours ouvrables). En janvier 2015, elle n'a pris aucun jour de vacances.

**9.** Le 30 octobre 2014, la demanderesse a ouvert action par le dépôt d'une requête de conciliation auprès du Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Il y est notamment indiqué ce qui suit :

« (...) En date du 10 septembre 2014, j'ai reçu la lettre de licenciement de la part du Dr M. \_\_\_\_\_. Il m'annonçait qu'à partir du 1<sup>er</sup> octobre, il pourra me garder seulement à 20% à cause des raisons économiques. J'avais accepté la proposition car les relations de travail et personnelle avec le Dr M. \_\_\_\_\_ se dégradait depuis un moment (...).Ce licenciement « économique » n'est pas autre chose qu'une vengeance de sa part. (...) »

L'audience de conciliation s'est tenue le 26 mai 2015. A la suite de l'échec de la conciliation, une autorisation de procéder a été délivrée à la demanderesse.

Par demande reçue le 10 juillet 2015, la demanderesse a pris, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« I. M. \_\_\_\_\_ est le débiteur de N. \_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de la somme brute de Fr. 27'653.40 (...), sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 28 octobre 2014, au titre de salaire pour les mois d'octobre 2014 à janvier 2015.

II. M. \_\_\_\_\_ est le débiteur de N. \_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de la somme nette de Fr. 1'580.70 (...) avec intérêts à 5% l'an dès le 28 octobre 2014, au titre d'indemnité de vacances.

III. M. \_\_\_\_\_ est le débiteur de N. \_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de la somme nette de Fr. 20'740.05 (...) avec intérêts à 5% l'an dès le 28 octobre 2014, au titre d'indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié.

IV. M. \_\_\_\_\_ est le débiteur de N. \_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de la somme nette de Fr. 2'071.45 (...) avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 2014 (échéance moyenne), au titre de salaire net non payé pour les mois de janvier 2014 à septembre 2014.

V. M. \_\_\_\_\_ est astreint à délivrer immédiatement à N. \_\_\_\_\_ un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 2 CO. ».

Par réponse du 1<sup>er</sup> décembre 2015, le défendeur a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par la demanderesse, opposant pour autant que de besoin sa créance en paiement des participations mensuelles de la demanderesse aux frais du ménage pour les mois de juin à septembre 2014 en compensation aux prétentions de celle-ci.

Le 6 juin 2016, la [...] a déposé une requête en intervention, par laquelle elle a notamment conclu à ce qu'il soit constaté que l'intervenante est subrogée à la demanderesse dans ses droits, y compris le privilège légal que cette dernière détient à l'encontre du défendeur, ce à concurrence de 4'173 fr. 20 avec intérêt à 5% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014,

représentant les indemnités de chômage et les allocations familiales versées à la demanderesse pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 30 novembre 2014, et à ce que le défendeur soit condamné au paiement en main de l'intervenante de la somme de 4'173 fr. 20 avec intérêt à 5% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014.

Le 30 août 2016, le défendeur a conclu au rejet des conclusions prises par la [...].

### **En droit :**

#### **1.**

**1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou 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). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

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

**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 (JT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. cit.).

### **3.**

**3.1** Après le dépôt de la réponse sur appel, le conseil de l'appelant a déposé spontanément des déterminations le 7 mai 2018. Par courrier du 8 mai 2018, le conseil de l'intimée a requis le retranchement de ces déterminations au motif que la cour de céans n'avait pas ordonné un second échange d'écritures.

**3.2** Il ne faut pas confondre le dépôt de déterminations spontanées en vertu du droit constitutionnel inconditionnel à répliquer avec le dépôt d'une réponse, d'une réplique ou d'une duplique dans le cadre d'un échange d'écritures organisé par le juge.

Si le droit de répondre et celui de répliquer ont le même fondement, ils divergent néanmoins sur deux points. Premièrement, le droit de répondre s'exerce contre une demande (principale ou reconventionnelle), un appel (principal ou joint) ou un recours. En revanche, le droit de répliquer vise le droit conféré à la partie de se déterminer sur « toute prise de position » versée au dossier, quelle que soit sa dénomination procédurale (réponse, réplique, prise de position, etc.) ; même si le juge renonce à ordonner un nouvel échange d'écritures, il doit néanmoins transmettre cette prise de position aux autres parties. Secondement, le juge doit fixer un délai (ou impartir le délai légal) à la partie adverse pour déposer sa réponse (art. 222 al. 1, 224 al. 3, 253, 312, et 322 CPC). En revanche, le droit de répliquer n'impose pas à l'autorité judiciaire l'obligation de fixer un délai à la partie pour déposer d'éventuelles observations. Elle doit seulement lui laisser un laps de temps suffisant, entre la remise des documents et le prononcé de sa décision, pour qu'elle ait la possibilité de déposer des observations si elle l'estime nécessaire (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 et les réf. cit.).

**3.3** En l'espèce, l'appelant était en droit de se déterminer sur la réponse en dehors d'un second échange d'écritures, en vertu de son droit de réplique inconditionnel. Ses déterminations du 7 mai 2018 n'ont ainsi pas à être retranchées. En outre, comme ses déterminations n'ont pas été

déposées dans le cadre d'un second échange d'écritures ordonné par la cour de céans, le juge délégué n'avait pas à fixer un délai à l'intimée pour déposer ses éventuelles observations sur les déterminations de l'appelant : il appartenait en effet à l'intimée de présenter spontanément ses observations si elle l'estimait utile, dans les dix à quinze jours qui suivaient celles de l'appelant. La cause est donc en état d'être jugée.

#### **4.**

**4.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération dans le cadre d'une procédure d'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b), ces deux conditions étant cumulatives (Tappy, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, p. 138).

Il appartient ainsi à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et moyens de preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (TF 5A\_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2 ; TF 4A\_540/2014 du 18 mars 2015 consid. 3.1, RSPC 2015 p. 339 ; JdT 2011 III 43 et les réf. cit.). En effet, dans le système du CPC, tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance ; la diligence requise suppose donc qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (TF 4A\_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1 et les réf. cit., SJ 2013 I 311).

**4.2** Les pièces nouvelles n<sup>os</sup> 1 et 2 produites par l'appelant le 6 juillet 2018 sont toutes datées de 2014. L'appelant soutient qu'il les aurait découvertes le 1<sup>er</sup> juillet 2018 en faisant de l'ordre dans un dossier informatique que les parties utilisaient toutes deux du temps de leur collaboration. Ce faisant, il n'établit cependant pas ni la découverte

récente de ces pièces ni l'impossibilité de les produire en première en faisant preuve de toute la diligence requise. Il ne sera dès lors pas tenu compte de ces pièces nouvelles, qui sont irrecevables.

**5.** L'appelant se plaint tout d'abord d'une constatation incomplète et inexacte des faits. Il reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir pris en considération plusieurs faits, selon lui prouvés, qui seraient propres à remettre en cause la version de l'intimée. Ses griefs seront examinés ci-après.

**5.1** L'appelant conteste que l'intimée ait établi que ses charges sociales aient été modifiées sans que l'ordre permanent relatif au paiement de son salaire ait été adapté en conséquence pour les mois de janvier à septembre 2014. Selon lui, les fiches de salaire ne permettraient pas la vérification d'une telle modification et il ne serait dès lors pas débiteur d'un montant de 2'071 fr. 45 avec intérêts de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2014 à titre de salaire pour le mois de janvier à septembre 2014, représentant la différence entre le montant annoncé sur les fiches de salaire de l'intimée et le montant effectivement versé pendant cette période.

Il est exact qu'une telle constatation relève de l'appréciation. L'état de fait doit être modifié en ce sens qu'il ressort des fiches de salaire de l'intimée que le salaire net du mois de janvier 2014 s'est élevé à 5'203 fr. 55 frais de repas et part du treizième salaire inclus, celui du mois de février 2014 à 5'203 fr. 55, celui du mois de mars 2014 à 5'184 fr. 20, celui du mois d'avril 2014 à 5'197 fr. 15, celui du mois de mai 2014 à 5'197 fr. 15, celui du mois de juin 2014 à 5'154 fr. 50 et ceux des mois de juillet à septembre 2014 à 5'190 fr. par mois et que seul le montant de 4'959 fr. 85 lui a mensuellement été versé pour cette même période.

**5.2** L'appelant soutient que les premiers juges auraient retenu de manière inexacte que les parties avaient convenu que l'intimée travaillerait, dès le mois de février 2014, une partie du temps à leur

domicile pour pouvoir allaiter leur enfant. Il requiert que l'état de fait soit complété par les horaires produits, soit ceux de la semaine du 7 au 11 avril 2014 et de la semaine du 15 au 19 septembre 2014, afin qu'il soit *in fine* retenu que l'intimée exerçait son activité professionnelle auprès de l'appelant à un taux de 50% depuis le mois de février 2014.

L'état de fait a été complété par les horaires de la semaine du 15 au 19 septembre 2014. Tel n'est en revanche pas le cas de l'horaire qui concernerait prétendument la semaine du 7 au 11 avril 2014. Le courriel du 3 avril 2014 de l'intimée comporte certes un horaire mais n'indique pas la période qu'il concerne et n'est au surplus pas traduit en français. Enfin, l'appréciation juridique de ces éléments – qui ne relève pas de la constatation des faits – se fera ci-après.

## **5.3**

**5.3.1** L'appelant soutient que les premiers juges auraient retenu de manière inexacte l'absence d'activité professionnelle accessoire exercée par l'intimée. Il requiert que les faits soient complétés par trois pièces censées l'établir, à savoir un document que l'intimée aurait établi et laissé sur l'ordinateur de l'appelant, un courriel de l'intimée à son avocat du 23 juin 2014, l'extrait du registre du commerce concernant la société en nom collectif [...] dont l'intimée était l'associée et l'extrait du site internet de cette société qui avait pour adresse [www. \[...\]](http://www. [...]).

**5.3.2** En l'espèce, le document laissé sur l'ordinateur de l'appelant est un document intitulé « Situation [...] 2014 » qui indique uniquement, s'agissant de la question de l'exercice d'une éventuelle activité accessoire par l'intimée, que sa sœur n'a pas eu d'autre activité lucrative à part leur activité indépendante, que celle-ci a commencé au mois de juillet 2014 et que l'intimée était salariée à 100% jusqu'au 30 septembre 2014 et depuis lors au chômage à 80% et indépendante à 20%. Ce qui précède a été intégré à l'état de fait. Sa portée est toutefois limitée dans la mesure où le document n'est ni signé ni daté.

S'agissant du courriel du conseil de l'intimée du 23 juin 2014, contrairement à ce que prétend l'appelant, l'intimée y déclare seulement que sa sœur et elle se consacreront prochainement exclusivement à la création de cette entreprise. Dans la mesure où il n'y a pas d'indication de temps dans ce courriel, il est dénué de toute force probante, de sorte qu'il n'a pas été intégré à l'état de fait.

L'extrait du registre du commerce, concernant la société en nom collectif [...] inscrite le 17 octobre 2014, et l'extrait du site internet www. [...].com, mis en ligne le 1<sup>er</sup> décembre 2014 et présentant les services de la société, ont été intégrés à l'état de fait.

**5.4** L'appelant soutient encore que les premiers juges auraient à tort retenu qu'il avait « proposé » à l'intimée de passer à un taux d'occupation de 20% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014, alors que, selon lui, cette modification découlerait expressément d'un accord oral entre les parties. Il requiert à cet égard que l'état de fait soit complété par le contenu de son courriel du 10 septembre 2014 qui indiquerait que les parties auraient discuté de cette diminution de vive voix et que l'intimée y aurait donné son accord. Il ajoute que le courrier du 28 juillet 2014 que Me Tatti a adressé à la sœur de l'intimée – dans lequel ce dernier indique ne pas être favorable à la cessation par l'intimée de son activité professionnelle et la demande d'indemnités de chômage, car cela pourrait nuire au dossier de sa sœur – devrait également figurer dans l'état de fait. Il en irait de même pour le formulaire d'inscription au chômage du 16 septembre 2014 rempli par l'intimée, dans lequel elle aurait expressément indiqué exercer auprès de l'appelant une activité en qualité de psychologue-sexologue à raison de 20% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014, du courriel du 10 octobre 2014 adressé à l'appelant dans lequel l'intimée déclare avoir été « conne de vouloir prendre tout sur [elle], partir comme [il avait] envie du jour au lendemain et être pénalisée par le chômage », du courriel de l'intimée du 18 octobre 2014 par démontrant qu'elle aurait présenté à l'appelant un horaire de travail de 8 heures par semaine, équivalant à un taux de 20%, de la requête de conciliation déposée le 30 octobre 2014 par l'intimée où il serait indiqué qu'elle aurait expressément

accepté ce taux de 20% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014 et enfin, du document établi par l'intimée et trouvé sur l'ordinateur de l'appelant. Ces éléments ainsi que le fait que l'intimée n'a pas contesté le courriel du 10 septembre 2014 de l'appelant démontreraient qu'elle aurait bel et bien été d'accord avec la diminution de son taux d'activité dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014.

L'état de fait a été complété avec les éléments découlant des différentes pièces précitées. Pour le surplus, le grief de l'appelant sera examiné plus loin en tant qu'il ne relève pas de la constatation des faits, mais de l'appréciation juridique.

## **6.**

**6.1** L'appelant soutient que les premiers juges n'auraient pas dû retenir qu'il était débiteur de l'intimée d'un montant de 2'071 fr. 45 avec intérêts de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2014 à titre de salaire pour les mois de janvier à septembre 2014 et représentant la différence entre le montant annoncé sur les fiches de salaires de l'intimée et le montant effectivement versé pendant cette période. Selon lui, les premiers juges n'auraient nullement motivé les raisons qui les ont menés à une telle condamnation. Il ajoute avoir établi, grâce à la production des horaires de l'intimée, le fait que, depuis la fin de son congé maternité au mois de février 2014, l'intimée n'exerçait son activité qu'à un taux de 50% alors qu'elle était rémunérée à 100%.

**6.2** En l'espèce, le 25 mars 2013, les parties ont signé un contrat de travail prévoyant un salaire brut, 13<sup>e</sup> salaire et frais de repas inclus, de 6'913 fr. 35 par mois. C'est bien ce montant qui figure sur les fiches de salaire de l'intimée pour les mois de février 2014 à octobre 2014 et dont les cotisations sociales ont été déduites.

Par ailleurs, l'appelant n'apporte aucunement la preuve de l'existence d'un accord passé avec l'intimée qui modifierait le contrat de travail du 25 mars 2013 par la diminution dès le mois de février 2014 des taux d'activité de celle-ci à 50%. En effet, le courriel de l'intimée du 12

septembre 2014 mentionnant un horaire équivalent à un 50% ne suffit pas pour établir la réduction de moitié de son taux d'activité, ce d'autant moins qu'il ressort des fiches de salaire établies par la fiduciaire que, de février 2014 à septembre 2014, l'intimée a perçu un salaire équivalant à un 100%. Pour le surplus, l'appelant ne se prévaut pas d'un abandon d'emploi de la part de l'intimée.

L'appelant ayant ainsi échoué à établir une diminution du taux d'activité de l'intimée pour cette période, c'est le salaire brut figurant dans le contrat, et reporté sur ses fiches de salaire, qui doit être retenu. Ainsi, le raisonnement des premiers juges consistant à mettre à la charge de l'appelant la différence entre le montant annoncé sur les fiches de salaire de l'intimée et le montant effectivement versé pendant cette période est exempt de toute critique. Il en va de même pour les intérêts de 5% l'an mis à la charge de l'appelant dès le 1<sup>er</sup> juillet 2014 (échéance moyenne entre février 2014 à octobre 2014), les créances en salaire portant intérêt dès la fin du mois où elles sont devenues exigibles (Danthe, in Dunand/Mahon (éd.) Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n° 13 ad art. 323 n° 1.2 ad art. 339).

**7.** On relèvera que l'appelant ne conteste à juste titre pas avoir licencié l'intimée avec effet immédiat sans juste motif et, qui plus est, de manière abusive.

Les premiers juges ont en effet retenu que la résiliation immédiate du contrat de travail liant les parties, adressée à l'intimée le 28 octobre 2014, était injustifiée au sens de l'art. 337 CO du fait qu'elle était tardive. Ils ont relevé que celle-ci avait été notifiée 17 jours après la fin connue de l'arrêt maladie de l'intimée et 10 jours après que celle-ci s'était déterminée sur les reproches formulés à son encontre. Ils ont également considéré que le congé était abusif au sens de l'art. 336 CO, dès lors qu'il constituait un congé-modification au sens large découlant de l'absence d'accord entre les parties quant à la modification du taux

d'activité de l'intimée. Les conséquences d'un tel licenciement seront examinées ci-après.

## **8.**

**8.1** En cas de résiliation immédiate et injustifiée du contrat, le travailleur peut réclamer ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé (art. 337c al. 1 CO) ; le juge peut en outre lui allouer une indemnité dont il fixe librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances ; cette indemnité peut atteindre six mois de salaire au plus (art. 337c al. 3 CO) (ATF 135 III 405 consid. 3.1).

## **8.2**

**8.2.1** Afin de pouvoir vérifier si les montants retenus par les premiers juges selon l'art. 337c al. 1 CO sont corrects, il convient de déterminer le taux d'activité auquel l'intimée travaillait au moment où elle a été licenciée.

L'appelant prétend que le taux d'activité de l'intimée aurait été réduit à 20% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014 d'entente entre les parties. Il allègue ainsi que ce serait à tort que les premiers juges n'ont pas retenu l'accord oral en question, mais uniquement une proposition de modification du taux d'activité. Il se réfère à cet égard à son courriel du 10 septembre 2014 qui constituerait une lettre de confirmation au sens de la jurisprudence et non pas une offre de modification du contrat de travail. Une acceptation postérieure n'était donc pas nécessaire selon lui. Par ailleurs, l'intimée n'aurait pas contesté la confirmation écrite de leur accord. Au contraire, elle aurait déposé une demande d'indemnité de chômage, le 16 septembre 2014, en indiquant être occupée auprès de l'appelant à un taux de 20% en tant que psychologue depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014. Enfin, ce ne serait que par courriel du 8 octobre 2014 que l'intimée se serait opposée, en contestant uniquement la date d'entrée en vigueur de cette modification et non pas son principe. Ainsi, au moment du licenciement de l'intimée le 28 octobre 2014, celle-ci n'était employée,

selon l'appelant, qu'à un taux d'activité de 20%, de sorte que les prétentions allouées à l'intimée devraient être revues en conséquence.

**8.2.2** La partie qui se prévaut à son avantage d'un contrat modificatif doit prouver que l'autre partie l'a accepté (art. 8 CC). La volonté des parties est interprétée selon les règles habituelles, mais de manière restrictive lorsque l'accord est censé avoir pour objet de mettre fin aux rapports de travail (Witzig, le droit du travail, Genève, Zurich, Bâle 2018, n° 1821, p. 601 et les réf. cit.). Ainsi, en cas de litige sur l'interprétation d'un accord de volonté, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Cette volonté contractuelle commune peut ressortir de l'ensemble des circonstances qui ont conduit à la conclusion du contrat, telles que les négociations, la correspondance et toute autre manifestation de volonté. Une attitude convergente des parties postérieurement à la conclusion peut également indiquer l'existence d'un consensus (Winiger, Commentaire romand CO I, n. 25 et 34 ad art. 18 CO).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, il faut interpréter les déclarations faites et les comportements selon le principe de la confiance. Le juge doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi compte tenu de l'ensemble des circonstances ; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de ses déclarations ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 et les réf. cit.). Pour trancher cette question, il faut se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, étant précisé que seules sont déterminantes à cet égard les circonstances qui ont précédé ou entouré la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 361 consid. 2.2.1 et les réf. cit.).

Lorsque l'accord des parties ne peut pas être prouvé, on fait comme si ce dernier n'était jamais intervenu (Witzig, op. cit., n° 1821, p. 601 et les réf. cit.).

**8.2.3** À teneur de l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, se trouvait dans une erreur essentielle. Selon l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, parmi d'autres cas, il y a erreur essentielle lorsque l'un des cocontractants s'est mépris sur des faits qu'il pouvait considérer, du point de vue de la loyauté en affaires, comme des éléments nécessaires du contrat. Dans cette hypothèse, l'erreur a porté sur un point spécifique qui a effectivement déterminé la victime à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues, et il se justifiait objectivement, du point de vue de la bonne foi en affaires, de considérer ce point comme un élément essentiel du contrat (ATF 136 III 528 consid. 3.4.1 ; ATF 135 III 537 consid. 2.2 ; ATF 132 III 737 consid. 1.3). Conformément à l'art. 31 al. 1 CO, la partie qui a conclu un contrat sous l'empire d'une erreur essentielle dispose d'une année dès la découverte de son erreur pour résoudre le contrat.

Bien que les dispositions sur les vices du consentement ne contiennent pas de règle analogue à celle figurant à l'art. 20 al. 2 CO, la jurisprudence a admis qu'une invalidation partielle est possible lorsque la prestation affectée du vice est divisible et que l'on peut admettre que les deux parties auraient conclu le contrat avec une prestation réadaptée pour tenir compte de ce vice (ATF 130 III 49 consid. 3.2 et les arrêts cités). L'invalidation partielle d'un contrat pour erreur essentielle est soumise à la condition que son contenu soit divisible, tant subjectivement qu'objectivement, de sorte que la partie restant forme encore une unité contractuelle raisonnable qui puisse subsister en tant que telle. La divisibilité subjective signifie que le point sur lequel porte l'erreur n'était pas qu'un élément du contrat à côté d'autres conditions *sine qua non* de la conclusion du contrat. La divisibilité objective signifie que les éléments du contrat en cause peuvent aussi être considérés comme autonomes sous l'angle de la bonne foi en affaires.

C'est à la partie qui se prévaut de l'erreur qu'il incombe de prouver qu'elle était dans l'erreur au sujet de faits qu'elle considérait subjectivement comme une condition sine qua non, ensuite que la loyauté commerciale permettait de leur donner cette importance et, enfin, que l'autre partie aurait pu et dû la reconnaître (Schmidlin, Commentaire romand précité, n. 60 ad art. 23 et 24 CO et les réf. cit.).

**8.2.4** Dans le cas présent, l'appelant a offert à l'intimée, par courriel du 10 septembre 2014, de réduire son taux d'activité (et son salaire) à 20% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014. La formulation de l'offre de l'appelant, qui mentionne « *la nouvelle proposition de collaboration avec laquelle [l'intimée aurait] été d'accord* (souligné par la réd.) », prouve que cette réduction éventuelle était une initiative de l'appelant, non une demande de l'intimée, ce qui est du reste corroboré par le fait que c'est l'appelant qui a écrit à l'intimée pour tenter d'obtenir une confirmation écrite d'un prétendu accord oral en ce sens et non l'inverse. La mention, dans ce même courriel, d'un prétendu accord oral donné par l'intimée à la réduction voulue par l'appelant n'a dès lors aucune force probante.

L'intimée a répondu à cette offre en demandant à l'appelant s'il croyait que son courriel suffirait à la caisse d'assurance-chômage, soit en posant une question sur l'effet qu'aurait la réduction proposée sur ses droits à des prestations de l'assurance-chômage. Cette question démontre l'importance déterminante que revêtait pour l'intimée le maintien d'un revenu lui permettant d'assurer son entretien et celui de son enfant. Il n'est pas nécessaire de savoir si l'appelant a répondu à cette question et, dans l'affirmative, ce qu'il a répondu. Il suffit de constater que l'appelant pouvait et devait se rendre compte de l'importance décisive que le droit de l'intimée à des prestations de l'assurance-chômage avait pour l'acceptation ou le refus de son offre par celle-ci. Le droit à ces prestations est objectivement important pour le travailleur qui négocie la modification ou la fin de son contrat de travail, de sorte qu'il se justifie, du point de vue de la bonne foi en affaires, de considérer ce point comme un élément essentiel du contrat modificatif, au sens des art. 23 et 24 CO. Partant, si l'on devait retenir que, d'une manière ou d'une autre, l'intimée a

manifesté à l'appelant, avant son courriel du 10 octobre 2014, une acceptation de l'offre du 10 septembre 2014, cette acceptation était entachée d'une erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO.

L'intimée a ensuite, le 16 septembre 2014, déposé une demande d'indemnités de chômage, puis elle a reçu des explications de l'intervenante qui lui ont fait comprendre qu'elle n'avait pas droit à des indemnités pendant le délai de congé. Par courriel à l'appelant du 10 octobre 2014, l'intimée a alors exigé le respect de ce délai, en faisant valoir qu'elle avait été « *conne (sic) de vouloir prendre tout sur [elle], partir comme [l'appelant avait] envie du jour au lendemain et être pénalisée par le chômage* ». Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de déterminer si, comme l'ont retenu les premiers juges, l'intimée n'a pas accepté l'offre de l'appelant avant son courriel du 10 octobre 2014, qui en constituerait alors un refus exprès, ou si au contraire, comme le soutient l'appelant, l'intimée a accepté l'offre de réduction de son taux d'activité avant son courriel du 10 octobre 2014, car, dans cette dernière hypothèse, le courriel du 10 octobre 2014 constituerait alors une déclaration efficace d'invalidation partielle du contrat modificatif, pour erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, l'invalidation portant sur la modification convenue pendant le délai de congé. Ainsi, en toute hypothèse, lorsque l'appelant a, le 28 octobre 2014, licencié l'intimée avec effet rétroactif au 15 octobre 2014, le contrat de travail en force entre les parties prévoyait encore un taux d'activité de 100% jusqu'à l'échéance du délai de congé.

**8.2.5** Il convient encore de déterminer si la résiliation des rapports de travail de l'intimée est intervenue pendant une période de protection et, le cas échéant, d'en examiner les conséquences.

**8.2.5.1** Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Le congé immédiat prévu à l'art. 337 CO peut donc intervenir dans n'importe quelle phase de la relation de travail, tant que dure celle-ci (Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail, in Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Genève 1993, pp. 51 ss, 53). Ainsi,

l'employeur peut prononcer une résiliation immédiate pendant la maladie, le service militaire ou la grossesse d'un ou d'une salarié(e), alors qu'une résiliation ordinaire serait frappée de nullité (cf. art. 336c al. 2 CO) (TF 4C.247/2006 consid. 2 et les réf. cit.). Le licenciement immédiat, fût-il injustifié, met fin aux rapports de travail, *de facto* et *de iure*, et entraîne, dans le régime légal de base (art. 324a al. 1 à 3 CO), en principe aussi la fin immédiate de l'obligation de l'employeur de continuer à payer le salaire (Gloor, Licenciement immédiat et incapacité due à la maladie, in DTA 2014 p. 153, p. 166). Toutefois, le correctif à cette situation est apporté par l'art. 337c al. 1 CO : l'employeur, auteur d'un licenciement immédiat injustifié, doit au travailleur licencié alors qu'il était malade, à titre de dommages-intérêts, le salaire-maladie (art. 324a al. 1 à 3 CO) afférent au préavis non respecté, augmenté, le cas échéant, du délai de protection qui aurait dû être respecté (art. 336c al. 1 CO).

Quant au point de départ des intérêts moratoires, les créances en salaire portent intérêt dès la fin du mois où elles sont devenues exigibles (Danthe, op. cit., n° 13 ad art. 323 CO et n° 1.2 ad art. 339 CO).

**8.2.5.2** En l'espèce, il ressort des certificats médicaux produits par l'intimée en première instance qu'elle était bien en incapacité de travailler du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 22 novembre 2014 et que son licenciement est intervenu pendant cette période. Les premiers juges ont correctement considéré que le licenciement de l'intimée n'était possible que dès le 23 novembre 2014 et que l'échéance du délai de congé avait été reportée au 31 janvier 2015. En effet, l'intimée, ayant travaillé au service de l'appelant pendant trois ans, avait droit au versement de son salaire pendant deux mois en application de l'échelle bernoise pour la période de maladie. Son incapacité ne dépassant pas les deux mois, les premiers juges ont à bon droit accordé le salaire correspondant pour cette période. A cette dernière s'ajoute le délai de congé de l'intimée lequel était, comme les premiers juges ont retenu, de deux mois en vertu de l'art. 335c al. 1 CO. C'est ainsi à juste titre que les premiers juges ont considéré que l'appelant devait payer à l'intimée son salaire à 100% pour les mois d'octobre 2014 à janvier 2015, soit la somme de 23'480 fr. 20 plus intérêts au taux de 5%

l'an dès le 29 octobre 2014, sous déduction du montant versé par l'intervenante.

**8.3** L'indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO est de même nature et vise les mêmes buts que l'indemnité prévue à l'art. 336a CO en cas de licenciement abusif. La nature juridique de l'indemnité prescrite à l'art. 336a CO – et, partant, de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié – a fait l'objet d'une analyse approfondie dans l'arrêt publié aux ATF 123 III 391. Le Tribunal fédéral a relevé la double finalité – punitive et réparatrice – de l'indemnité. Comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité *sui generis*, s'apparentant à une peine conventionnelle. La faute concomitante du travailleur (ATF 120 II 243), son âge, sa situation sociale, le temps qu'il a passé au service de l'employeur constituent quelques-uns des nombreux critères – dont aucun n'est déterminant en soi – qui doivent être pris en compte lors de la fixation de l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO (ATF 135 III 405 consid. 3.1 et les réf. cit. ; ATF 121 III 64 consid. 3b, JdT 1996 I 60). Le travailleur ne peut toutefois pas réclamer de surcroît l'indemnité prévue par l'art. 336a CO si un cas de licenciement abusif est aussi réalisé (TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006 consid. 5). Le juge n'allouera qu'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (ATF 121 III 64 consid. 2 précité).

**8.3.1** L'appelant conteste l'allocation par les premiers juges d'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO d'un montant de 6'913 fr. 35, équivalant à un mois de salaire de l'intimée. Il considère qu'ils auraient dû prendre en compte dans la fixation de l'indemnité le prétendu comportement fautif de cette dernière, à savoir l'exercice d'une activité accessoire consistant dans la création de la société en nom collectif [...]. Il allègue en outre, de manière peu claire, que le fait que l'intimée travaillait à un taux de 50% depuis la fin de son congé maternité, alors qu'elle était rémunérée à 100%, constituerait une faute supplémentaire à prendre en compte.

**8.3.2** Pour fixer l'indemnité, les premiers juges ont tenu compte de la relative longue durée des rapports contractuels, soit trois ans, du fait que les parties avaient formé un couple et avaient eu un enfant en commun et du fait que le litige était empreint d'un fort caractère sentimental. Ils n'ont en revanche pas tenu compte d'une faute concomitante de l'intimée, hormis le fait qu'elle avait omis d'annoncer à l'appelant la prolongation de son incapacité de travail. S'agissant de la prétendue activité accessoire de l'intimée, ils ont considéré que les explications de celle-ci – à savoir qu'elle aidait sa sœur à monter une petite entreprise, car cette dernière ne pouvait pas bénéficier des autorisations requises sans elle – emportaient la conviction. Quant au taux d'activité de l'intimée après son congé maternité, soit en février 2014, il a été retenu, d'une part, que les parties étaient convenues qu'elle travaillerait une partie du temps à leur domicile pour pouvoir allaiter leur enfant et, d'autre part, que l'appelant n'avait pas apporté la preuve que l'intimée avait cessé de travailler au mois de juin 2014.

**8.3.3** En l'espèce, si l'appelant a établi que l'intimée était l'une des deux associées avec signature individuelle de la société en nom collectif [...], inscrite le 17 octobre 2014 au registre du commerce, on ne sait en revanche rien de son implication en termes de temps dans la création de cette société. Par ailleurs, le document trouvé par l'appelant sur son propre ordinateur et indiquant notamment que la sœur de l'intimée n'aurait pas eu d'autre activité lucrative à part leur activité indépendante, commencée au mois de juillet 2014, n'a en soi aucune valeur probante, dès lors qu'il n'est ni signé ni daté. Quant au site internet [www. \[...\]](http://www. [...]), il n'a été mis en ligne que le 1<sup>er</sup> décembre 2014, date à laquelle l'appelant avait déjà résilié les rapports de travail, de sorte que cet élément n'est pas pertinent en l'espèce. Pour le surplus, il n'est pas établi que l'intimée ait fait plus qu'aider occasionnellement sa sœur et se faire inscrire au registre du commerce ; il n'est pas établi que l'aide apportée à sa sœur ait donc constitué une activité accessoire incompatible avec le contrat de travail qui liait les parties.

Au demeurant, l'intimée relève à juste titre les incohérences dans les arguments soulevés par l'appelant, en ce sens que lorsqu'il invoque l'existence d'une activité accessoire exercée par l'intimée qui serait incompatible avec un plein temps, il se prévaut d'un taux d'activité de 100% jusqu'au 30 septembre 2014 (cf. appel. p. 11). En revanche, lorsqu'il parle des indemnités qui doivent être calculées en faveur de l'intimée sur la base de son salaire, l'appelant prend en compte un taux d'activité de 50% dès le mois de février 2014 (cf. appel, p. 9).

Quant au second grief, soit au fait que l'intimée aurait travaillé à un taux de 50% depuis la fin de son congé maternité, tout en étant rémunérée à 100%, ce qui constituerait selon lui une faute à prendre en compte, comme déjà mentionné, l'appelant n'a pas apporté la preuve de l'existence d'un accord passé avec l'intimée qui modifierait le contrat de travail du 25 mars 2013 en diminuant dès le mois de février 2014 le taux d'activité de cette dernière à 50%. Pour le surplus, il ne se prévaut pas d'un abandon d'emploi de la part de l'intimée.

C'est ainsi à juste titre que les premiers juges n'ont pas retenu de faute concomitante supplémentaire commise par l'intimée.

## **9.**

**9.1** L'appelant soutient que, conformément à la jurisprudence fédérale (ATF 117 II 207 consid. 3b), les premiers juges n'auraient pas dû indemniser l'intimée pour son solde de vacances à hauteur de 2'304 fr. 40, du fait que cette dernière disposait de suffisamment de temps, soit quatre mois, pour prendre les 6.6 jours de vacances qui lui restaient.

**9.2** Le principe de l'obligation d'octroyer des vacances en nature, posé par l'art. 329d al. 2 CO, trouve également application de manière impérative pendant le délai de congé. Toutefois, ce principe n'est pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO ; ATF 128 III 271 consid. 4a/aa, JdT 2003 I 606 ; ATF

123 III 84 consid. 5a ; SJ 1993, p. 354). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, chaque cas doit être examiné au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde des jours de vacances à prendre, dans la mesure où l'employeur peut exiger que les vacances soient prises pendant le délai de congé (TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 consid. 3.2.1 ; SJ 1993 p. 354, consid. 3b et les réf. cit.).

Dans l'arrêt du 19 juin 1991 invoqué par l'appelant, le Tribunal fédéral a considéré que le droit au paiement des vacances en espèces devait en tout cas être reconnu au travailleur qui avait fait l'objet d'un licenciement immédiat sans juste motif lorsque le contrat aurait pu prendre fin normalement dans un délai relativement bref, de deux à trois mois par exemple (ATF 117 II 270 consid. 3b, rés. in JdT 1992 I 398).

Si, dans le cas d'un licenciement ordinaire, le salarié libéré de l'obligation de fournir ses services pendant le délai de congé reste notamment tenu, jusqu'à la fin du contrat, par son devoir de fidélité et doit contribuer à réduire dans la mesure du possible tous les frais désormais inutiles à la charge de l'employeur, soit prendre comme jours de vacances les jours libres dont il peut disposer pendant la durée de sa libération, tel n'est pas le cas de celui qui a été renvoyé avec effet immédiat (ATF 128 III 271 précité, JdT 2003 I 606 consid. 4a/bb et cc).

Les vacances ayant pour but le maintien du travailleur en bonne santé et la disparition de la fatigue accumulée durant l'année, celui-ci doit pouvoir se reposer et se distraire, ce qu'il ne peut pas faire lorsqu'il subit une atteinte à la santé psychique ou physique qui, par son intensité et sa durée, le rend incapable de se reposer et de se détendre (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 2014, 3<sup>e</sup> éd., pp. 386-387).

**9.3** En l'espèce, le contrat de travail a été résilié de manière immédiate et sans juste motif le 28 octobre 2014, pendant une période d'incapacité de travail allant du 1<sup>er</sup> octobre au 22 novembre 2014. L'intimée bénéficiant d'un délai de congé de deux mois, la résiliation a été

reportée au 23 novembre 2014 avec effet au 31 janvier 2015. L'intimée a donc bénéficié d'un délai de congé de deux mois – soit de courte durée – et non de quatre mois, comme soutenu par l'appelant. Par ailleurs, en présence d'une résiliation immédiate sans justes motifs et non d'une résiliation ordinaire, l'intimée n'avait pas l'obligation de prendre son solde de vacances pendant la durée de sa libération pour réduire les frais de l'employeur. Ainsi, au vu de la jurisprudence précitée, c'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas compensé le solde de vacances de l'intimée, mais lui ont alloué une indemnité équivalente.

## **10.**

**10.1** L'appelant soutient que la [...] n'aurait pas dû verser à l'intimée des indemnités de chômage d'un montant de 4'173 fr. 20, soit 3'231 fr. 05 pour la période du 1<sup>er</sup> au 31 octobre 2014 et 942 fr. 15 pour celle du 22 au 30 novembre 2014, et considère que les premiers juges l'ont à tort reconnu débiteur de cette somme. S'agissant du mois d'octobre 2014, il fait valoir que la résiliation des rapports de travail n'étant intervenue que le 28 octobre 2014, l'intimée n'avait pas le droit à des indemnités de chômage pour le mois d'octobre 2014.

Le grief concernant le salaire du mois de novembre 2014 ne sera pas traité en tant qu'il a pour postulat de base l'admission du grief traité au considérant précédent, soit la réduction à 20% du taux d'activité de l'intimée, et que celui-ci a été rejeté.

**10.2** Lorsque le travailleur obtient des indemnités de chômage en vertu du droit suisse, les prestations touchées ne sont pas imputées sur le salaire dû par l'employeur en vertu de l'art. 337c al. 2 CO, mais la caisse de chômage est légalement subrogée au travailleur en application de l'art. 29 LACI (loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 ; RS 837). Ce système de subrogation pour les prestations versées par une caisse de chômage suisse a pour effet de libérer le débiteur envers le créancier à concurrence de la prestation faite par le tiers, celui-ci devenant le cessionnaire légal de la créance

(Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996, n. 5 ad art. 337c CO, p. 385 ; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n. 11 ad art. 337c CO ; Munoz, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse, Lausanne 1992, p. 197). Cette cession légale a pour effet de transférer la qualité de créancier de l'assuré à la caisse de chômage (art. 166 CO ; ATF 123 V 75 consid. 2c et les réf. cit.). La caisse est subrogée à l'assuré dans tous ses droits, y compris procéduraux, à l'encontre de l'ex-employeur, jusqu'à concurrence du total des indemnités journalières versées pour la durée du préavis non respecté. Une fois la subrogation survenue, l'assuré n'est plus titulaire de cette partie de sa prétention (TF 8C\_787/2009 du 1<sup>er</sup> juin 2010 consid. 3.1 ; Gloor, in Dunand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, n. 18 ad art. 337c CO).

**10.3** Les premiers juges ont retenu que l'intervenante avait accepté la demande d'indemnité de chômage pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 30 novembre 2014 et qu'elle avait ainsi versé à l'intimée, à titre d'avance pour octobre et novembre 2014, un montant net de 4'173 fr. 20, allocations familiales incluses (jgt, p. 4). Ils ont ensuite reconnu l'appelant débiteur de cette somme, ce en faveur de l'intervenante qui avait été subrogée à l'intimée.

**10.4** En l'espèce, saisie d'une demande d'indemnités, l'intervenante a versé une avance à l'intimée pour les mois d'octobre et novembre 2014. Il s'est révélé par la suite que c'est en réalité l'appelant qui était débiteur du salaire pour ces mois, le délai de congé de l'intimée n'arrivant à échéance que le 31 janvier 2015. L'intervenante ayant été subrogée à l'intimée, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'appelant était débiteur de l'intervenante de la somme que cette dernière avait versé à l'intimée, à savoir un montant net de 4'173 fr. 20.

## **11.**

**11.1** L'appelant soutient que l'intimée ne se serait plus acquittée de la somme de 2'500 fr. à titre de participation aux coûts du ménage pour la

période de mai à mi-septembre 2014, date de son départ du logement, ce qui correspondrait à un montant de 11'500 francs. Il invoque à ce titre la compensation à hauteur de ce montant.

**11.2** En première instance, l'appelant n'a déclaré opposer la compensation qu'à concurrence de 10'000 fr. (cf. all. 108 et 109 du défendeur). Dans la mesure où elle est invoquée pour plus de 10'000 fr. pour la première fois en deuxième instance, il se pose la question de la recevabilité de l'exception de compensation. Cette question peut toutefois rester indécise, dès lors que l'exception soulevée doit de toute manière être rejetée.

En effet, il appartient au débiteur de prouver le paiement, en particulier à l'employeur de prouver le paiement du salaire (ATF 125 III 78 consid. 3). Dans le cas présent, l'intimée n'a pas prouvé avoir payé ses participations mensuelles aux frais du ménage, de 2'500 fr. par mois, de juin 2014 à septembre 2014, inclusivement. Elle devrait donc en principe être reconnue débitrice de ces montants. Toutefois, conformément à l'art. 125 ch. 2 CO, l'employeur ne peut pas opposer la compensation contre le paiement du salaire dans la mesure où celui-ci est absolument nécessaire à l'entretien du travailleur et de sa famille. En tant que débiteur du salaire, c'est à l'employeur qui entend se libérer en opposant la compensation qu'il appartient de prouver que les conditions de la compensation sont remplies. Or, dans le cas présent, il n'est pas établi que l'intimée serait en mesure de financer son minimum vital et celui de son enfant sans le paiement intégral du salaire. Partant, le rejet de l'exception de compensation doit être confirmé par substitution de motifs.

**12.** En conclusion, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, réduits de moitié selon 67 al. 3 TFJC (tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ;

RSV 270.11.5), seront arrêtés à 695 fr. (art. 62 al. 1 TFJC) et mis à la charge de l'appelant, qui succombe entièrement (art. 106 al. 1 CPC). Pour le surplus, le solde de l'avance de frais effectuée par l'appelant lui sera restitué à hauteur de 126 fr. (821 fr. - 695 fr.).

Obtenant gain de cause et au vu de l'ampleur et de la difficulté de la cause, l'intimée a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 2'500 fr. (art. 106 al. 1 CPC et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
prononce :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 695 fr. (six cent nonante-cinq francs), sont mis à la charge de l'appelant M.\_\_\_\_\_.
- IV.** L'appelant M.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée N.\_\_\_\_\_ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents 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 Laurent Schuler pour M. \_\_\_\_\_,
- Me Raphaël Tatti pour N. \_\_\_\_\_,
- La [...],

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

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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 :