

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 18 juillet 2023

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, présidente
Mmes Bendani, juge, et Dietschy, juge suppléante
Greffière : Mme Laurency

**Art. 321c, 326, 329d, 349a al. 2 CO ; art. 13 et 71 LTr ; art. 6 OTR
2**

Statuant sur l'appel interjeté par **W.**_____, à [...], et sur l'appel joint interjeté par **K.**_____ **SA**, à [...], contre le jugement rendu le 19 novembre 2021 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 19 novembre 2021, dont la motivation a été notifiée à K. _____ SA le 9 mars 2022 et à W. _____ le 10 mars 2022, la Chambre patrimoniale cantonale a dit que K. _____ SA devait payer à W. _____ un montant brut de 35'219 fr. 15, avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013 (I), a dit que les frais de la procédure au fond, arrêtés à 24'643 fr., étaient laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour W. _____ par 19'714 fr. 40 et les a mis à la charge de K. _____ SA par 4'928 fr. 60 (II), a dit que les frais de la procédure de conciliation, d'ores et déjà arrêtés à 1'554 fr., étaient laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour W. _____ par 1'234 fr. 20 et les a mis à la charge de K. _____ SA par 310 fr. 80 (III), a relevé Me Natasa Djurdjevac Heinzer de sa mission de conseil d'office de W. _____ (IV), a fixé l'indemnité de celle-ci à 5'218 fr. 05 débours, vacation et TVA inclus, pour la période du 1^{er} juillet 2020 au 11 novembre 2021 (V), a rappelé la teneur de l'art. 123 CPC (VI), a dit que W. _____ devait verser à K. _____ SA un montant de 14'760 fr. à titre de dépens compensés (VII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, saisie d'une demande en paiement de W. _____, employé de K. _____ SA, de la somme brute de 641'932 fr. 40, réduite dans son mémoire de plaidoiries finales à 245'955 fr. 55, sous déduction des charges sociales sur la quote-part de ce montant à dire de justice, avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013, la Chambre patrimoniale cantonale a rejeté la prétention de 193'651 fr. 80 à titre de salaire non payé en retenant que le système de rémunération adopté par les parties était basé uniquement sur le résultat de l'activité de l'employé, quel que soit le nombre d'heures nécessaires à sa réalisation et le temps travaillé de manière générale. En d'autres termes, la rémunération selon un pourcentage du chiffre d'affaires incluait le temps de conduite et le temps d'attente. Les premiers juges n'ont pas non plus suivi W. _____ qui faisait valoir un complément de rémunération en se fondant sur les art. 326 et 326a CO relatifs au salaire à la tâche. En effet, dès lors que le travail du prénommé n'était pas rémunéré en fonction du résultat de

l'activité personnellement déployée, les parties avaient choisi un système de rémunération en fonction du rendement personnel de l'appelant et non du volume de l'activité déployée. S'agissant du caractère « convenable » au sens de l'art. 349a al. 2 CO du salaire perçu par W._____, la Chambre patrimoniale cantonale a considéré que, compte tenu des particularités de la profession de chauffeur de taxi, où une partie du temps de travail, peu pénible, consiste à attendre, ainsi que des spécificités du système salarial adopté par les parties, W._____ pouvait prétendre à un salaire mensuel brut de 4'000 fr. minimum à titre de salaire convenable. Au vu de la rémunération réellement perçue par le prénommé sur la période litigieuse de 2009 à 2013, les premiers juges ont accordé à W._____ un montant total brut de 15'357 fr. 60 pour les années 2012 et 2013, durant lesquelles la rémunération versée à l'intéressé n'avait pas atteint le minimum précité.

Concernant le montant de 12'968 fr. 90 réclamé à titre de rémunération des heures supplémentaires, la Chambre patrimoniale cantonale l'a rejeté au motif que W._____ était libre d'aménager son temps de travail journalier, sans qu'un minimum d'heures à effectuer ne soit prescrit. Il s'agissait dès lors d'un horaire de travail flexible au sens de la jurisprudence, W._____ ayant la responsabilité de récupérer à temps un éventuel solde de travail excédentaire librement accumulé et devant assumer le risque de ne plus pouvoir le compenser. Les heures supplémentaires invoquées par le prénommé n'ayant été imposées ni par les besoins de l'entreprise, ni par les directives de K._____ SA, il n'y avait pas lieu à indemnisation.

Enfin, concernant le montant de 39'334 fr. 85 réclamé à titre d'indemnité pour les vacances non prises, les premiers juges ont retenu que les conditions jurisprudentielles posées pour inclure le paiement des vacances dans le salaire mensuel n'étaient pas remplies en l'espèce, ne s'agissant pas d'une activité très irrégulière. W._____ pouvait dès lors prétendre au paiement d'un montant à titre de salaire afférent aux vacances indépendamment de la question de savoir s'il avait effectivement pris ses vacances. Au total, les premiers juges ont accordé

un montant brut de 19'861 fr. 55 à l'intéressé pour la période de 2009 à 2013, en tenant compte d'un pourcentage de 8,33 % sur les salaires versés.

B. **a)** Par acte du 8 avril 2022, W._____ (ci-après : l'appelant principal) a interjeté un appel contre ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que K._____ SA doit lui payer un montant brut de 106'589 fr. 75, avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

b) Le 7 novembre 2022, K._____ SA (ci-après : l'appelante par voie de jonction) a introduit un appel joint en concluant, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel principal et à la réforme du jugement en ce sens qu'elle soit libérée du chef de toutes les conclusions prises à son encontre par l'appelant principal.

c) Dans sa réponse du 13 janvier 2013, l'appelant principal a conclu au rejet de l'appel joint.

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

1. **a)** L'appelant principal, né le [...] 1954, exerce la profession de chauffeur de taxi.

b) L'appelante par voie de jonction est une société anonyme dont le but est l'exploitation d'une entreprise de taxis, active dans le monde des taxis de la place [...].

2. **a)** L'appelant principal a été engagé par l'appelante par voie de jonction en qualité de chauffeur de taxi à compter du 1^{er} février 2004.

Il était rémunéré par l'appelante par voie de jonction en fonction de son chiffre d'affaires et percevait ainsi un pourcentage des recettes mensuelles des courses effectuées, lequel était déterminé par un barème. Le salaire de l'appelant principal variait ainsi chaque mois. Il percevait par ailleurs une indemnité mensuelle de 10,33 % sur son salaire à titre de paiement des vacances et des jours fériés.

b) Il ressort de ses décomptes de salaires que l'appelant principal a perçu une rémunération totale de 59'495 fr. 20 en 2009, de 57'753 fr. 45 en 2010, de 48'480 fr. 10 en 2011, de 37'755 fr. 45 en 2012 et de 30'886 fr. 90 en 2013.

3. a) Durant l'année 2013, l'appelante par voie de jonction a utilisé un logiciel permettant de contrôler le temps de travail de ses employés.

Il en est ressorti que l'appelant principal avait commis 28 infractions à l'OTR 2 (Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes du 6 mai 1981 ; RS 822.222) entre le 4 janvier et le 27 septembre 2013.

b) L'appelant principal a démissionné le 28 novembre 2013.

4. a) L'appelant principal a été autorisé à conduire personnellement un taxi sur le territoire de l'arrondissement de [...], à tout le moins pour les années 2016, 2017 et 2018.

b) Il ressort des décisions de taxation de l'appelant principal que celui-ci a perçu un revenu provenant de son activité indépendante principale de 16'549 fr. pour l'année 2014, de 27'410 fr. pour l'année 2015 et de 30'803 fr. pour l'année 2016.

5. Selon les résultats de l'expertise judiciaire mise en œuvre en première instance et confiée à [...], expert-comptable, l'appelant principal

aurait travaillé, sur la période litigieuse de 2009 à 2013, en moyenne 6 jours par semaine. Entre 2011 et 2013, il aurait travaillé environ 51 heures par semaine, soit environ 9 heures par jours. Sur ce temps de travail, le temps d'attente entre deux courses aurait représenté 38,7 % de la journée de travail. Selon l'expertise, la rémunération perçue par l'appelant principal entre 2011 et 2013 était la suivante : 20 fr. 60 par heure en 2011, 20 fr. 78 par heure en 2012 et 17 fr. 56 par heure en 2013. Ces salaires comprenaient l'indemnité de vacances de 10,33 %.

6. a) Ensuite de l'échec de la procédure de conciliation introduite le 31 mars 2017, l'appelant principal a déposé une demande contre l'appelante par voie de jonction devant la Chambre patrimoniale cantonale le 24 juillet 2017 en concluant, sous suite de frais et dépens, au paiement d'une somme brute de 641'932 fr. 40, avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013.

Dans sa réponse du 16 novembre 2017, l'appelante par voie de jonction a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande.

b) Dans ses plaidoiries écrites du 30 juin 2021, l'appelant principal a diminué ses prétentions à 245'955 fr. 55, sous déduction des charges sociales sur la quote-part de ce montant à dire de justice, avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013.

En droit :

1.

1.1 L'appel est ouvert contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes non patrimoniales ou patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, l'appel 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).

Dans les causes qui ne sont pas soumises à la procédure sommaire (cf. art. 314 al. 2 CPC), la partie intimée peut interjeter un appel joint dans sa réponse si elle est invitée à en déposer une. L'appel joint doit respecter les mêmes exigences de forme et de motivation que l'appel principal et est caduc si l'appel principal est irrecevable ou retiré (cf. art. 313 CPC).

1.2 Déposés en temps utile et dans les formes prescrites par la loi par des parties qui ont un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) contre un jugement final de première instance pour une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr., l'appel principal et l'appel joint sont tous deux recevables.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A_340/2021 du 16 novembre 2021 consid. 5.3.1 ; TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4). Sous réserve des vices manifestes, l'application du droit d'office ne signifie toutefois pas que l'autorité d'appel doive étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office (cf. ATF 147 III 176 consid. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF 5A_873/2021 du 4 mars 2022 consid 4.2 applicable en appel). Cette jurisprudence ne remet pas en cause la liberté conférée aux juges d'admettre (ou de rejeter) l'appel en

s'appuyant sur un argument non explicitement discuté par les parties (TF 4A_313/2019 du 19 mars 2020 consid. 3).

3.

3.1 L'appelant principal invoque une constatation inexacte des faits. Il soutient que, pour apprécier le caractère convenable de la rémunération perçue, il ne faudrait pas tenir compte du supplément versé par l'employeur à titre d'indemnité de vacances, à hauteur de 10,33 %, dans la mesure où il n'était pas avéré que l'appelant principal avait pris ses vacances en nature. Tel n'aurait en effet pas été établi, alors que la charge de la preuve de ce fait appartenait à l'employeur.

3.2 En l'occurrence, il convient d'opposer à l'appelant principal que le débat judiciaire ne portait pas sur la question de la prise effective des vacances, le cas échéant sur leur quotité, l'appelant principal ayant uniquement contesté la légalité du système de rémunération des vacances par le biais du paiement d'une indemnité incluse dans le salaire mensuel. Dans la mesure où l'appelant principal ne réclamait pas le paiement de ses vacances non prises, il n'appartenait pas à l'appelante par voie de jonction d'apporter la preuve du nombre de vacances prises. La question de la prise en compte de cette indemnité dans l'appréciation du salaire convenable sera traitée ci-dessous dans le cadre du grief relatif à la violation de l'art. 349a al. 2 CO (cf. consid. 5 *infra*).

4.

4.1 L'appelant principal invoque une violation des art. 326 et 326a CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [livre cinquième : Droit des obligations] ; RS 220) relatifs au salaire à la tâche. D'après lui, ce mode de travail se définirait comme toute forme de travail payée en fonction de la prestation et non du temps et s'appliquerait donc au rapport de travail litigieux, l'appelant principal étant payé sur un pourcentage des recettes mensuelles des courses effectuées. Dans la mesure où l'appelant principal passait plus du tiers de son temps de

travail à attendre qu'une course se présente, cela ne pouvait pas être considéré comme du travail en quantité suffisante au regard de l'art. 326 CO. Ainsi, compte tenu d'un temps d'attente total pour la période litigieuse de 3'471 heures et 30 minutes, au taux-horaire de 19 fr. 65, l'appelant principal pourrait prétendre au paiement d'une rémunération de 68'215 francs.

4.2 Aux termes de l'art. 326 al. 1 CO, lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante. D'après l'al. 4, l'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps. Le salaire à la tâche se caractérise par le fait que le travail est rémunéré en fonction de la quantité de travail fournie et non du temps de travail (Danthe, in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022, n. 4 ad art. 326 CO ; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 202). Comme le relèvent Subilia et Duc (in Droit du travail, Lausanne 2010, n. 3 ad art. 326 CO), le travailleur à la tâche très habile va accomplir son travail plus rapidement qu'un autre travailleur à la tâche moins doué et disposer ainsi de temps supplémentaire, qu'il pourra employer pour travailler et gagner plus. Selon Witzig, la rémunération aux pièces pourrait connaître un nouveau cas d'application avec l'émergence de l'intelligence artificielle, certains travailleurs étant rémunérés au clic (Witzig, in Thévenoz/Werro, Commentaire romand CO I, 3^e éd., Bâle 2021, n. 4 ad art. 326 CO).

La Cour de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'application du salaire à la tâche dans le cadre d'un rapport de travail entre une entreprise de taxis et un chauffeur (CACI 18 mai 2022/266). Elle a retenu que l'employé n'était alors pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, mais du chiffre d'affaires réalisé, l'employeur n'attribuant pas les courses à accomplir et le travail ne dépendant pas de

ses propres besoins, mais de ceux de la clientèle, soit d'un élément externe et aléatoire, que l'employeur ne pouvait pas maîtriser.

4.3 En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelant principal, celui-ci n'était pas rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, mais du chiffre d'affaires réalisé, à l'instar de ce qui a été retenu par la Cour de céans dans l'arrêt précité. Il faut encore relever que les parties avaient toutes les deux un intérêt à ce que l'appelant principal passe le moins de temps à attendre, puisqu'une partie des recettes réalisées revenait à l'appelante par voie de jonction. L'appelant principal n'ayant pas été rémunéré en fonction du nombre de courses effectuées, mais du chiffre d'affaires réalisé, l'on ne saurait retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à la tâche ou à la pièce, ce qui exclut de retenir une violation de l'art. 326 CO et d'accorder à l'appelant principal un complément de salaire sur cette base. Le grief tombe dès lors à faux.

5.

5.1 L'appelant principal prétend encore que la rémunération qu'il a perçue n'était pas convenable au sens de l'art. 349a al. 2 CO. Se basant sur un salaire convenable de 5'000 fr., il soutient avoir droit à un différentiel total de 74'210 fr. 30.

5.2

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

5.2.2 Selon la jurisprudence, lorsque l'employé est rémunéré exclusivement par l'encaissement de provisions sur les affaires conclues, celles-ci doivent représenter une rémunération convenable, telle que l'entend l'art. 349a al. 2 CO dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 139 III 214 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral justifie sa position dans le but d'« éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes », l'effet protecteur de l'art. 349a al. 2 CO devant ainsi être appliqué par analogie à tous les travailleurs payés principalement par provisions (*ibid.*). Relevant que le caractère « convenable » d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un certain pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral retient qu'une provision est convenable si elle assure au travailleur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail (*Arbeitseinsatz*), de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche (ATF 139 III 214 consid. 5.2 ; ATF 129 III 664 consid. 6.1). Dans le cas d'espèce, le travailleur avait réalisé un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. pour une activité à plein temps. Le Tribunal fédéral a affirmé qu'il n'y avait pas besoin de longues explications pour admettre que cette rétribution, qui, selon l'expérience générale, ne permet pas de vivre correctement en Suisse, n'était pas convenable (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Ainsi, en jugeant en l'espèce que le salaire mensuel brut de 3'874 fr. 25 était « convenable » au sens de l'art. 349a al. 2 CO, l'autorité cantonale n'avait en rien abusé de son pouvoir d'appréciation, relevant que ledit salaire était encore largement inférieur au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à 4'727 fr. par mois (*ibid.*).

Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur (TF 4A_8/2013 du 2 mai 2013 consid. 3.3, non publié in ATF 139 III 214).

5.2.3 La jurisprudence précitée s'applique également au travailleur rémunéré principalement ou exclusivement à raison d'un pourcentage du

chiffre d'affaires (TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016). Elle a été unanimement approuvée par la doctrine et par la jurisprudence cantonale (Rudolph, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Zurich 2021, nn. 626 s. et les réf. citées ; Aubert, in Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 28 ad art. 349a CO et les réf. citées). En effet, le législateur n'entendait pas réserver l'assurance d'un salaire convenable aux seuls voyageurs de commerce, mais partait de la prémisse – aujourd'hui dépassée – que seule cette catégorie d'employés était concernée par des rémunérations fixées principalement ou exclusivement en fonction de provisions (Rudolph, *op. cit.*, nn. 628 s.). Or, il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment les voyageurs de commerce des autres employés, c'est pourquoi le Tribunal fédéral avait comblé une lacune en retenant une application analogique de l'art. 349a al. 2 CO dès qu'un employé était rémunéré principalement ou exclusivement par commissions (Rudolph, *op. cit.*, n. 630).

5.2.4 Dans deux arrêts récents (CACI 20 avril 2022/212 et CACI 18 mai 2022/266), la Cour de céans a confirmé le raisonnement de la Chambre patrimoniale cantonale selon lequel un salaire inférieur à 5'000 fr. par mois, pour un travail comme chauffeur de taxis *la nuit*, n'était pas convenable. Dans l'arrêt du 20 avril 2022, la Cour d'appel civile a relevé que l'employé qui modifie son horaire de jour pour passer à un horaire nocturne s'engage davantage dans son travail et un tel élément doit être pris en compte pour examiner si le salaire perçu est convenable. En effet, l'engagement du travailleur dans son emploi figure parmi les critères pertinents retenus par la jurisprudence. Or les conditions de travail et les sacrifices consentis par l'employé qui travaille de nuit ne sont pas les mêmes que ceux d'un travailleur de jour. Dans les arrêts précités, la Cour de céans a dès lors confirmé le droit du chauffeur à obtenir un salaire convenable de 5'000 fr. par mois.

5.3

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

Les premiers juges ont pris en considération le salaire mensuel brut perçu par l'appelant principal en tenant compte du salaire annuel versé, y compris la part aux vacances payée, divisé par le nombre de mois travaillés sur l'année litigieuse ; ils ont ainsi retenu les salaires mensuels suivants : 4'957 fr. 93 en 2009, 4'812 fr. 79 en 2010, 4'040 fr. 01 en 2011, 3'775 fr. 55 en 2012 et 2'807 fr. 90 pour 2013. L'appelant principal soutient que la part versée pour les vacances devrait être retranchée de ce salaire, au motif que l'appelante par voie de jonction n'aurait pas démontré qu'il avait effectivement pris ses vacances durant la période litigieuse. La question de la preuve des vacances prises a déjà été examinée ci-dessus (consid. 3 *supra*). Comme on l'a vu, il n'appartenait pas à l'appelante par voie de jonction de démontrer la prise effective de vacances, puisque le débat judiciaire ne portait pas sur cette question. Pour déterminer si le salaire perçu par un travailleur est convenable, il convient de se baser sur la rémunération totale perçue, y compris celle relative aux vacances (cf. CACI 18 mai 2022/266 précité).

5.3.2 Il reste à examiner si les montants précités constituent des salaires convenables au sens de la jurisprudence évoquée ci-avant. L'appelant principal soutient que le salaire convenable se situe à 5'000 fr. par mois et non à 4'000 fr. comme l'ont retenu les premiers juges. L'appelante par voie de jonction prétend au contraire qu'aucun complément ne serait dû à titre de salaire convenable, car la diminution de la recette sur les années 2012 et 2013 ne doit pas être reportée entièrement sur le dos de l'employeur. Se référant à l'expertise, elle relève que le salaire-horaire de l'appelant principal pour 2012 était de 20 fr. 78, ce qui est au-dessus du salaire convenable fixé par les premiers juges, et de 17 fr. 56 pour 2013, à savoir également un montant-horaire supérieur au salaire convenable calculé par les premiers juges. Il serait inéquitable de faire payer les conséquences d'une diminution du travail à l'employeur, lequel n'exerce aucune influence sur le nombre de courses accomplies durant la plage horaire de mise à disposition du véhicule.

Il convient d'opposer à l'argumentation de l'appelante par voie de jonction que l'application analogique de l'art. 349a CO à tous les travailleurs rémunérés principalement ou exclusivement à raison d'un pourcentage du chiffre d'affaires vise un but de protection sociale, en assurant à tout employé de pouvoir obtenir une rétribution qui lui permette de vivre correctement en Suisse. Ainsi, la réglementation s'applique en l'espèce, peu importe les recettes effectivement encaissées en fonction des courses réalisées par le travailleur. Il convient dès lors d'appliquer la jurisprudence sus-rappelée et d'admettre, à l'instar des premiers juges, qu'un salaire convenable devait être assuré à l'appelant principal. Il reste à déterminer si le montant de 4'000 fr. tel que retenu par les premiers juges est adéquat.

5.3.3 Dans deux arrêts rendus par la Cour de céans dans des affaires similaires (cf. consid. 5.2.4 *supra*), il a été admis que le salaire mensuel convenable pour un chauffeur de taxi exerçant *de nuit* était de 5'000 fr. par mois. Selon la Cour d'appel civile, il convenait de tenir compte du fait que l'activité se déroulait la nuit, les sacrifices consentis par l'employé pour un travail nocturne étant plus importants que pour un travail de jour. La Cour de céans ne s'est pas prononcée sur le cas du chauffeur de taxi qui travaille la journée. Il s'agit dès lors d'examiner si les premiers juges ont outrepassé leur pouvoir d'appréciation en retenant que le salaire convenable s'élevait en l'espèce à 4'000 francs. Les critères suivants ont été pris en compte : le nombre d'années d'expérience de l'appelant principal durant la période litigieuse, qui a couru de mars 2009 à novembre 2013, soit 5 ans depuis le début des rapports de travail en 2004, le caractère peu pénible de la profession, où une partie du temps de travail se passe à attendre, ainsi que les spécificités du système salarial adopté par les parties. Les premiers juges ont en revanche relevé que l'instruction n'avait pas permis d'établir le niveau de formation de l'appelant principal, ni son expérience professionnelle avant d'être engagé par l'appelante par voie de jonction. Ils ont également mis en avant le fait que l'appelant principal n'avait pas fait valoir que des obligations sociales lui incombaient ou qu'il aurait souffert, sur le plan économique, de la situation qu'il dénonçait. Force est de constater que les critères pris en

compte par les premiers juges correspondent à ceux posés par la jurisprudence pour déterminer le niveau du salaire convenable. L'appelant principal ne se plaint pas que les premiers juges auraient omis de tenir compte d'un certain élément parmi les critères pertinents ; il se contente d'invoquer la jurisprudence vaudoise relative au montant de 5'000 fr., jurisprudence qui, comme on l'a vu, a toutefois été rendue dans le cadre de chauffeurs de taxis œuvrant de nuit, avec les conséquences particulières que cela entraîne sur le sommeil et la santé en général et les difficultés causées par le comportement de certains clients durant la nuit. L'on ne saurait dès lors appliquer un salaire identique pour les chauffeurs travaillant de jour et une différence de 1'000 fr. apparaît en l'espèce justifiée, l'appelant principal n'ayant notamment pas fait état d'obligations sociales particulières. Il n'y a donc pas lieu de remettre en cause le montant de 4'000 fr. fixé par les premiers juges au titre de salaire convenable, étant encore rappelé que le Tribunal fédéral admet que le caractère « convenable » d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un certain pouvoir d'appréciation.

Partant, l'autorité précédente n'a pas violé l'art. 349a al. 2 CO en retenant que le salaire convenable de l'appelant principal se situait à 4'000 fr. par mois.

5.3.4 S'agissant de la différence à verser, les premiers juges ont tenu compte des salaires effectivement perçus par l'appelant principal tels que ressortant des pièces au dossier, à savoir 37'755 fr. 45 brut pour 10 mois travaillés en 2012 et 30'886 fr. 90 pour 11 mois travaillés en 2013.

A ces montants, il convient cependant d'ajouter la part aux vacances que l'appelante par voie de jonction a été condamnée à payer (cf. consid. 7 *infra*), afin de tenir compte de l'ensemble de la rémunération perçue par l'appelant principal durant les mois considérés.

Il s'agit donc d'ajouter 10,33% à ces sommes, à savoir, pour 2012, 3'900 fr. 15 et, pour 2013, 3'190 fr. 60. Ainsi, le salaire mensuel total perçu par l'appelant principal en 2012 a été de 4'165 fr. 55 [(37'755

fr. 45 + 3'900 fr. 15) : 10], soit un salaire supérieur au salaire convenable fixé à 4'000 francs. Pour 2013, le salaire mensuel total perçu par l'appelant principal a été de 3'097 fr. 95 [(30'886 fr. 90 + 3'190 fr. 60) : 11], soit une différence de 902 fr. 05 par rapport au salaire convenable de 4'000 francs.

En définitive, seule une différence est due pour l'année 2013 à titre de salaire convenable, à hauteur de 9'922 fr. 55 (11 x 902 fr. 05).

L'appelante par voie de jonction ayant conclu à libération dans son appel joint, celui-ci doit être très partiellement admis et le jugement réformé en ce sens que l'appelante par voie de jonction est condamnée à verser à l'appelant principal 9'922 fr. 55, au lieu des 15'357 fr. 60 alloués à ce titre par les premiers juges.

6.

6.1 L'appelant principal critique encore le jugement entrepris en ce sens que les premiers juges ont retenu l'existence d'un horaire de travail flexible et ont refusé toute indemnisation de ses prétendues heures supplémentaires. Il soutient qu'une compensation en temps équivalent supposait l'accord du travailleur et que tel n'avait pas été le cas. Il réfute par ailleurs la solution adoptée par les premiers juges d'un horaire de travail flexible qui aurait permis de récupérer les heures effectuées en trop, le système de rémunération exclusivement basé sur le chiffre d'affaires réalisé excluant de pouvoir compenser les heures supplémentaires, puisque chaque heure de travail en moins se traduit par un manque à gagner. D'après lui, il aurait réalisé 528,05 heures de travail supplémentaires en tant qu'employé de l'appelante par voie de jonction. Le supplément de 25 %, calculé à 4 fr. 90 par heure supplémentaire vu le tarif horaire de 19 fr. 65 fixé par l'expert, devrait donc lui être payé, soit au total 2'587 fr. 45.

6.2

6.2.1 L'art. 71 let. a LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ; RS 822.11) réserve la législation fédérale sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobile.

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

Il résulte de la réserve de l'art. 71 let. a LTr que seules les dispositions sur la protection de la santé de la LTr sont applicables aux personnes couvertes par les OTR 1 et 2, à l'exclusion des dispositions sur la durée du travail et du repos contenues dans la LTr (Commentaire LTr, Secrétariat à l'économie, ad art. 71 LTr ; Mahon/Benoît in Commentaire LTr, Berne 2005, n. 9 ad art. 71 LTr). Les OTR 1 et 2 contiennent des règles sur la durée du travail et du repos dérogeant à celles de la LTR, afin

de tenir compte des exigences particulières de sécurité routière liées à l'exercice du métier de chauffeur (Mahon/Benoît, *op. cit.*, *ibid.*). La réserve de l'art. 71 let. a LTr est constitutive en ce sens que cette loi cède le pas aux dispositions spéciales contenues dans les OTR1 et 2 (Mahon/Benoît, *op. cit.*, n. 23 art. 71 LTr).

6.2.2 Selon la jurisprudence, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (TF 4A_518/2020 du 25 août 2021 consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 consid. 3 ; TF 4A_518/2020 précité consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 précité consid. 4.2). En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible ; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (TF 4A_518/2020 précité consid. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 précité consid. 4.2 ; TF 4A_611/2012 précité consid. 3.2).

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

6.2.3 Dans l'arrêt rendu par la Cour de céans dans une affaire similaire, opposant un chauffeur de taxi à son employeur (CACI 18 mai 2022/266 précité), il a été retenu que l'employé était soumis à un horaire de travail flexible, dans la mesure où le contrat de travail prévoyait un horaire de travail de 53 heures par semaine et la mise à disposition d'un véhicule de 18h à 6h, soit durant 12 heures, de sorte que l'employé déterminait librement, durant les heures pendant lesquelles le véhicule était mis à sa disposition, quand il effectuait ses 53 heures de travail. Aucun autre horaire n'était imposé par l'employeur.

6.3

6.3.1 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que la jurisprudence sur le travail flexible devait s'appliquer et n'ouvrait pas la voie à une rémunération à titre d'heures de travail supplémentaire.

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

6.3.2 L'appelant principal conteste par ailleurs avoir été soumis à un horaire de travail flexible, qui lui aurait permis – et imposé – de récupérer de lui-même les heures supplémentaires accomplies. Il ne ressort toutefois pas des faits de la cause – et l'appelant principal ne le soutient d'ailleurs pas – qu'un horaire imposé aurait été convenu entre les parties ; aucun horaire de début et de fin de la journée de travail ne figure au dossier, ce qui confirme la thèse de l'horaire flexible. Il apparaît ainsi que l'appelant principal était libre d'organiser son temps de travail, la seule limitation tenait au respect de la réglementation de l'OTR 2, à savoir que le chauffeur doit veiller au respect de la durée maximale de conduite prévue à l'art. 7 OTR 2, soit 9 heures par jour et 45 heures par semaine.

L'appelant principal soutient en vain qu'il était tenu à un horaire de 53 heures par semaine. En effet, le rapport de l'expert indique

que, pour 2011, il avait travaillé en moyenne 50 heures et 4 minutes, 51 heures 19 en 2012 et 51 heures 44 en 2013. La durée légale du travail n'a dès lors pas été dépassée.

Ainsi, il faut suivre les premiers juges s'agissant de l'existence d'un horaire de travail flexible et appliquer la jurisprudence y relative. Selon celle-ci, il appartient à l'employé de prouver qu'il n'a pas pu compenser son solde positif d'heures compte tenu des besoins de l'entreprise ou des instructions de son employeur. Or, rien n'indique que l'appelant principal n'ait pas pu récupérer ses heures en raison des directives de l'appelante par voie de jonction ou des besoins de l'entreprise. A supposer que l'appelant principal ait effectivement accumulé un solde positif d'heures supplémentaires, il s'agissait de temps de travail excédentaire librement accumulé dans le cadre de son horaire flexible. Il faut rappeler que le sens de l'horaire flexible est de permettre au travailleur de déterminer de manière autonome s'il veut travailler plus ou moins que ce que lui impose l'horaire obligatoire. Partant, l'appelant principal n'établit pas avoir été empêché de récupérer son solde prétendument positif d'heures en congé équivalent en raison des directives de l'intimée ou des besoins de l'entreprise.

Par conséquent, aucune rémunération n'est due à l'appelant principal au titre d'heures de travail supplémentaire. Le jugement doit être confirmé sur ce point.

7.

7.1 L'appelant principal conteste enfin le calcul des premiers juges relatif à l'indemnisation de ses vacances. Il soutient qu'un salaire mensuel de 5'000 fr. aurait dû servir de base de calcul, à savoir le salaire convenable auquel il prétend, et que le taux applicable aurait dû être de 10,64 % au lieu de 8,33 %. Au total, il aurait droit à 29'792 fr. à ce titre au lieu des 19'861 fr. 55 qui lui ont été alloués en première instance.

L'appelante par voie de jonction soutient qu'aucune indemnité pour vacances ne serait due, dans la mesure où les conditions définies par la jurisprudence pour inclure le paiement des vacances dans le salaire seraient réalisées.

7.2 Selon l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances, pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). D'après l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Cette disposition est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO).

En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Le Tribunal fédéral a d'abord admis que, dans des situations particulières, à savoir une activité très irrégulière, notamment dans le cas d'occupation à temps partiel ou de travail intérimaire, l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total (ATF 118 II 136 consid. 3b pp. 137 s. ; ATF 116 II 515 consid. 4a p. 517 ; ATF 107 II 430 consid. 3a pp. 433 s.) ; toutefois, il s'est par la suite interrogé sur la justification d'une telle dérogation (ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3). Laissant la question en suspens, il a relevé que, dans tous les cas, outre la nécessité objective due à une activité très irrégulière (première condition), la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances devait être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il était conclu par écrit (deuxième condition), ainsi que sur les décomptes de salaire périodiques (troisième condition ; ATF 129 III 493). 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 (ATF 116 II 515 consid. 4b p. 518), et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3.3 ; TF 4A_72/2015 du 11 mai 2015 consid. 3.2 et 3.3 ; TF 4A_463/2010

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).

Toutefois, lorsque les parties ont conclu un contrat oral, il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement (ATF 129 III 493 consid. 3.3 ; ATF 116 II 515 consid. 4b). Dans une telle situation, la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement (ATF 129 III 493 consid. 3.3 *in fine*).

Dans tous les cas, le Tribunal fédéral considère que le seul caractère variable de la rémunération de l'employé ne permet pas de justifier un accord dérogatoire au principe prévu par l'article 329d al. 1 CO (TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 4 ; voir également Wyler/Heinzer, *op. cit.*, p. 511). En cas d'emploi à plein temps, l'inclusion des vacances dans le salaire au motif que le salaire est variable est exclue (TF 4A_357/2022 du 30 janvier 2023 consid. 2).

Si les conditions de l'indemnisation des vacances incluse dans le salaire ne sont pas remplies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances, malgré l'indemnité déjà versée et même si l'employé a pris ses vacances en nature (ATF 129 III 664 consid. 7.2 ; TF 4A_561/2017 consid. 3.1). Cette indemnité se calcule sur la base du salaire complet multiplié par respectivement 8,333 % (4 sur 48), 10,638 % (5 sur 47) ou 13,043 % (6 sur 46), en fonction du nombre de semaines de vacances auquel l'employé a droit par année (Dietschy-Martenet, in Thévenoz/Werro, Commentaire romand CO I, 3^e éd., Bâle 2021, n. 6 ad art. 329d CO et les réf. citées).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, c'est à l'employé de prouver l'obligation contractuelle de l'employeur d'accorder des vacances ainsi que leur naissance par la durée des rapports de travail. En revanche, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que l'employé a pris des jours de vacances pendant la période déterminante et d'en

indiquer le nombre (ATF 128 III 271 consid. 2a/bb ; TF 4A_590/2015 du 20 juin 2016 consid. 3.4).

7.3

7.3.1 En l'espèce, l'appelant principal a été engagé par l'appelante par voie de jonction depuis le 1^{er} février 2004 et il a été établi par l'expert qu'il avait travaillé, sur la période litigieuse de 2009 à 2013, en moyenne 6 jours par semaine. Il ne s'agissait dès lors nullement d'une activité « très irrégulière » ou intérimaire au sens de la jurisprudence susmentionnée. Comme on l'a vu, la seule variabilité des salaires mensuels ne permet pas de justifier un accord dérogatoire au principe prévu par l'art. 329d al. 1 CO (cf. TF 4A_357/2022 et TF 4A_478/2009 précités). Contrairement à ce que prétend l'appelante par voie de jonction, la variabilité du salaire n'autorisait donc pas l'inclusion des vacances dans le salaire mensuel. Les premiers juges ont donc correctement appliqué l'art. 329d CO.

7.3.2 Il reste à vérifier le montant retenu à ce titre. L'autorité précédente a tenu compte du salaire effectivement réalisé sur la période litigieuse et y a ajouté le pourcentage de 8,33 %, soit le minimum légal pour le droit aux vacances.

L'appelant principal conteste d'abord le montant des salaires pris en compte et soutient que la somme de 5'000 fr. devrait servir de base de calcul. Dans la mesure toutefois où il a été reconnu que le salaire convenable de l'appelant principal ne devait pas être estimé à 5'000 fr., mais à 4'000 fr. (cf. consid. 5 *supra*), il n'y a pas lieu de suivre l'appelant principal sur ce point.

S'agissant du pourcentage applicable, l'appelant principal soutient qu'il doit être de 10,64, ce qui correspond à 5 semaines de vacances par année. Il se réfère au pourcentage appliqué pour le calcul de l'indemnité de vacances figurant sur les fiches de salaire. Ce pourcentage étant de 10,33 %, cela signifierait que les parties avaient convenu d'un droit aux vacances de 5 semaines et non seulement de 4 semaines.

Les premiers juges ont calculé le montant dû par l'appelante par voie de jonction au titre de salaire afférent aux vacances en tenant compte du pourcentage de 8,33 % correspondant à 20 jours de vacances par année, à savoir le minimum légal. Comme le relève l'appelant principal, il ressort cependant des fiches de salaires que les parties avaient convenu d'un pourcentage plus élevé à titre de droit aux vacances, de 10,33 %, ce qui correspond à un peu moins de 25 jours de vacances par année. C'est dès lors ce pourcentage de 10,33 (et non de 10,64 comme le voudrait l'appelant principal) qu'il convient de prendre en compte pour le calcul du salaire afférent aux vacances, les parties pouvant conventionnellement augmenter le nombre minimal de semaines de vacances fixé par l'art. 329a CO.

Il ressort du jugement attaqué que les premiers juges ont multiplié par 8,33 % le montant total des salaires perçus par l'appelant principal et sur lesquels le droit aux vacances pouvait être réclamé, à savoir 238'434 fr. 10. En appliquant le pourcentage du droit aux vacances convenu par les parties, de 10,33 %, l'on arrive à un total de 24'630 fr. 24 brut, au lieu des 19'861 fr. 55 alloués par les premiers juges, soit une différence de 4'768 fr. 70.

Le jugement doit être corrigé en ce sens que l'appelante par voie de jonction doit verser à l'appelant principal la somme brute de 24'630 fr. 25 à titre de part aux vacances.

8.

8.1 En définitive, l'appel principal et l'appel joint doivent être tous deux très partiellement admis, dans la mesure où le montant dû à titre de salaire convenable doit être réduit à 9'922 fr. 55 au lieu des 15'357 fr. 60 alloués par les premiers juges, et où le montant dû pour les vacances doit être augmenté de 19'861 fr. 55 à 24'630 fr. 25. Au total, l'appelante par voie de jonction doit verser à l'appelant principal le montant brut de 34'552 fr. 80. Le jugement doit dès lors être réformé en ce sens que l'appelante par voie de jonction est condamnée à verser à l'appelant principal le montant brut de 34'552 fr. 80.

8.2

8.2.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En vertu de l'art. 106 al. 2 CPC, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause.

8.2.2 En première instance, l'émolument forfaitaire a été calculé à hauteur de 17'628 fr., à savoir sur la base de la valeur litigieuse des conclusions au dépôt de la demande, par 641'932 fr. 40. La réduction des conclusions lors des plaidoiries finales ne devait pas mener à une réduction de l'émolument, puisqu'une diminution n'est prise en compte que si elle intervient avant la première audience (art. 4 al. 4 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]).

Comme le relève l'appelante par voie de jonction, pour répartir les frais, il convient de tenir compte de l'admission des prétentions de l'appelant principal par rapport au montant initialement réclamé. Les frais judiciaires sont répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC), de sorte qu'il convient de déterminer la part que chaque partie doit supporter.

Sur les 641'932 fr. 40 réclamés, l'appelant principal a obtenu partiellement gain de cause sur deux de ses prétentions, à hauteur de 34'552 fr. 80 au total, soit environ 5 %. Il convient dès lors de répartir les frais selon la clé de répartition 5-95 %. Il est précisé que l'appelant principal a réduit ses prétentions à 245'955 fr. 55 (art. 227 al. 3 CPC), mais qu'une limitation des conclusions au sens de cette disposition signifie un désistement partiel en vertu de l'art. 65 CPC (TF 5A_216/2018 du 11 septembre 2018 consid. 5.1.2 ; TF 4A_138/2013 du 27 juin 2013 consid. 3.3), de sorte qu'il n'y a pas lieu de prévoir un calcul différent.

Les frais judiciaires, arrêtés à 24'643 fr., doivent dès lors être répartis à raison de 23'410 fr. 85 à la charge de l'appelant principal et 1'232 fr. 15 à la charge de l'appelante par voie de jonction. Quant aux frais judiciaires de la procédure de conciliation, arrêtés à 1'554 fr., ils doivent être mis à la charge de l'appelant principal par 1'476 fr. 30 et à la charge de l'appelante par voie de jonction par 77 fr. 70.

Les dépens ont été arrêtés à 24'600 fr. par l'autorité précédente. Ils doivent être répartis selon la clé de répartition qui précède. Après compensation, l'appelant principal doit verser à l'appelante par voie de jonction la somme de 22'140 fr. à titre de dépens de première instance.

8.3

8.3.1 Conformément à l'art. 62 TFJC, l'émolument forfaitaire de décision pour un appel ou un appel joint est fixé en principe à 600 fr. plus 1 % de la valeur litigieuse pour une valeur litigieuse jusqu'à 30'000 fr. et, pour une valeur litigieuse supérieure, à 1'000 fr. plus 1 % de la valeur litigieuse, mais au maximum 50'000 fr. (al. 1). La valeur litigieuse déterminante pour le calcul de l'émolument est celle des prétentions qui restent litigieuses (al. 2).

Conformément à l'art. 67 al. 3 TFJC, pour les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la LSE (loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11) lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 100'000 fr., l'émolument est réduit de moitié.

8.3.2 Les frais judiciaires de l'appel principal sont arrêtés à 856 fr. ([1'000 + 1% de 71'370,60] : 2). L'appelant principal concluait à la réforme du jugement en ce sens que l'appelante par voie de jonction soit condamnée à lui verser 106'589 fr. 75, à savoir 71'370 fr. 60 de plus que ce qui a été reconnu dans le jugement attaqué.

L'appelant principal a obtenu très partiellement gain de cause, par rapport à sa prétention en paiement des vacances, à hauteur de 4'768 fr. 70, soit environ 5 % de ses prétentions totales. Il convient dès lors de

tenir compte d'une répartition des frais 5-95 %. Les frais judiciaires doivent dès lors être mis à la charge de l'appelant principal à hauteur de 813 fr. 20 et à la charge de l'appelante par voie de jonction à hauteur de 42 fr. 80, mais laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour l'appelant principal (consid. 8.4 *infra*).

Les dépens pour l'appel principal peuvent être estimés à 3'000 fr. (fourchette de 1'500 à 7'500 fr. en vertu de l'art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]). Après compensation, l'appelant principal doit verser à l'appelante par voie de jonction la somme de 2'700 francs.

8.3.3 Les frais judiciaires de l'appel joint sont arrêtés à 676 fr. ($[1'000 + 1\% \text{ de } 35'219,15] : 2$). L'appelante par voie de jonction conclut à libération de toute prétention à l'égard de l'appelant principal. Elle obtient partiellement gain de cause s'agissant du montant dû à titre de salaire convenable, à hauteur de 5'435 fr. 05.

Sur les 35'219 fr. 15 litigieux, cela représente environ 15 %. La clé de répartition doit donc être 15-85 %. Les frais judiciaires doivent dès lors être mis à la charge de l'appelante par voie de jonction à hauteur de 574 fr. 60 et à la charge de l'appelant principal à hauteur de 101 fr. 40.

Les dépens relatifs à l'appel joint peuvent être estimés à 2'000 fr. (fourchette de 1'500 à 7'500 fr. en vertu de l'art. 7 al. 1 TDC). Après compensation, l'appelante par voie de jonction doit verser à l'appelant principal la somme de 1'400 francs.

8.4

8.4.1 L'appelant principal a requis l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Les conditions de l'art. 117 CPC étant réalisées, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant principal doit être admise, Me Natasa Djurdjevac Heinzer étant désignée en qualité de conseil d'office.

8.4.2

8.4.2.1 Le conseil d'office a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Le juge applique un tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat et de 110 fr. pour l'avocat-stagiaire (art. 2 al. 1 RA) [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3]).

8.4.2.2 Me Natasa Djurdjevac Heinzer, conseil de l'appelant principal, a indiqué dans sa liste des opérations avoir consacré 10 heures et 42 minutes au dossier au tarif d'un avocat breveté et 5 heures au tarif d'un avocat-stagiaire.

Au vu de la difficulté de la cause et de la nature du litige, ce nombre d'heures peut être admis. Il s'ensuit qu'une indemnité correspondant à 10 heures et 42 minutes de travail au total sera retenue, au tarif horaire de 180 fr., soit 1'926 fr., et 5 heures au tarif de 110 fr., soit 550 fr., montants auxquels s'ajoutent les débours par 49 fr. 50 (2 % en deuxième instance) et la TVA sur le tout par 194 fr. 45, soit un montant total de 2'719 fr. 95.

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

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

- I. L'appel principal est très partiellement admis.
- II. L'appel joint est très partiellement admis.
- III. Le jugement rendu par la Chambre patrimoniale cantonale est réformé à ses chiffres I, II, III et VII comme il suit :
 - I. La défenderesse K. _____ SA doit payer au demandeur W. _____ un montant brut de 34'552 fr. 80 (trente-quatre mille cinq cent cinquante-deux francs et huitante centimes), avec intérêts à 5 % l'an dès le 29 novembre 2013 ;
 - II. Les frais judiciaires, arrêtés à 24'643 fr. (vingt-quatre mille six cent quarante-trois francs), sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour le demandeur W. _____, par 23'410 fr. 85 (vingt-trois mille quatre cent dix francs et huitante-cinq centimes) et mis à la charge de la défenderesse K. _____ SA par 1'232 fr. 15 (mille deux cent trente-deux francs et quinze centimes) ;
 - III. Les frais judiciaires de la procédure de conciliation, d'ores et déjà arrêtés à 1'554 fr. (mille cinq cent cinquante-quatre francs), sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour le demandeur W. _____ par 1'476 fr. 30 (mille quatre cent septante-six francs et trente centimes) et mis à la charge de la défenderesse K. _____ SA par 77 fr. 70 (septante-sept francs et septante centimes) ;

VII. Le demandeur W._____ doit verser à la défenderesse K._____ SA un montant de 22'140 fr. (vingt-deux mille cent quarante francs) à titre de dépens compensés ;

Le jugement est confirmé pour le surplus.

IV. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant principal W._____ est admise, Me Natasa Djurdjevac Heinzer étant désignée en qualité de conseil d'office pour la procédure d'appel.

V. L'indemnité d'office de Me Natasa Djurdjevac Heinzer, conseil d'office de l'appelant W._____, est arrêtée à 2'719 fr. 95 (deux mille sept cent dix-neuf francs et nonante-cinq centimes), TVA et débours compris.

VI. Les frais judiciaires de l'appel principal, arrêtés à 856 fr. (huit cent cinquante-six francs), sont mis à la charge de l'appelant principal W._____ par 813 fr. 20 (huit cent treize francs et vingt centimes) et laissés provisoirement à la charge de l'Etat, et par 42 fr. 80 (quarante-deux francs et huitante centimes) à la charge de l'appelante par voie de jonction K._____ SA.

VII. Les frais judiciaires de l'appel joint, arrêtés à 676 fr. (six cent septante-six francs), sont mis à la charge de l'appelant principal W._____ par 101 fr. 40 (cent un francs et quarante centimes) et laissés provisoirement à la charge de l'Etat, et mis à la charge de l'appelante par voie de jonction K._____ SA par 574 fr. 60 (cinq cent septante-quatre francs et soixante centimes).

VIII. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 CPC).

IX. L'appelant principal W._____ versera à l'appelante par voie de jonction K._____ SA un montant de 2'700 fr. (deux mille sept cents francs), à titre de dépens pour la procédure d'appel principal.

X. L'appelant principal W._____ versera à l'appelante par voie de jonction K._____ SA un montant de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens de deuxième instance pour la procédure d'appel joint.

XI. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Natasa Djurdjevac Heinzer (pour W._____),
- Me Filippo Ryter (pour K._____ SA),

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

- Monsieur le Président de la Chambre patrimoniale cantonale.

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

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi 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 :