

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 mai 2021

Composition : Mme CHERPILLOD, juge déléguée
Greffière : Mme Laurency

Art. 85a al. 2 LP

Statuant sur l'appel interjeté par **R.**_____, à [...], contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 janvier 2021 par le Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **M.**_____ **SÀRL**, à [...], la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 janvier 2021, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le lendemain, le Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge) a admis la requête du 27 juillet 2020 de la société M._____ Sàrl (I), a dit par conséquent que la poursuite n° [...] notifiée par l'Office des poursuites du district de Lausanne le 23 avril 2020 à M._____ Sàrl, sur réquisition de R._____, portant sur un montant de 28'600 fr., plus intérêts à 5 % l'an dès le 15 février 2020 et frais de poursuite, était suspendue, conformément à l'art. 85a al. 2 LP, jusqu'à droit connu sur la demande en annulation de poursuite introduite le 27 juillet 2020 par M._____ Sàrl à l'encontre de R._____ (II), a débouté les parties de toutes autres conclusions (III), a rendu la décision sans frais (IV) et a dit que le sort des dépens suivait celui de la cause au fond (V).

En droit, le premier juge a retenu que les explications données par M._____ Sàrl pour justifier l'inexistence de la créance de salaire pour les mois de décembre 2019 à mars 2020 de 28'600 fr. de R._____ ne paraissaient à première vue guère fondées. Les pièces produites par M._____ Sàrl devaient par ailleurs être appréciées avec une certaine réserve. Cependant, le premier juge a considéré que les rapports de travail entre la société et R._____ avaient pris fin le 11 février 2020, de sorte que le prénommé ne pouvait pas prétendre au paiement d'un salaire pour une période postérieure à cette date, ce qu'il avait pourtant fait dans le cadre de la poursuite n° [...]. De plus, M._____ Sàrl faisait valoir une créance contre R._____ en remboursement de montants dont R._____ avaient été crédités par la plateforme Y._____. Les parties étaient divisées sur la question, mais il paraissait toutefois très vraisemblable que la société puisse démontrer qu'elle détenait une créance à ce titre contre R._____.

B. a) Par acte du 4 février 2021, R. _____ a fait appel de cette ordonnance en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles du 27 juillet 2020 de M. _____ Sàrl soit rejetée. Il a également requis l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel et a produit un bordereau de deux pièces.

b) Dans sa réponse du 15 mars 2021, M. _____ Sàrl a conclu au rejet de l'appel dans la mesure où il était recevable et a produit trois pièces.

c) Par courrier du 30 mars 2021, R. _____ s'est déterminé sur l'écriture de M. _____ Sàrl.

C. La juge déléguée retient les faits pertinents suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. a) La société M. _____ Sàrl (ci-après : l'intimée) a pour but l'exploitation d'un commerce d'alimentation, la restauration et l'export-import d'articles de diverses natures ainsi que l'exploitation d'un institut de beauté. K. _____ en est l'associée gérante unique.

b) Le 21 mai 2019, A.Z. _____ et B.Z. _____, baillereses de l'immeuble sis route du [...], à [...], ont conclu un contrat de bail à loyer avec l'intimée et K. _____, celle-ci étant codébitrice solidaire, portant sur l'immeuble précité, pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2020, moyennant un loyer mensuel de 2'800 francs. Les locaux étaient affectés à l'usage d'un restaurant, ainsi que d'un appartement à l'étage.

2. a) En date du 1^{er} septembre 2019, l'intimée et R. _____ (ci-après : l'appelant) ont passé une convention rédigée en langue chinoise (mandarin), aux termes de laquelle, selon une traduction libre produite par l'intimée, l'appelant était engagé par l'intimée comme gérant du restaurant Café-Restaurant du N. _____, route du [...], à [...] (ci-après : le

Café du N._____ ou le café). L'appelant devait aider l'intimée à accomplir la procédure de demande d'ouverture du restaurant (chiffre 1) et, en tant que titulaire d'une « licence de gérant de restaurant », l'aider à remplir les exigences légales nécessaires, cette dernière assumant toutefois toutes les responsabilités et toutes les dépenses liées à l'exploitation et à la gestion du restaurant (chiffre 2). Toutes les factures liées à l'exploitation du restaurant reçues par l'appelant, en tant que titulaire d'une « licence de directeur de restaurant », devaient être remises sans délai à l'intimée, qui devait les payer ou les rembourser à temps (chiffre 3). Les chiffres 4 à 6 de la convention avaient la teneur suivante :

- « 4. Conformément à la loi suisse[,] à la réglementation et aux exigences spécifiques du service administratif, la partie A [réd. l'intimée] paiera les différences après la déduction des divers frais à la partie B [réd. l'appelant] par virement bancaire. Les fiches d[e] salaire et l'attestation des salaires [sic], etc. seront émises par le comptable de la partie A.
5. La partie A assume toutes les obligations des accords signé[s] par le restaurant, et la partie B coopère, coopère seulement [sic], avec la partie A, pour accomplir ses obligations et pour exercer ses droits.
6. Les questions non couvertes dans cet accord seront complétées sous la forme de pièces jointes par voie de négociation entre les deux parties. Cet accord est régi par le droit suisse. »

b) Par contrat de travail daté du 1^{er} septembre 2019, établi selon le modèle proposé par la convention collective nationale de travail, l'intimée a engagé l'appelant en qualité de gérant pour une activité à plein temps, impliquant un horaire hebdomadaire de 42 heures. Le salaire mensuel brut était de 6'600 fr., augmenté d'une part mensuelle au treizième salaire de 550 fr., soit au total 7'150 fr. bruts.

La version du contrat produit le 27 juillet 2020 par l'intimée n'est pas signée et mentionne la banque D._____ comme banque de l'appelant. Le contrat produit le 31 juillet 2020 par l'appelant est signé, mais ne fait pas état du compte bancaire précité.

Entendu en audience en qualité de partie, l'appelant a confirmé avoir signé le contrat de travail daté du 1^{er} septembre 2019, rédigé en chinois avant le contrat qui reprenait le modèle de la convention collective nationale de travail, signé à la mi-septembre 2019. Il avait déjà commencé à travailler à ce moment-là.

c) Le 5 septembre 2019, A.Z._____ et B.Z._____ ont conclu un second contrat de bail à loyer avec l'intimée, K._____, étant codébitrice solidaire, et l'appelant, sur l'immeuble précité aux conditions du précédent contrat.

Interrogée en qualité de partie, K._____ a expliqué que les autorités [...] avaient exigé de l'intimée que le titulaire de la patente soit partie au contrat de bail portant sur les locaux de l'établissement.

L'appelant, également interrogé en qualité de partie, a confirmé avoir signé le contrat de bail à la demande de K._____. Celle-ci lui avait promis qu'il toucherait une partie du produit en cas de vente du fonds de commerce.

d) Le 9 octobre 2019, la Direction de la sécurité et de la justice du Canton de [...] a délivré en faveur de l'appelant une patente B d'établissement avec alcool pour l'exploitation du Café du N._____.

3. a) Par courrier du 19 novembre 2019 adressé à l'appelant au Café du N._____, la plateforme Y._____ a transmis un bon de commande nécessaire pour accéder aux commandes effectuées en ligne par les clients via la plateforme.

b) D'après des captures d'écran produites par l'intimée, la facture du 30 novembre 2019 de la plateforme Y._____ s'était élevée à 336 fr. 55, montant à verser en faveur de la plateforme pour les prestations offertes, celle du 31 décembre 2019 à « - 4'669 fr. 50 », soit une somme en faveur du Café du N._____, et celle du 31 janvier 2020 à « - 7'481 fr. », montant également à transférer par Y._____ en faveur du

café. Les factures des 31 décembre 2019 et 31 janvier 2020 indiquaient que le solde en faveur du café serait versé dans un délai de quinze jours.

La facture du 31 décembre 2019 précisait que la somme de 336 fr. 55 avait été déduite du montant à verser en faveur du café à titre de « Compensation des factures en cours ».

c) Selon les extraits de compte de l'appelant des mois de septembre 2019 à avril 2020 auprès de la banque F._____, la plateforme Q._____ a crédité 76 fr. 25 sur le compte de l'appelant le 4 décembre 2019. Le montant de 70 fr. 09 a été versé par l'appelant à l'intimée le 23 décembre 2019 avec la précision « Q._____ Nov.-Dec. 2019 » et 6 fr. 16 ont été reversés à la plateforme le même jour.

Il ressort également des extraits de compte de l'appelant le versement d'un montant de 4'669 fr. 50 par Y._____ le 22 janvier 2020, suivi d'une écriture de débit pour le même montant le lendemain avec l'indication « *Storno Gutschrift* ».

Interrogée en qualité de partie, K._____ a déclaré que le paiement en contrepartie de livraisons pour le compte de la plateforme Y._____ avait été fait sur le compte de l'appelant, alors que ces montants devaient revenir à l'intimée. Elle s'était renseignée auprès de la plateforme pour savoir quelles avaient été les sommes versées sur le compte de l'appelant. Les pièces en sa possession faisaient état de versements totalisant 12'487 fr. 15. L'appelant avait reçu de l'argent à partir du mois de novembre 2019 mais il n'en avait jamais informé K._____. Celle-ci a ajouté qu'une fois la situation connue, elle était intervenue auprès de Y._____ pour que la plateforme change le numéro de compte sur lequel les paiements devaient intervenir. L'appelant s'était opposé à ce changement par courriel à Y._____. La plateforme avait indiqué qu'il fallait l'accord de l'appelant mais ce dernier s'était toujours opposé selon K._____.

En audience, l'appelant a indiqué avoir parlé des ventes à l'emporter par l'intermédiaire de la plateforme Y. _____ à K. _____ au début du mois d'octobre 2019. Celle-ci lui avait répondu qu'elle s'en occupait. Le mois suivant, elle lui avait demandé s'il voulait s'en charger, ce qu'il avait accepté. Elle l'avait également invité à contacter d'autres plateformes mais il n'y en avait pas dans la région.

d) Par courriel du 22 janvier 2020 adressé notamment à K. _____, selon la traduction produite par l'appelant, celui-ci a indiqué qu'il n'avait plus accès à son compte Y. _____ à cause des changements entrepris par K. _____. Il a ajouté qu'après vérification le jour même de 8h00 à 9h30, il n'avait pas reçu de versement de la plateforme Y. _____.

e) Par courrier du 23 janvier 2020, l'appelant a informé la plateforme Y. _____ du fait qu'il n'arrivait plus à accéder à son compte. Il ne pouvait plus vérifier les détails concernant le paiement de décembre 2019 versé le 22 janvier 2020. Il a précisé qu'il avait demandé à sa banque de retourner le montant à la plateforme « pour des raisons juridiques et fiscales ».

4. a) Selon les fiches de salaire de septembre et d'octobre 2019, ainsi que le détail de l'écriture du 28 novembre 2019 ressortant de l'extrait de compte de l'appelant auprès de la banque D. _____, il a perçu de l'intimée le montant de 6'162 fr. 05 par mois de septembre à novembre 2019.

b) Interrogée en qualité de partie, K. _____ a expliqué que l'intimée avait fait appel à plusieurs reprises à l'appelant mais qu'il n'avait jamais répondu. Il n'avait jamais travaillé dans l'établissement. K. _____ a confirmé que les salaires de septembre, octobre et novembre 2019 avaient été réglés à l'appelant et que le Café du N. _____ était fermé depuis le 21 février 2020. Elle a contesté avoir demandé à l'appelant de signer plusieurs documents dans le courant du mois de janvier 2020 afin que le salaire du mois de décembre lui soit versé. Entre septembre 2019

et mars 2020, elle n'avait rencontré l'appelant que trois fois, elle-même étant au restaurant tous les jours.

L'appelant a déclaré en audience avoir travaillé au Café du N._____ jusqu'au début du mois de mars 2020. Il avait perçu son salaire jusqu'à la fin du mois de novembre 2019 et avait réclamé le salaire du mois de décembre au début du mois de janvier 2020.

c) Par courrier du 6 mars 2020, le Chef de la police du commerce du Canton de [...] a indiqué ce qui suit à l'intimée :

« Je vous rappelle que depuis le 11 février dernier, le dernier exploitant officiel de l'établissement n'assume plus aucun rôle, ni aucune responsabilité dans l'établissement. En l'absence de toute forme de patente, l'établissement devrait donc demeurer fermé. Je vous avais accordé un ultime délai fixé au 28 février 2020 pour produire un nouveau dossier complet de reprise et éviter ainsi une interruption des activités de l'établissement. Dans le délai imparti, rien n'a été fait et vos explications très confuses n'apportent aucune solution concrète à la problématique mise en lumière, soit le fait que vous exploitez l'établissement sans avoir jamais demandé de patente à votre nom et alors que toutes les personnes que vous proposez pour "jouer le rôle" d'exploitant à votre place ne sont pas en mesure d'exercer une activité dirigeante dans le restaurant.

Le Service de la police du commerce reste, au vu de ce qui précède, dans l'attente d'une demande écrite et d'un dossier. Jusqu'à l'aboutissement d'une procédure permettant de délivrer une nouvelle patente, vous n'êtes plus autorisée à exploiter le restaurant, et ceci avec effet immédiat ».

5. a) Le 3 mars 2020, l'Office des poursuites du district de [...] a notifié à l'appelant un commandement de payer n° [...], à la réquisition de l'intimée, portant sur un montant en capital de 8'400 fr., plus intérêts, correspondant à la moitié du loyer du Café du N._____ due par l'appelant, en sa qualité de codébiteur solidaire, durant les mois de septembre 2019 à février 2020. Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale.

b) En audience, K._____ a expliqué que l'intimée n'avait pas pu payer le loyer du Café du N._____ à compter du mois d'octobre 2020. En mars 2020, elle avait trouvé quelqu'un avec une patente et elle avait

demandé à l'appelant de se retirer du bail, ce qu'il avait refusé. Elle l'avait relancé au mois de septembre 2020 et il avait maintenu son refus.

Interrogé en qualité de partie, l'appelant a indiqué ne pas avoir reçu de demande de K._____ d'être libéré du bail dans le courant du mois de mars 2020. Il avait en revanche demandé à la régie s'il pouvait être libéré du bail, fin mars ou début avril 2020, ce qui avait été refusé. Il s'était opposé en septembre 2020 à ce que K._____ transfère l'établissement à un tiers au 1^{er} janvier 2021 car la société aurait été vidée de sa substance. Depuis lors, le restaurant avait été transféré à un tiers, le bail à loyer étant arrivé à son terme entretemps.

6. a) Par courrier du 9 mars 2020, l'appelant a mis en demeure l'intimée de lui verser les salaires des mois de décembre 2019 à février 2020. Il a indiqué cesser de fournir sa prestation de travail jusqu'à complet paiement des arriérés de salaire. Faute de paiement de la totalité des montants dus dans les cinq jours, le contrat de travail devait être considéré comme immédiatement résilié.

b) Dans un courrier du 27 mars 2020, l'intimée a contesté les prétentions salariales de l'appelant, relevant que celui-ci avait abandonné de façon abrupte son poste de travail, qu'il n'avait jamais signé son contrat de travail, qu'il avait compromis gravement la poursuite de l'exploitation de l'intimée en informant unilatéralement la police du commerce de sa cessation d'activité au sein du Café du N._____ et qu'il se serait par ailleurs approprié la totalité des recettes provenant de la vente à l'emporter en faisant verser celles-ci sur son compte bancaire personnel à l'insu de l'intimée.

c) Le 20 mai 2020, l'intimée a impartit un délai de dix jours à l'appelant pour lui transmettre les relevés détaillés de ses comptes bancaires et postaux depuis le 1^{er} juillet 2019, attestant de tous les montants reçus par l'intermédiaire des plateformes Y._____ et Q._____.

d) Par courrier du 26 mai 2020, l'appelant a fait état de montants crédités sur son compte de 4'669 fr. 50, valeur au 22 janvier 2020, qui avaient été retransférés le lendemain, et de 76 fr. 25, valeur au 4 décembre 2019, dont 6 fr. 16 avaient été reversés à la plateforme et 70 fr. 09 payés à l'intimée. Il a indiqué qu'il n'y avait pas eu d'autres transactions.

7. a) Le 23 avril 2020, l'Office des poursuites de l'arrondissement de Lausanne a notifié à l'intimée un commandement de payer n° [...] à la réquisition de l'appelant, portant sur un montant en capital de 28'600 fr., plus intérêts à 5 % l'an dès le 15 février 2020, correspondant aux salaires impayés de décembre 2019 à mars 2020. Ce commandement de payer n'a pas été frappé d'opposition.

Interrogée en qualité de partie, K._____ a indiqué qu'elle n'avait pas fait opposition au commandement de payer qui lui avait été notifié pour l'intimée car elle ne comprenait pas le français et son avocat était absent lorsqu'elle avait reçu cette poursuite.

b) Le 30 mai 2020, une commination de faillite a été notifiée à l'intimée à la réquisition de l'appelant.

c) Le 7 juillet 2020, l'appelant a requis de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne de prononcer la faillite de l'intimée.

8. a) Par acte du 27 juillet 2020, l'intimée a ouvert action contre l'appelant devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que l'inexistence de la dette de 28'600 fr. objet de la poursuite n° [...] soit constatée, ainsi qu'à l'annulation et à la radiation de la poursuite précitée. Subsidiairement à la conclusion en constat de l'inexistence de la dette de 28'600 fr., l'intimée a conclu à ce que l'extinction de ladite dette soit constatée.

b) Le même jour, l'intimée a déposé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à la suspension de la poursuite n° [...], conformément à l'art. 85a al. 2 LP, jusqu'à droit connu sur la demande en annulation de poursuite introduite le 27 juillet 2020.

c) Dans sa réponse du 31 juillet 2020, l'appelant a conclu à l'irrecevabilité de la requête de mesures superprovisionnelles.

L'appelant a notamment produit un décompte des heures de travail accomplies au service de l'intimée, à savoir 216 heures en septembre 2019, 234 en octobre 2019, 224 en novembre 2019, 210 en décembre 2019, 226 en janvier 2020, 185 en février 2020 et 63 en mars 2020.

Interrogé en qualité de partie, l'appelant a indiqué avoir montré le décompte des heures produites à K._____, qu'il lui avait dit que « c'était en ordre ».

d) Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 6 août 2020, la Présidente du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de l'arrondissement de Lausanne, a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et a dit qu'elle resterait en vigueur jusqu'à décision sur la requête de mesures provisionnelles.

9. Par prononcé du 13 août 2020 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, l'intimée a été déclarée en faillite par défaut.

Ce prononcé a été annulé par décision du 24 août 2020.

10. **a)** Le 13 janvier 2021, l'intimée a produit la copie d'une convention datée du 10 septembre 2019 et rédigée en langue chinoise (mandarin), accompagnée d'une traduction libre, aux termes de laquelle :

« Les deux parties, se fondant sur « l'Accord de Coopération concernant le Restaurant chinois » signé le 1^{er} septembre 2019, se sont mis d'accord de le compléter avec le contenu supplémentaire suivant :

1. La Partie B [réd. l'appelant], en tant que titulaire de la licence lui autorisant d'exercer la gestion du restaurant de la Partie A [réd. l'intimée], facturera à la Partie A un montant de redevance-salaire mensuelle de 1 000 francs suisses (mille francs suisses), et ces montants de redevance-salaire seront réglés trimestriellement ;

2. La partie B ne participe à aucun travail concret et spécifique dans l'exploitation du restaurant de la partie A. Si la partie A aura besoin du travail de la part de la partie B, la partie B calculera et facturera séparément à la Partie A, en fonction du contenu du travail, des heures de travail et des frais que la Partie B aura dépensés.

3. Normalement, la Partie A doit transférer chaque mois le montant des redevances-salaires sur le compte bancaire de la partie B. Et les deux parties, soit les Parties A et B, coopèrent pour effectuer le paiement de l'éventuel surplus de la Partie A à la Partie B. Une fois que la partie A aura achevé le transfert de redevance-salaire, la Partie A doit informer la partie B à temps. La Partie B choisira le mode de paiement pour retourner l'éventuel surplus de paiement effectué par la Partie A, conformément aux lois et réglementations en vigueur, soit en 15 jours ouvrables après la réception du transfert. »

b) En audience, K. _____ a déclaré concernant ce contrat qu'elle avait rédigé un premier contrat de travail avec l'aide de son comptable, mais que l'appelant n'était pas d'accord avec le document. Il avait proposé un autre contrat qu'elle avait signé. L'appelant était parti avec le papier sans lui donner de copie. Il avait changé d'avis par la suite et il lui avait apporté le contrat daté du 10 septembre 2019, établi par lui-même en langue chinoise.

Interrogé en qualité de partie, l'appelant a indiqué se souvenir que K. _____ lui avait fait signer une liasse de documents afin de pouvoir, selon elle, verser son salaire. L'appelant n'excluait pas que le contrat daté du 10 septembre 2019 figurait dans cette liasse. Il en ignorait toutefois le contenu.

11. Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 18 janvier 2021, les parties ont été entendues.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou 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). Les décisions portant sur des mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 Formé en temps utile par une partie qui 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.

Il est précisé que le grief d'irrecevabilité invoqué par l'intimée s'agissant de la compétence du juge délégué et non de la Cour d'appel civile pour connaître la procédure d'appel est infondé. En effet, il serait trop formaliste de considérer que la mention de la cour concernée faite par l'appelant dans son écriture à la place du juge délégué de ladite cour rendrait l'appel irrecevable (cf. CPF 9 décembre 2020/298 concernant la recevabilité du recours malgré la mention de la mauvaise cour au sein du même tribunal).

2.

2.1 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 4A_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4 ; TF 4A_452/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3).

2.2

2.2.1 Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (art. 317 al. 1 let. a CPC) et ne pouvaient pas être invoqués ou produits en première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 let. b CPC), ces deux conditions étant cumulatives (TF 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1).

On distingue à cet effet vrais et faux *nova*. Les vrais *nova* sont des faits ou moyens de preuve qui ne sont nés qu'après la fin de l'audience de débats principaux de première instance ; ils sont recevables en appel lorsqu'ils sont invoqués sans retard après leur découverte. Les faux *nova* sont des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux ; leur recevabilité en appel est exclue s'ils avaient pu être invoqués en première instance en faisant preuve de la diligence requise (ATF 143 III 42 consid. 4.1 et les réf. citées, JdT 2017 II 342).

2.2.2 L'appelant produit deux pièces à l'appui de son appel, dont une pièce de forme, recevable, et une pièce nouvelle, soit un courriel du 21 janvier 2021 de la plateforme Y._____ confirmant que les montants de 4'669 fr. 50 et 7'480 fr. 95 étaient toujours en attente de paiement auprès de la plateforme. Le versement avait été interrompu en raison de mauvaises coordonnées bancaires. Cette pièce est postérieure à l'audience de première instance et elle a été invoquée avec la diligence requise, soit en l'espèce à l'appui du mémoire d'appel, ce qui respecte les conditions posées à l'art. 317 CPC. Elle est dès lors recevable et il en sera tenu compte dans la mesure utile.

Quant aux trois pièces produites par l'intimée, il s'agit de deux pièces de forme qui sont recevables et d'une troisième pièce nouvelle, à savoir un courriel du 13 mars 2021 de [...], indiquant écrire au nom de l'intimée à la plateforme Y. _____ concernant les montants précités. Ce document est postérieur à l'ordonnance entreprise et il est invoqué sans retard. La pièce est par conséquent recevable et sera reprise ci-après dans la mesure utile.

3.

3.1 Selon l'art. 85a al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non, le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé. Les rôles dans le procès sont inversés : le poursuivi est le demandeur et le poursuivant est le défendeur, mais les règles ordinaires sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]) demeurent applicables. Il appartient ainsi au créancier de prouver sa créance (Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution, 3^e éd., Berne 2016, nn. 163 et 180, pp. 140 et 144 ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 1-88, Lausanne 1999, n. 37 ad art. 85a LP), le débiteur poursuivi devant quant à lui alléguer et prouver les faits destructeurs ou modificateurs, soit ceux qui entraînent l'extinction ou la modification de la créance (Gilliéron, *op. cit.*, n. 38 ad art. 85a LP). L'adversaire de la partie, qui a le fardeau de la preuve, n'a pas l'obligation, mais a le droit de faire administrer les moyens de preuve propres à éveiller dans l'esprit du juge des doutes sérieux quant à l'exactitude des allégations de la partie chargée du fardeau de la preuve. La contre-preuve réussit donc dès qu'il y a doute sérieux car le juge n'étant pas convaincu, la preuve principale n'est pas rapportée (Gilliéron, *op. cit.*, n. 40 ad art. 85a LP). En principe, le degré de preuve requis est la certitude. Le juge peut cependant se contenter de la haute vraisemblance s'agissant de faits négatifs, de faits qui en eux-mêmes peuvent être prouvés, mais dont les moyens de preuve font défaut en l'espèce ou ne sont pas en possession de la partie qui a la

charge de la preuve ou de faits difficiles à prouver en raison de leur nature même (Gilléron, *op. cit.*, n. 41 ad art. 85a LP).

3.2 En vertu de l'art. 85a al. 2 ch. 2 LP, en cas de poursuite par voie de faillite, le juge ordonne la suspension provisoire de la poursuite après la commination de faillite si, après avoir entendu les parties et examiné les pièces produites, il estime que la demande est très vraisemblablement fondée. Lorsque la suspension de la poursuite a été ordonnée, notamment par le juge selon l'art. 85a al. 2 LP, le juge ajourne sa décision sur le jugement de faillite (art. 173 al. 1 LP). Selon la jurisprudence, si le poursuivi a ouvert action en annulation ou en suspension de la poursuite et demandé la suspension provisoire de la poursuite (art. 85a al. 2 LP), le juge de la faillite ne doit pas ouvrir la faillite avant de connaître le sort de la requête de suspension de la poursuite (ATF 133 III 684 consid. 3.2 ; TF 4A_286/2020 du 25 août 2020 consid. 3.1).

L'art. 85a al. 2 LP permet ainsi au poursuivi d'obtenir la suspension provisoire de la poursuite de façon à empêcher l'ouverture de sa faillite avant qu'il ne soit statué sur son action au fond, car à défaut de suspension, la faillite est susceptible d'être prononcée par le juge de la faillite, qui n'a pas le pouvoir de suspendre sa décision pour ce motif (cf. art. 173 LP ; TF 5A_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 2.1), et cela rend sans objet l'action en annulation de l'art. 85a al. 1 LP (ATF 140 III 289 consid. 1.1 ; TF 5A_712/2008 précité consid. 1.1). Ce droit à la suspension n'est toutefois pas inconditionnel, le juge n'ordonnant la suspension provisoire que si la demande en annulation ou en suspension de la poursuite de l'art. 85a al. 1 LP est très vraisemblablement fondée (TF 4A_580/2019 du 16 avril 2020 consid. 3.1 ; TF 5A_473/2012 du 17 août 2012 consid. 1.1 et les réf. citées). Cette condition n'est réalisée que lorsque les chances de gagner le procès sont nettement plus élevées pour le poursuivi que pour le poursuivant (TF 4A_580/2019 précité consid. 3.1 : « *Sehr wahrscheinlich begründet* » *bedeute, dass die Prozesschancen des Schuldners als deutlich besser erscheinen müssten als jene des Gläubigers* »). Le degré de preuve requis dépasse la simple

vraisemblance, sans pour autant que la certitude soit requise (Gilléron, *op. cit.*, n. 71 ad art. 85a LP).

4.

4.1 L'appelant fait tout d'abord valoir un état de fait erroné. Il reproche au premier juge d'avoir considéré que les rapports de travail avaient pris fin le 11 février 2020 en se fondant sur le courrier du 6 mars 2020 du Chef de la police du commerce, qui mentionnait que « depuis le 11 février dernier, le dernier exploitant officiel de l'établissement n'assume plus aucun rôle, ni aucune responsabilité dans l'établissement. En l'absence de toute forme de patente, l'établissement devrait donc demeurer fermé ». L'appelant expose avoir renoncé à la patente car l'intimée ne lui aurait pas fourni les documents dont il avait besoin. L'intimée n'aurait par ailleurs pas allégué avoir résilié le contrat avec effet immédiat ni en février 2020 ni en décembre 2019. La seule pièce produite relative à la fin des rapports de travail serait la lettre de l'appelant du 9 mars 2020.

Pour sa part, l'intimée invoque que l'appelant aurait abruptement mis fin au contrat liant les parties en novembre 2019, qu'il n'aurait jamais réellement travaillé pour le compte de l'intimée, K. _____ ne l'ayant vu qu'à trois reprises alors qu'elle-même était tous les jours au café, et que le contrat du 1^{er} septembre 2019 aurait été simulé, le véritable contrat étant celui passé le 10 septembre 2019.

4.2 En l'occurrence, on constate en premier lieu qu'hormis les déclarations de K. _____, unique associée gérante de l'intimée, rien au dossier n'établit que l'appelant n'aurait jamais réellement travaillé pour l'intimée et qu'il aurait abandonné son poste de manière abrupte. En particulier, l'intimée a établi des décomptes de salaire en faveur de l'appelant en septembre et octobre 2019 et lui a versé le montant de 6'162 fr. 05 chaque mois, de septembre à novembre 2019. Il paraît fortement douteux que l'intimée ait pu accepter de payer des salaires, en particulier de cette importance, sans obtenir de contre-prestations en

retour. Au vu des heures de travail alléguées par l'appelant et le salaire versé, on constate qu'il a bel et bien fourni un travail donnant lieu à un salaire et ce, même après novembre 2019 au vu du courrier du 6 mars 2020 précité. Concernant la convention datée du 10 septembre 2019, elle prévoit aussi un paiement mensuel de 1'000 fr. (chiffre 1) et la facturation d'un travail supplémentaire éventuellement fourni (chiffre 2). L'argument de l'intimée selon lequel les salaires étaient versés à l'appelant dans le but qu'ils soient ensuite partiellement rétrocédés conformément au chiffre 3 du contrat du 10 septembre 2020 ne peut pas non plus être suivi. Il n'est en effet pas plausible qu'une partie s'engage à payer une somme importante, plusieurs mois durant, en l'espèce plus de 5'000 fr. de différence entre le prétendu salaire simulé et le soi-disant paiement réellement voulu, dans l'attente d'une rétrocession, sans avoir de garantie de pouvoir réclamer l'argent. Il n'y a du reste aucun document au dossier faisant état d'une éventuelle rétrocession et le libellé du chiffre 3 du contrat précité ne peut être interprété de manière univoque dans le sens que l'intimée entend lui donner. La simulation de l'accord invoquée par l'intimée ne convainc donc pas non plus. L'intimée mentionne du reste dans son mémoire de réponse un devoir de rendre compte et de restituer de l'appelant, ce qui confirme par surabondance un rapport de travail. Par ailleurs, il ressort du courrier du 6 mars 2020 du Chef de la police de commerce que l'appelant assumait son rôle d'« exploitant officiel de l'établissement » et ses responsabilités à tout le moins jusqu'au 11 février 2020. Il n'est dès lors pas rendu même vraisemblable que la fin des rapports de travail serait survenue fin novembre 2019, ou même avant le 11 février 2020, comme le retient à juste titre le premier juge.

Se pose la question de la continuation des rapports de travail après le 11 février 2020. Le courrier du 6 mars 2020 permet de retenir que l'appelant n'assumait plus le rôle ni les responsabilités de l'exploitant officiel de l'établissement à partir du 11 février 2020 et que la patente n'a pas été renouvelée au nom de l'appelant. Cela étant, on ne peut considérer, comme le voudrait l'intimée, que l'appelant avait déclaré à la police du commerce, un mois auparavant déjà, ne plus travailler pour l'intimée. Aucune pièce au dossier n'étaye ces allégations et cela ne

ressort pas du courrier du 6 mars 2020. A cela s'ajoute que l'appelant a déclaré en audience avoir travaillé jusqu'à fin mars 2020 et a produit des décomptes d'heures travaillées. Bien que ces éléments doivent être appréciés avec réserve s'agissant d'allégations de parties, il n'en demeure pas moins que le dossier ne comporte pas de courrier ou même de courriel ou de SMS de sommation demandant à l'appelant de reprendre son poste ni de résiliation des rapports de travail de la part de l'intimée. L'appelant invoque dès lors à raison que l'ordonnance litigieuse ne pouvait retenir la fin des rapports de travail le 11 février 2020 en se fondant sur un unique courrier qui ne concerne pas directement les rapports de travail entre l'appelant et l'intimée. Il en sera tenu compte ci-après.

Au demeurant, la fin éventuelle de la présence de l'appelant dans les locaux du café n'impliquait pas, qui plus est de manière très vraisemblable, la fin des rapports de travail dès cette date. On ne saurait ni le présumer ni le retenir faute d'éléments convaincants.

5.

5.1 Sous l'angle de la violation du droit, l'appelant allègue que les arguments défavorables à l'intimée retenus par la décision attaquée - à savoir le versement du salaire durant trois mois alors que l'intimée prétend n'avoir vu l'appelant qu'à trois reprises au café, l'absence de pièce démontrant que l'appelant ne se serait pas présenté au travail, la production du contrat du 10 septembre 2019 la première fois le 13 janvier 2021 sans avoir été mentionné auparavant et le fait que ledit contrat ne permette pas de libérer l'intimée des prétentions que l'appelant fait valoir à son encontre - suffiraient en soi à rejeter la requête, dès lors que la demande en annulation de la poursuite ne serait pas très vraisemblablement fondée.

Par ailleurs, le premier juge aurait retenu à tort selon l'appelant que la créance de 12'150 fr. invoquée par l'intimée pour les paiements de la société Y. _____ aurait été rendue très vraisemblable.

L'inexistence de cette dette justifierait également de s'écarter de l'ordonnance litigieuse.

5.2

5.2.1 En l'espèce, l'appelant ne conteste pas les considérants de l'ordonnance entreprise relatifs au fait que l'intimée n'a pas rendu très vraisemblable l'admission de la demande en annulation de la poursuite pour la créance de salaire de décembre 2019 au 11 février 2020. Au vu des développements qui précèdent (consid. 4.2 *supra*), il n'y a pas lieu de revenir sur cette partie de la créance, l'intimée n'ayant en effet pas rendu hautement vraisemblable que sa demande en annulation de poursuite était fondée pour les salaires de décembre 2019 au 11 février 2020, les rapports de travail n'apparaissant pas avoir pris fin à cette dernière date.

Pour la période postérieure à cette date, il convient d'examiner si l'intimée, qui a introduit la procédure au fond afin que l'inexistence, subsidiairement l'extinction de la dette de 28'600 fr. objet de la poursuite n° [...], soit constatée en vertu de l'art. 85a al. 1 LP, a rendu très vraisemblable l'admission de sa demande en annulation de ladite poursuite concernant cette partie de la créance, le fardeau de la preuve incombant à l'intimée.

L'appelant a déclaré en audience avoir travaillé jusqu'à début mars 2020 pour l'intimée. Il a produit un décompte des heures travaillées durant les mois de février et mars 2020, décompte qui aurait été approuvé par K._____. Bien qu'il s'agisse de déclarations de parties, on ne saurait simplement les écarter et retenir comme hautement fondé que l'appelant n'avait plus de droit au salaire après le 11 février 2020. Le courrier du 9 mars 2020 de l'appelant par lequel il réclame les salaires dus jusqu'à fin février 2020 et impartit un délai de paiement, faute de résiliation immédiate des rapports de travail, est un élément supplémentaire remettant en doute le bien-fondé de la demande en annulation de la poursuite. Par ailleurs, l'intimée n'a aucunement rendu hautement vraisemblable un renvoi immédiat de l'appelant en février 2020, ni la fin des rapports de travail à cette date, ni que celui-ci n'aurait plus eu le droit

à un salaire à partir du 11 février 2020. Il convient par conséquent de retenir que l'intimée échoue à rendre très vraisemblable l'inexistence de la créance de salaire de l'appelant à partir du 11 février 2020 et partant, que sa demande en annulation de la poursuite devrait être admise avec une haute vraisemblance.

A cet égard, l'appelant fait aussi valoir que le premier juge a retenu à tort que le montant réclamé pour la fin du mois de février et le mois de mars 2020 constituait une prétention en réparation du préjudice pour licenciement injustifié, l'appelant ne pouvant pas prétendre au paiement du salaire pour une période postérieure au 11 février 2020. Dans la mesure où cette date, faute d'éléments probants, ne saurait être retenue comme celle de la fin des rapports de travail entre les parties et que l'intimée n'a pas rendu hautement vraisemblable que l'appelant n'avait plus le droit à un salaire après le 11 février 2020, l'appelant n'avait pas à invoquer dans la cause de l'obligation de la poursuite une éventuelle prétention en réparation du préjudice pour licenciement injustifié.

5.2.2 Concernant les montants ressortant de la facturation de la plateforme Y._____, la pièce produite en appel démontre que les sommes sont toujours détenues par ladite plateforme.

Il ressort en outre du dossier que le premier montant de 366 fr. 55 était un paiement dû par l'intimée à la plateforme, donc une dette de l'intimée et non un versement en sa faveur (cf. factures des 30 novembre et 31 décembre 2019). S'agissant du montant de 4'669 fr. 50, il a certes été versé sur le compte bancaire de l'appelant le 22 janvier 2020, mais l'extrait de compte produit montre qu'il a été retransféré le lendemain, ce qui est confirmé par la pièce produite en appel, de même que le courrier du 23 janvier 2020 adressé par l'appelant à Y._____. Pour ce qui est du dernier montant de 7'481 fr., aucun extrait de compte ne montre un versement en faveur de l'appelant et comme exposé, la plateforme a confirmé détenir ce montant.

Partant, l'intimée n'a pas rendu hautement vraisemblable qu'elle pouvait compenser la dette de 28'600 fr. avec ces montants, soit que sa demande en annulation devait être admise pour ce motif.

5.2.3 Par surabondance et pour autant que cette créance puisse être invoquée à titre de compensation dans le cadre du présent litige au vu de la procédure de poursuite ouverte séparément le 3 mars 2020 devant les autorités [...], l'intimée ne rend pas hautement vraisemblable l'extinction de la créance de salaire de 28'600 fr. par compensation avec le montant de 8'400 fr. réclamé à titre de part au loyer pour les mois de septembre 2019 à février 2020.

En effet, le contrat de travail signé par les parties le 1^{er} septembre 2019 précise, au chiffre 3 - comme par ailleurs la convention datée du 1^{er} septembre 2019, au chiffre 2 -, que toutes les factures liées à l'exploitation du café, dont font clairement partie les frais de location, devaient être remises sans délai à l'intimée qui devaient les payer ou les rembourser. On ne voit pas dans ces circonstances qu'il soit hautement vraisemblable que l'intimée puisse réclamer à l'appelant une part du paiement du loyer dû pour l'exploitation du café.

5.2.4 Au vu de ce qui précède, force est de constater que les éléments au dossier ne permettent pas de considérer que la demande en annulation prévue à l'art. 85a al. 1 LP serait très vraisemblablement fondée. L'autorité précédente a dès lors ordonné à tort la suspension de la poursuite n° [...].

6.

6.1 En définitive, l'appel doit être admis et l'ordonnance entreprise réformée en ce sens que la requête de mesures provisionnelles du 27 juillet 2020 est rejetée et le chiffre du dispositif ordonnant la suspension de la procédure supprimé.

6.2 Il ne sera pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 114 let. c CPC).

Vu l'issue de l'appel, l'intimée devra verser 4'000 fr. à l'appelant à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

6.3 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 (art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3]).

En l'espèce, Me Denis Schroeter, conseil de l'appelant, a produit sa liste des opérations le 27 avril 2021 et a annoncé avoir consacré 12 heures et 5 minutes au dossier. Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, il y a lieu d'admettre ce nombre d'heures dédié à la procédure d'appel. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Schroeter doit être fixée à 2'175 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 43 fr. 50 (art. 3bis al. 1 RAJ) et la TVA sur le tout par 170 fr. 80, soit 2'389 fr. 30 au total.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise provisoirement à la charge de l'Etat.

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

I. L'appel est admis.

II. L'ordonnance de mesures provisionnelles est réformée comme il suit :

« **I. REJETTE** la requête du 27 juillet 2020.

II. (Supprimé). »

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. L'intimée M. _____ Sàrl versera à l'appelant R. _____ la somme de 4'000 fr. (quatre mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

IV. L'indemnité d'office de Me Denis Schroeter, conseil de l'appelant R. _____, est arrêtée à 2'389 fr. 30 (deux mille trois cent huitante-neuf francs et trente centimes), TVA et débours compris.

V. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité de son conseil d'office mise provisoirement à la charge de l'Etat.

VI. L'arrêt, rendu sans frais judiciaires de deuxième instance, est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

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

- Me Denis Schroeter (pour R. _____),
- Me Jonathan Rey (pour M. _____ Sàrl),

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

- Monsieur le Président du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne.

La Juge déléguée de 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 :