

**CHAMBRE DES RECOURS**

---

---

Séance du 28 juillet 2010

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : MM. Denys et Krieger  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

**Art. 319 al. 2, 329d al. 2, 337, 337c al. 3, 337d al. 1, 356, 356c CO;  
452 al. 1 ter, 456a al. 1; 466 al. 1 CPC**

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **L.\_\_\_\_\_**, à Lausanne, demanderesse, et du recours joint interjeté par **S.\_\_\_\_\_ SA**, à Lausanne, défenderesse, contre le jugement rendu le 29 juin 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les parties.

Délibérant en audience publique, la cour voit :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 29 juin 2009, dont la motivation a été envoyée le 15 avril 2010 pour notification, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement les conclusions de la demanderesse L. \_\_\_\_\_ (I), dit que la demanderesse doit payer à la défenderesse S. \_\_\_\_\_ SA la somme de 23'707 fr. 30, sous déduction des cotisations sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008, ainsi que la somme de 6'000 fr. 60, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008 (II), fixé les frais de justice de chacune des parties à 1'812 fr. 50 (III), alloué à la demanderesse des dépens, par 4'866 fr. 75 (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, qui est le suivant :

"1. La demanderesse, L. \_\_\_\_\_, née le [...] 1952, a travaillé en qualité de nettoyeuse pour le compte de la défenderesse, S. \_\_\_\_\_ SA, entre le 1<sup>er</sup> septembre 1997 et le 16 avril 2008.

La défenderesse est une société active dans le domaine du nettoyage professionnel. Sa direction est assurée par A.C. \_\_\_\_\_, qui s'occupe principalement de tout ce qui a trait au domaine technique. Son épouse B.C. \_\_\_\_\_ est administratrice de la société; elle se charge entre autre de la gestion du personnel.

2. a) Le contrat d'engagement de la demanderesse du 27 août 1997, conclu pour une durée indéterminée, prévoyait qu'elle effectuerait des nettoyages du lundi au vendredi au B. \_\_\_\_\_ de 17h00/17h15 à 18h45/19h00 et à la X. \_\_\_\_\_ de 7h00 à 8h45 environ. Le salaire horaire prévu par le contrat était de fr. 13.10 pour l'activité effectuée au B. \_\_\_\_\_ et de fr. 14.- pour celle effectuée à la X. \_\_\_\_\_, vacances comprises.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2002 est entrée en vigueur pour une durée de trois ans, une convention collective de travail pour le secteur du nettoyage pour le canton de Vaud du 30 novembre 2001 (ci-après: CCTN VD). Par arrêté du 21 octobre 2002, le Conseil d'Etat du canton de Vaud a étendu la CCTN VD à l'ensemble du canton avec effet au 1<sup>er</sup> décembre 2002.

Par courrier du 24 avril 2003, la défenderesse a informé la demanderesse qu'une convention collective de travail pour le secteur du

nettoyage, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2002, était applicable dès le 1<sup>er</sup> avril 2003 aux rapports de travail entre les parties. Elle a notamment précisé à la demanderesse qu'elle appartenait à la catégorie professionnelle V (personnel effectuant des travaux d'entretien léger) et que son salaire horaire s'élèverait désormais à fr. 15.50.

La CCTN VD a été remplacée par la convention collective du secteur du nettoyage pour la Suisse romande (ci-après: CCTN R) et étendue à toute la région par arrêté du Conseil fédéral du 26 novembre 2004 avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2005.

b) Le nombre d'heures réalisées et, par conséquent, les salaires mensuels perçus par la demanderesse, ont constamment varié durant le temps qu'ont duré les rapports de travail. Le tableau ci-dessous présente un récapitulatif de ces différents éléments durant les cinq dernières années de service.

	Heures travaillées			Salaires horaires			Salaires reçus (CHF)
	Semaine	<i>Samedi</i>	<i>Dimanche</i>	Semaine	<i>Samedi</i>	<i>Dimanche</i>	
<b>avr.03</b>	96	-	-	15.50	-	-	1488
<b>mai.03</b>	96.5	-	-	15.50	-	-	1495.75
<b>juin.03</b>	97.25	-	-	15.50	-	-	1507.40
<b>juil.03</b>	100	-	-	15.50	-	-	1550
<b>août.03</b>	107	-	-	15.50	-	-	1658.50
<b>sept.03</b>	77.5	-	-	15.50	-	-	1201.25
<b>oct.03</b>	57.75	-	-	15.50	-	-	895.15
<b>nov.03</b>	42	-	-	15.50	-	-	651
<b>déc.03</b>	39.5	-	-	15.50	-	-	612.25
<b>janv.04</b>	34.5	-	-	16.30	-	-	562.35
<b>févr.04</b>	40.5	-	-	16.30	-	-	660.15
<b>mars.04</b>	39.5	-	-	16.30	-	-	643.85
<b>avr.04</b>	61.5	-	-	16.30	-	-	905.15
<b>mai.04</b>	62.5	-	-	16.30	-	-	919.80
<b>juin.04</b>	37	-	-	16.30	-	-	603.10
<b>juil.04</b>	33	-	-	16.30	-	-	537.90
<b>août.04</b>	164.25	-	-	16.30	-	-	2677.30
<b>sept.04</b>	0	-	-	16.30	-	-	0
<b>oct.04</b>	71	-	-	16.30	-	-	1157.30
<b>nov.04</b>	75.5	19	<b>20</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2229.45
<b>déc.04</b>	82	16	<b>16</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2154.20
<b>janv.05</b>	74.5	12	<b>24</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2162.35
<b>févr.05</b>	81	17	<b>20</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2272.70
<b>mars.05</b>	71.5	16	<b>16</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1983.05
<b>avr.05</b>	93.5	16	<b>24</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2564.85
<b>mai.05</b>	40.5	20	<b>24</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1793.75
<b>juin.05</b>	97.5	16	<b>20</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2518.45
<b>juil.05</b>	37.75	12	<b>15</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1312.25
<b>août.05</b>	96	20	<b>24</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2698.40
<b>sept.05</b>	95.5	8	<b>8</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1965.45
<b>oct.05</b>	26	-	-	16.30	-	-	423.80
<b>nov.05</b>	46.5	-	-	16.30	-	-	757.95
<b>déc.05</b>	50	3.5	<b>3.5</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	993.85

<b>janv.06</b>	99	17.5	<b>21</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2605.60
<b>févr.06</b>	50	14	<b>14</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1530.40
<b>mars.06</b>	8.25	14	<b>14</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	849.90
<b>avr.06</b>	38.75	10.5	<b>10.5</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1168.20
<b>mai.06</b>	10	-	-	16.30	-	-	163
<b>juin.06</b>	46	-	-	16.30	-	-	749.80
<b>juil.06</b>	70	-	-	16.30	-	-	1141
<b>août.06</b>	67.5	-	-	16.30	-	-	1100.25
<b>sept.06</b>	80	-	-	16.30	-	-	1304
<b>oct.06</b>	81.75	-	-	16.30	-	-	1332.55
<b>nov.06</b>							
(*)	112.25	-	-	16.30	-	-	1829.70
<b>déc.06</b>							
(*)	132.5	7	<b>7</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2629.15
<b>janv.07</b>							
(*)	71.5	17.5	<b>21</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	2157.35
<b>févr.07</b>	68.5	13.3	<b>13.25</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1793.65
<b>mars.07</b>	68	10.5	<b>10.5</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1644.95
<b>avr.07</b>	78.75	7	<b>7</b>	16.30	23.20	<b>27.90</b>	1641.35
<b>mai.07</b>	146	-	-	18.60	-	-	2715.60
<b>juin.07</b>	146.5	-	-	18.60	-	-	2724.90
<b>juil.07</b>	139	-	-	18.60	-	-	2585.40
<b>août.07</b>	163.5	-	-	18.60	-	-	3041.10
<b>sept.07</b>	152	-	-	18.60	-	-	2827.20
<b>oct.07</b>							
(*)	141.5	-	-	18.60	-	-	2631.90
<b>nov.07</b>							
(*)	159.5	-	-	18.60	-	-	2966.70
<b>déc.07</b>							
(*)	143.5	-	-	18.60	-	-	2669.10
<b>janv.08</b>							
(*)	137.75	-	-	18.60	-	-	2562.15
<b>févr.08</b>	140.25	-	-	18.60	-	-	2608.65
<b>mars.08</b>	139	-	-	18.60	-	-	2585.40
<b>avr.08</b>	147.75	-	-	18.60	-	-	2748.15

L'examen des relevés de comptes bancaires de la demanderesse auprès de la X. \_\_\_\_\_ et de la N. \_\_\_\_\_ laisse apparaître que cette dernière a notamment bénéficié de prestations de l'assurance chômage chaque mois de l'année 2004. Il révèle également qu'elle s'est vue verser un salaire par la société W. \_\_\_\_\_ en novembre et décembre 2004.

c) S'agissant des vacances, la demanderesse ne les a plus prises régulièrement à partir de 2005, principalement pour des raisons financières. Elle a ainsi demandé à plusieurs reprises à Madame B.C. \_\_\_\_\_ de percevoir une indemnité en lieu et place de ses jours de vacances. La demanderesse a perçu à ce titre fr. 2063.30 en 2005, fr. 1132.85 en 2006, et fr. 790.50 en 2008. En 2007, elle a pris 11 jours de vacances sur les 22 auxquels elle avait droit et reçu une indemnité de fr. 1004.80.

Il y a lieu de préciser que les fiches de salaire de la demanderesse intégraient les indemnités versées pour vacances non prises à son temps de travail. Afin d'éviter toute confusion, le tableau ci-

dessus présente le nombre d'heures réellement effectuées par la demanderesse. Un astérisque indique les mois où un correctif a été opéré.

d) La CCTN R a introduit le versement d'un treizième salaire dès son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. La demanderesse a reçu à ce titre fr. 472.75 en 2005, fr. 555.- en 2006, fr. 1841.- en 2007, et fr. 669.- en 2008.

3. Les relations entre la demanderesse et la direction de la défenderesse ont été harmonieuses durant toute la durée des rapports de travail. Madame B.C. \_\_\_\_\_ a notamment soutenu son employée lors de son divorce et s'est montrée arrangeante lorsque celle-ci se trouvait dans une situation financière difficile.

En avril 2008, la demanderesse a souhaité effectuer une formation dans le domaine de la santé auprès de la Croix-Rouge. Pour pouvoir réaliser une telle formation, un stage préalable dans une institution de soin était nécessaire. La demanderesse a alors adressé à la société V. \_\_\_\_\_ SA une demande pour effectuer un stage de cinq jours du 16 au 20 avril 2008. Par courrier du 9 avril 2008, cette société lui a répondu qu'il n'y avait pas de place à l'EMS [...] Il à cette période, mais que, si elle le souhaitait, elle pouvait effectuer son stage auprès de l'EMS [...] au Mont-sur-Rolle.

Le 15 avril 2008 à 15 heures, la demanderesse s'est présentée dans le bureau de la direction afin de demander à Madame B.C. \_\_\_\_\_ un congé pour lui permettre de suivre ledit stage dès le lendemain. Celle-ci lui a tout d'abord demandé depuis quand elle savait à quelles dates devait se dérouler ce stage et pourquoi elle n'était pas venue lui en parler plus tôt. La demanderesse lui a répondu qu'elle connaissait les dates depuis environ deux semaines et qu'elle ne savait pas pourquoi elle n'était pas venue plus tôt. Madame B.C. \_\_\_\_\_ lui a expliqué qu'elle n'entendait pas lui accorder de congé au vu de la tardiveté de sa demande. Elle a notamment justifié son refus par le fait qu'elle était dans l'impossibilité de trouver quelqu'un pour la remplacer. Elle a encore demandé à la demanderesse s'il ne lui était pas possible de déplacer son stage. Cette dernière a catégoriquement refusé et a déclaré qu'elle y participerait même si elle n'obtenait pas le congé demandé. Madame B.C. \_\_\_\_\_ l'a averti que si elle ne venait pas travailler le lendemain, son attitude serait considérée comme un abandon d'emploi et qu'elle entraînerait la fin immédiate des rapports de travail. La demanderesse est restée sur sa position. La défenderesse l'a alors invitée à bien réfléchir et à la contacter dès le lendemain à la première heure pour lui faire part de sa décision.

Aux dires de Monsieur A.C. \_\_\_\_\_, qui a assisté à la discussion du 15 avril 2008, la demanderesse se serait violemment emportée après le refus de son épouse et aurait vociféré qu'elle n'en avait "*rien à foutre*" si elle était licenciée. Ces déclarations doivent cependant être appréciées avec circonspection, tant il semble peu probable que la demanderesse, d'un tempérament en apparence plutôt calme, puisse s'emporter de la sorte devant ses employeurs. Il ne fait en revanche aucun doute qu'elle a exprimé clairement et fermement son intention d'effectuer

son stage coûte que coûte. Aux dires de sa fille, elle ne pensait pas que la défenderesse allait réellement la licencier.

S'agissant des raisons ayant poussé la demanderesse à ne pas formuler sa demande de congé plus tôt, celle-ci a expliqué par la suite qu'elle craignait la réaction de sa supérieure. Cette dernière estime pour sa part que son employée n'avait aucune raison d'être inquiète. Avis partagé par J.\_\_\_\_\_, contremaître chez la défenderesse, qui a déclaré que les employés n'ont pas à craindre Madame B.C.\_\_\_\_\_ qui est toujours à leur écoute et tente dans toute la mesure du possible d'être arrangeante. S'il semble établi que Madame B.C.\_\_\_\_\_ est une supérieure faisant généralement preuve de bienveillance à l'égard de ses employés, il n'en demeure pas moins que certains de ces derniers peuvent parfois appréhender le fait de demander une faveur à leur employeur. Dans le cas particulier, on peut admettre que la demanderesse était inquiète à l'idée d'aller faire part de sa requête à sa patronne et que c'est pour cette raison qu'elle a tardé à la formuler; autre est la question de savoir si cet élément est propre à excuser ou non son comportement.

Dans la soirée du 15 avril 2008, F.\_\_\_\_\_, également employée de la défenderesse, a téléphoné à la demanderesse. Elle souhaitait prendre de ses nouvelles après que Madame B.C.\_\_\_\_\_ l'ait contacté pour lui demander de la remplacer le lendemain sans toutefois lui donner les raisons de son absence. La demanderesse lui a alors expliqué qu'elle avait eu une dispute avec cette dernière l'après-midi même au sujet d'une demande de congé et qu'elle s'était faite licencier.

La demanderesse ne s'est pas présentée à son poste le 16 avril 2008 et n'a pas pris contact avec la direction. Après avoir encore tenté sans succès de la joindre par téléphone, la défenderesse lui a adressé un courrier le jour même pour lui signifier qu'elle considérait son attitude comme un abandon de poste et qu'elle ne faisait dorénavant plus partie du personnel. Elle l'a invitée à restituer les clefs en sa possession, ses fiches d'heures, ses blouses (lavées et repassées), ainsi que son badge afin de pouvoir établir son décompte final de salaire.

La demanderesse a effectué son stage auprès de l'EMS [...] les 16, 17, 18, 21 et 22 avril 2008. Elle n'a pas repris contact avec la défenderesse.

A la suite de ce stage, elle a travaillé quelque temps comme aide-cuisinière auprès de l'EMS précité, puis comme femme de chambre. Aux dires de sa fille, elle n'exerce plus aucune activité depuis le mois d'août 2008 et vivait, en mai 2009, de l'aide sociale.

4. Par demande du 4 juillet 2008, L.\_\_\_\_\_ a pris les conclusions suivantes, avec suite de dépens :

I. S.\_\_\_\_\_ SA est débitrice de L.\_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de 67'730 francs (septante-deux mille cent trente-huit)(sic) sous déduction des cotisations d'assurances sociales, plus intérêts à 5% l'an dès le 16 avril 2008.

II. S.\_\_\_\_\_ SA est débitrice de L.\_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de 5'403 francs (cinq mille quarante-trois)(sic), plus intérêts à 5% l'an dès le 16 avril 2008.

Dans sa réponse du 8 septembre 2008, la défenderesse a conclu au rejet des conclusions de la demanderesse.

5. L'audience de jugement s'est tenue le 28 mai 2009 en présence des parties et de leurs conseils respectifs. A cette occasion, cinq témoins ont été entendus; les éléments pertinents de leurs témoignages ont été intégrés dans le présent état de fait."

En droit, les premiers juges ont considéré que l'on se trouvait en présence d'un contrat de travail à temps partiel irrégulier et que la défenderesse était passée de la catégorie V à la catégorie III au sens de la CCTN VD et R le 1<sup>er</sup> mars 2005. Ils ont admis que la demanderesse n'avait pas abandonné son emploi au sens de l'art. 337d CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) et que le congé donné avec effet immédiat par la défenderesse n'était pas justifié.

**B.** L.\_\_\_\_\_ a recouru contre ce jugement en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que la défenderesse doit lui payer la somme de 67'730 fr., sous déduction des cotisations d'assurances sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008, ainsi que la somme de 5'403 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008.

Dans son mémoire, la recourante a développé ses moyens et modifié ses conclusions en ce sens que la défenderesse doit lui payer la somme de 47'232 francs 05, sous déductions des cotisations sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008, ainsi que la somme de 6'000 fr. 60 avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008. Elle a requis la production d'un lot de pièces.

L'intimée S.\_\_\_\_\_ SA a conclu, avec dépens, au rejet du recours, et par voie du recours joint à sa réforme en ce sens qu'elle ne doit payer à la demanderesse que la somme de 1'352 fr. 95 avec intérêt à 5 % l'an dès le 4 juillet 2008. Elle a produit un bordereau de pièces.

La recourante principale a conclu, avec dépens, au rejet du recours joint.

### **En droit :**

**1. a)** Les art. 444, 445 et 452 ch. 2 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11) ouvrent la voie des recours en nullité et en réforme contre les jugements principaux rendus par un tribunal d'arrondissement.

Le recours principal, uniquement en réforme, interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

**b)** L'art. 466 al. 1 CPC ouvre la voie du recours joint dans le délai de mémoire de réponse en cas de recours en réforme. Le recours joint tend à la réforme du jugement au détriment du recourant principal.

La recourante principale conteste la qualité de recours joint des conclusions de la recourante par voie de jonction prises dans le mémoire responsif du 2 juin 2010.

Nonobstant les termes du dispositif du jugement, et vu les considérants de celui-ci, les premiers juges ont condamné la recourante par voie de jonction à payer à la recourante principale les sommes de 23'707 fr. 30 et 6'000 fr. 60. Dans la mesure où la recourante par voie de jonction conclut à ce qu'elle ne soit reconnue débitrice que de la somme de 1'352 fr. 95, elle entend voir réformer le jugement en défaveur de la demanderesse, conclusion qui correspond à la définition du recours joint posé par l'art. 466 al. 1 CPC.

En conséquence, le recours joint, interjeté en temps utile, est recevable.

**2.** Saisie d'un recours en réforme contre un jugement principal rendu en procédure accélérée par un tribunal d'arrondissement, la Chambre des recours revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC). Les parties ne peuvent toutefois articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux qui résultent du dossier et qui auraient dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'art. 456a CPC (art. 452 al. 1 ter CPC).

Ainsi, le Tribunal cantonal revoit la cause en fait et en droit sur la base du dossier, sans réadministration des preuves déjà administrées en première instance. Il développe donc son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant au dossier et l'avoir, le cas échéant, corrigé ou complété au moyen de celles-ci. Il n'ordonne une instruction complémentaire, ou n'annule d'office le jugement (art. 456a al. 2 CPC), que s'il éprouve un doute sur le bien-fondé d'une constatation de fait déterminée, s'il constate que l'état de fait du jugement n'est pas suffisant pour juger la cause à nouveau ou s'il relève un manquement des premiers juges à leur devoir d'instruction, et à condition encore que les preuves figurant au dossier ne permettent pas de remédier à ces vices. Au demeurant, vu le caractère exceptionnel que la loi confère à l'instruction complémentaire et compte tenu de l'atteinte que l'ouverture d'une telle instruction porte à la garantie de la double instance, le Tribunal cantonal ne peut ordonner que des mesures d'instruction limitées, telle la production d'une pièce bien déterminée au dossier ou l'audition d'un témoin sur un fait précis; si les mesures à prendre sont plus importantes, quantitativement ou qualitativement, le Tribunal cantonal annulera d'office le jugement (JT 2003 III 3).

La production de pièces nouvelles en seconde instance est exclue, à moins qu'elle intervienne dans le cadre d'une instruction complémentaire ordonnée par le Tribunal cantonal en application de l'art. 456a CPC. La production d'une pièce nouvelle ne doit pas alourdir

l'instruction du recours et être admise restrictivement eu égard à la double instance touchant à l'appréciation des faits; elle constitue cependant la mesure d'instruction la plus aisément admissible dans ce cadre restrictif (CREC I 13 mai 2009 / 207 et référence; JT 2003 III 16, c. 2c).

La recourante principale requiert la production par la recourante par voie de jonction de ses fiches de salaire pour la période courant de 1997 à novembre 2002, afin d'établir qu'en sus de l'horaire contractuel, il arrivait à la recourante par voie de jonction de lui confier d'autres tâches. Toutefois, les constatations que les premiers juges ont faites sous chiffre 2 de la partie "en fait" du jugement n'apparaissent pas douteuses ni incomplètes et les premiers juges n'ont pas manqué à leur devoir d'instruction d'office sur ce point. Les conditions posées par la jurisprudence à la mise en œuvre d'une instruction complémentaire ne sont dès lors pas remplies et la réquisition de la recourante principale doit être rejetée. Il appartenait à celle-ci de requérir la mesure d'instruction en cause en première instance.

En revanche les convention collectives de travail produites par la recourant par voie de jonction sont recevables. En effet, elles doivent être assimilées à des normes dont la production est admise (cf. Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, n. 5 ad art. 452 CPC, p. 690).

Pour le surplus, l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées.

**3.** La recourante principale soutient que le contrat entre parties constitue un contrat de travail sur appel, vu la variation importante de l'horaire mensuel et du salaire versé, et qu'en conséquence, la recourante par voie de jonction doit l'indemniser pour les mois où le temps de travail a été inférieur à la moyenne durant la période courant du mois d'avril 2003 au mois de mars 2008.

Selon la doctrine et la jurisprudence, le contrat de travail sur appel (en allemand : KAPOVAZ; kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) se caractérise par le fait que le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur et ne peut refuser l'appel de celui-ci (CREC I du 10 mai 2000 publié in Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2001, p. 333 et références; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, n. 2.4 ad art. 319 CO, p. 30; Carruzo, Le contrat individuel de travail, 2009, n. 13 ad art. 319 CO, p. 11; Wyler, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 71; Portmann, Basler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, n. 19 ad art. 321 CO, p. 1770; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, n. 18 ad art. 319 CO, p. 92; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, n. 6 ad Travail à temps partiel, p. 409).

Si ce critère n'est pas réalisé et que néanmoins le temps de travail est partiel et n'est pas fixé de manière régulière, l'on se trouve en présence de travail à temps partiel irrégulier (uneigentliche Teilzeitarbeit) qui se distingue du travail occasionnel ou auxiliaire par l'existence d'un rapport contractuel de base d'une certaine durée (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.3 ad art. 319 CO, p. 29; Carruzo, op. cit., n. 12 ad art. 319 CO, p. 10; Wyler, op. cit., p. 132-133; Streiff/von Kaenel, loc. cit.; Egli, Neue Tendenzen bei Teilzeitarbeit, in Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 2000, p. 205 ss spéc., p. 208). Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut être tenu de garantir au travailleur un temps de travail minimum et le travailleur ne peut réclamer, même pendant le délai de résiliation un salaire correspondant à la moyenne des heures effectuées antérieurement (Favre/Munoz/Tobler, loc. cit. et références; Egli, loc. cit. et référence, Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 18 ad art. 319 CO, pp. 94-95).

En l'espèce, les premiers juges ont considéré que l'activité déployée par la recourante principale ne relevait pas du travail sur appel à proprement parler, mais uniquement du travail à temps partiel. A l'appui de cette appréciation, ils ont relevé que la recourante principale n'avait pas l'obligation de se tenir à disposition de la recourante par voie de

jonction en dehors de ses horaires de travail, que le fait que son temps de travail pouvait varier de manière importante n'empêchait pas que celui-ci était généralement défini à l'avance, que la recourante principale ne se trouvait donc jamais dans une situation d'attente d'un éventuel appel de son employeur auquel elle devait être en mesure de donner suite immédiatement, qu'il lui était dès lors loisible, durant son temps libre, d'exercer son activité de nettoyeuse pour son propre compte ou pour celui d'autres sociétés de nettoyage, ce qu'elle avait d'ailleurs fait durant les mois de novembre et décembre 2004 auprès de W.\_\_\_\_\_ (cf. jugement, p. 19). Les différents éléments factuels précités sont conformes au dossier. On ne saurait en particulier retenir que la recourante principale était soumise à l'obligation de se tenir à disposition de la recourante par voie de jonction sans prévisibilité quant à ses périodes d'activité. La pièce n° 115 du bordereau de la défenderesse du 8 septembre 2008 fait au contraire état d'horaires planifiés à l'avance. Dans ces conditions, l'appréciation du tribunal peut être confirmée et les prétentions de la recourante principale en indemnisation pour les heures mensuelles manquantes par rapport à la moyenne des heures des mois d'avril 2003 à mars 2008 doivent être rejetées, de même que les prétentions en vacances et treizième salaire y relatives.

Au demeurant, ainsi que le relèvent Streiff et von Kaenel (op. cit., n. 18 ad art. 319 CO, pp. 93-94 et références), le Tribunal fédéral a certes dit qu'en présence d'un contrat de travail sur appel, le temps durant lequel le travailleur se met à disposition de l'employeur doit être indemnisé et que le salaire versé durant le délai de congé doit au moins égaler la moyenne des salaires antérieurs, mais n'a pas tranché le point, controversé en doctrine, de savoir si, pendant la durée des rapports contractuels, le travailleur peut prétendre à une certaine quantité de travail. Cette retenue s'explique, selon ces auteurs, par la tension résultant de la contradiction entre le fait de considérer le travail sur appel comme licite et le principe déduit de l'art. 324 CO selon lequel le risque de l'entrepreneur ne doit pas être mis à la charge du travailleur. La recourante principale ne pourrait donc déduire un droit direct à ses prétentions de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

D'ailleurs, la rémunération à laquelle elle prétend aurait dû être appréciée en fonction d'une moyenne d'heures calculée non pas sur toute la période d'avril 2003 à mars 2008, mais année par année, voire semestre par semestre (cf. art. 37 al. 1 à 3 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage; RS 837.02] appliqué par analogie, ATF 125 III 65 c. 5 in fine).

Les conclusions de la recourante principale doivent être rejetées sur ce point.

**4.** La recourante principale soutient qu'elle a droit à un montant de 1'756 francs 60 à titre d'indemnité de vacances, alors que les premiers juges ne lui auraient alloué que 280 fr. 40 à ce titre.

La recourante par voie de jonction, se fondant sur la pièce n° 114, soutient que c'est un montant de 2'464 fr. 50 qui a été versé à la recourante principale pour l'année 2007 et non celui de 1'004 fr. 80 retenu par les premiers juges.

L'art. 19 ch. 5 CCTN R prévoit que le montant du salaire afférent aux vacances est de 9,25 % du salaire AVS pour les employés qui, comme la recourante principale, ont droit à quatre semaines et deux jours de vacances par année.

Les premiers juges ont retenu qu'en 2007, la recourante principale a pris onze jours de vacances et a reçu un montant de 1'004 fr. 80 en compensation pour les onze jours non pris. Ils ont relevé que le pourcentage prévu à l'art. 19 ch. 5 CCTN R ne s'appliquait que lorsque le travailleur renonçait à l'intégralité de ses vacances, mais que, lorsque le travailleur avait pris une partie de celles-ci, il fallait appliquer un autre taux. Ils ont en l'occurrence appliqué un taux de 4,4 % obtenu en divisant le nombre de jours de vacances non pris (11 jours), par 249, soit le nombre de jours ouvrables dans une année, (260 jours, soit 5 jours x 52

semaines) moins onze jours de vacances non pris. Appliquant ce taux au salaire de 32'884 fr. 55, les premiers juges sont parvenus à un montant de 1'450 fr., ce qui laissait à la recourante principale un solde dû pour 2007 de 445 fr. 40, compte tenu des 1'004 fr. 80 déjà versés (cf. jugement, pp. 25-26).

Dès lors que la recourante principale a pris onze jours de vacances en 2007, il est vrai que, comme l'indique le tribunal, le taux de 9,25 % prévu par la convention collective ne peut lui être appliqué. Toutefois, le calcul opéré par les premiers juges est erroné. En effet, pour calculer le rapport entre les jours de congé et les jours de travail, il convient de prendre ces derniers comme base de comparaison et non l'année civile entière (par exemple le taux de 8,33 % pour quatre semaines de vacances correspond à la fraction : 4 semaines de vacances divisées par 48 semaines de travail (cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 4 ad art. 329d CO, pp. 174-175). D'ailleurs le taux de 9,25 % prévu par la convention collective pour quatre semaines et deux jours de vacances est le résultat arrondi du calcul suivant : 22 jours de vacances : 238 jours travaillés (soit 260 jours ouvrables civils - 22 jours de vacances). En outre, comme chaque jour de vacances donne lieu à une même indemnité, le rapport entre jours de vacances non pris et jours de vacances prévus contractuellement est applicable au calcul de l'indemnité pour les premiers. Dans le cas particulier, la recourante principale n'a pas pris onze jours de vacances sur les vingt-deux qui lui étaient octroyés. L'indemnité à verser correspond donc à la moitié de celle due pour toute l'année, soit 4,625 % (9,25 : 2) de 32'884 fr. 55, ce qui donne comme résultat le montant de 1'520 fr. 90.

La recourante par voie de jonction se prévaut en vain de la pièce n° 114, car cette pièce a été établie par elle pour les besoins de la cause et ne vaut dès lors pas preuve des montants versés. Au demeurant, elle indique que onze jours de vacances ont été payés et onze pris par l'employée. De manière contradictoire, elle indique qu'un montant de 2'464 fr. 50, correspondant à vingt-deux jours, aurait été payé à titre de vacances. Les pièces n° 108, savoir les décomptes mensuels, se

contentent d'indiquer que vingt-deux jours ont été "payés" en 2007 à titre de vacances, sans que l'on sache quel montant a été effectivement versé de ce chef. On peut admettre, sur la base de l'aveu de la recourante par voie de jonction que seuls onze jours ont été payés en espèces et que les décomptes, en indiquant les jours "payés" ne font pas de distinction entre les jours payés en espèces et ceux pris en nature. Au vu de ces éléments, on ne peut retenir sur la base de ces pièces que 2'464 fr. 50 (qui auraient correspondu à vingt-deux jours) ont été payés en espèces. Ces pièces ne permettent donc pas d'admettre un versement supérieur à celui de 1'004 fr. 80 retenu par les premiers juges.

La recourante principale ayant perçu à titre de vacances 1'004 fr. 80, il demeure un solde en sa faveur de 516 fr. 10, soit 70 fr. 70 de plus que ce qui a été alloué par le jugement.

Les conclusions de la recourante principale doivent être admises dans cette mesure sur ce point et le moyen de la recourante par voie de jonction rejeté.

**5. a)** La recourante soutient que, dès lors que la CCTN R n'a été étendue qu'avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2005, les premiers juges ne pouvaient, sans violer le principe de la non rétroactivité des lois, prendre en compte les périodes des mois de novembre et décembre 2004 pour trancher la question du changement de catégorie salariale de la recourante principale, ce changement ne devant intervenir, selon elle, qu'à partir du 1<sup>er</sup> mai 2007.

**b/aa)** L'annexe 2 à la CCTN VD, auquel renvoie l'art. 5 al. 1 CCTN VD définit six catégories de personnel : le personnel d'encadrement technique (I), le personnel qualifié en possession d'un CFC (II), le personnel avec quatre ans d'expérience (III), le personnel sans qualification (IV) le personnel effectuant des travaux d'entretien léger (max 22 h) (V) et les remplaçants (VI),

L'art. 4 CCTN R a repris les délimitations des catégories III, IV, V et VI de la CCTN VD.

L'art. 7 ch. 5 CCTN R dispose que, pour le cas où un travailleur à temps partiel effectue régulièrement pendant plus de quatre mois un nombre supérieur à celui prévu par son contrat initial, l'employeur doit lui modifier ledit contrat de travail dans les meilleurs délais. Si dans ce cas, la durée hebdomadaire du travail est supérieure à vingt-deux heures, cette modification du contrat entraîne le changement de catégorie du travailleur.

**bb)** La doctrine et la jurisprudence distinguent rétroactivité proprement dite et improprement dite. La première consiste dans l'application d'une règle de droit à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ATF 104 Ib 205 c. 6, TF 2C\_797/2009 du 20 juillet 2010 c. 4.1; Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, 1984, p. 147). La seconde consiste dans l'application d'une règle de droit à des faits survenus avant son entrée en vigueur mais qui se prolongent après celle-ci (ATF 122 III 113 c. 3b; TF 2C\_797/2009 précité, Moor, *Droit administratif*, vol. I 1994, p. 173; Grisel, *op. cit.*, p. 150).

En droit administratif, la rétroactivité proprement dite n'est admise qu'à des conditions restrictives : il faut qu'elle soit expressément prévue par la loi, qu'elle soit raisonnablement limitée dans le temps, qu'elle ne conduise pas à des inégalités choquantes, qu'elle se justifie par des motifs pertinents, c'est-à-dire qu'elle réponde à un intérêt public plus digne d'être protégé que les intérêts privés en jeu et, enfin, qu'elle respecte les droits acquis (ATF 125 I 182 c. 2b/cc; TF 2C\_797/2009 précité). En revanche la rétroactivité improprement dite est de manière générale admissible, sous réserve du respect des droits acquis (ATF 122 III 113 précité; TF 2C\_797/2009 précité, Grisel, *loc. cit.*).

En matière de droit des conventions collectives de travail, la doctrine admet que, pour ce qui est du contenu de la convention collective, les parties peuvent prévoir une rétroactivité proprement dite,

pour autant que le devoir visé puisse encore être exécuté dans le présent, que des actes du passé ne soient pas considérés de manière simulée comme n'ayant pas eu lieu et que les conditions posées en matière de droit administratif soient respectées. Par exemple, si une convention collective est étendue le 1<sup>er</sup> février et prévoit le versement d'une gratification à la fin de l'année, dite gratification sera versée si les rapports contractuels ont existé durant toute l'année civile, le mois de janvier étant pris en compte pour déterminer si la gratification est due (cas de rétroactivité improprement dite) (Stöckli, Berner Kommentar, 1999, n. 12 ad art. 356c CO, pp. 233-234 et références; Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, 2006, n. 18 et 19 ad art. 356c CO, pp. 199-200, qui appliquent l'art. 3 Tit. fin. CC pour justifier l'application de la convention collective aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de celle-ci).

En l'espèce, la prise en compte par les premiers juges des mois précédant l'extension de la CCTN R pour déterminer si les conditions de l'art. 7 ch. 5 CCTN R étaient réalisées constitue un cas de rétroactivité improprement dite, qui est admissible de manière générale. La recourante par voie de jonction ne démontre pas que cette prise en compte porte atteinte à ses droits acquis ni que cette rétroactivité a été exclue par les parties à la CCTN R ou par l'arrêté d'extension.

Les premiers juges n'ont ainsi pas violé le principe de non rétroactivité et le moyen de la recourante par voie de jonction doit être rejeté.

**6. a)** La recourante par voie de jonction fait valoir que l'attribution de la recourante principale à la catégorie IV prévue par l'art. 4 CCTN R dès le 1<sup>er</sup> mai 2007 a été admise lors des contrôles par la Commission paritaire cantonale, que saisie d'une demande d'interprétation, dite commission a constaté que la CCTN R dans son texte en vigueur au mois d'août 2008 ne réglait pas de manière suffisamment précise la question de l'affectation en catégorie IV ou III d'un travailleur et

qu'elle a dès lors posé une règle d'interprétation introduisant un stage nécessaire de vingt mois en catégorie IV avant de passer en catégorie III.

**b/aa)** Selon la jurisprudence, les clauses normatives d'une convention collective de travail – savoir celles qui ont un effet direct et impératif sur les contrats individuels entre les employeurs et les employés qu'elle lie – doivent être interprétées de la même manière qu'une loi (ATF 136 III 283 c. 2.3.1, ATF 127 III 318 c. 2a, JT 2001 I 381).

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore en relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique (ATF 136 III 283 précité et référence).

Dans les domaines de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, il ne faut pas exagérer la distinction entre les règles sur l'interprétation des lois et les règles sur l'interprétation des contrats; la volonté des cocontractants et ce que l'on peut comprendre selon le principe de la bonne foi constituent également des moyens d'interprétation (ATF 136 III 283 précité; ATF 133 III 213 c. 5.2, JT 2010 I 231).

**bb)** Selon la doctrine et la jurisprudence, le comblement des lacunes des dispositions normatives d'une convention collective est soumis aux mêmes conditions que celui des lacunes d'une loi, dans la mesure où les parties à celle-là ont de manière reconnaissable voulu

régler exhaustivement une matière; il convient en outre de tenir compte du fait que ces dispositions normatives posent en règle générale des minima et que le surplus est réglementé par le contrat individuel de travail (ATF 133 III 213 précité; Stöckli, op. cit., n. 139 ad art. 356 CO, pp. 128-129; Vischer/Albrecht, op. cit., n. 126 ad art. 356 CO, p. 103).

On est en présence d'une lacune proprement dite lorsque le législateur a omis de régler un point qu'il aurait dû traiter et que l'on ne peut déduire aucune solution de son texte ou de l'interprétation de son contenu (ATF 133 III 213 précité et références). En revanche, on parle d'une lacune improprement dite lorsque la loi donne une réponse, mais qu'elle n'est pas satisfaisante, notamment lorsque la qualification d'un fait résultant du texte clair de la loi apparaît comme insoutenable dans l'application du droit du point de vue téléologique. Le juge a pour tâche de combler les lacunes proprement dites et il lui est, selon la conception traditionnelle, interdit de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait de se prévaloir du sens littéral de la norme ne constitue un abus de droit. Il faut cependant prendre en considération le fait qu'avec la notion de lacune dans le chatoiement actuel de ses multiples facettes, la limite entre la recherche du droit par le juge à l'encontre du texte, mais conformément à la ratio legis, qui est admissible, et la correction de la loi par le juge, qui est en principe inadmissible, est facilement estompée (ATF 132 III 707 c. 2, JT 2007 I 61).

**c)** Les premiers juges n'ont pas retenu l'interprétation de la recourante par voie de jonction selon laquelle la catégorie V était réservée au personnel effectuant des travaux d'entretien légers, par opposition aux autres catégories qui supposeraient des travaux de nettoyage plus complexes, comme des travaux d'entretien général de bâtiment, de chantier ou nécessitant l'emploi de machinerie lourde. Ils ont relevé à cet égard que la CCTN R ne définissait pas ce qui devait être entendu par "travaux d'entretiens légers", mais que cette notion était uniquement liée à la catégorie de travailleurs V de l'art. 4 CCTN R, soit celle du personnel engagé sur la base de contrat de durée illimitée dont le temps de travail n'excède pas vingt-deux heures hebdomadaires. Il ressortait dès lors des

termes et de la construction de l'art. 4 CCTN R que le caractère léger du travail apparaissait davantage comme étant dû à sa limitation dans le temps qu'à sa complexité ou sa difficulté d'exécution. D'ailleurs, la recourante par voie de jonction admettait un passage dans la catégorie IV, qui comme la catégorie III n'était pas limitée au personnel effectuant des travaux légers. Rien ne justifiait dès lors qu'elle s'oppose au passage de la recourante principale en catégorie III en raison du type de travail que celle-ci effectuait. Ces considérations, complètes et convaincantes peuvent être confirmées par adoption de motifs (art. 471 al. 3 CPC). La convention collective genevoise invoquée par la recourante par voie de jonction ne permet pas de s'écarter de cette interprétation littérale et systématique. En effet, cette convention collective, qui définit expressément les activités des différentes catégories de personnel, est indépendante de la CCTN R et ne peut dès lors entrer en ligne de compte comme moyen d'interprétation.

Quant à l'avis de la Commission professionnelle pour le secteur du nettoyage, faisant suite à une demande du 30 juillet 2008 d'interprétation au sens de l'art. 24 al. 2 CCTN R, il constate que la convention ne réglait pas la question du changement de catégorie prévu par l'art. 7 ch. 5 CCTN R de façon suffisamment précise et donne la règle d'interprétation suivante en précisant que celle-ci sera introduite dans le texte de la convention au 1<sup>er</sup> janvier 2009 : "Lorsque la durée du travail d'un travailleur de catégorie V dépasse 22 heures, il passe en catégorie IV. S'il peut justifier d'une expérience dans le domaine du nettoyage de plus de 4 ans en catégorie V, il passera en catégorie III, mais après un stage de 20 mois d'activité en catégorie IV".

Les premiers juges se sont écartés de cette interprétation pour le motif qu'elle ne se bornait pas à trancher parmi différentes interprétations possibles de l'art. 7 ch. 5 CCTN R, mais avait introduit une notion parfaitement nouvelle en exigeant du travailleur qu'il réalise un stage de vingt mois d'activité en catégorie IV, comme préalable à son passage en catégorie III, notion qui ne ressortait en rien du texte de la CCTN R. Cette appréciation peut être confirmée. En effet, l'art. 7 ch. 5

CCTN R donne une réponse lorsqu'il prévoit que le travailleur à temps partiel change de catégorie lorsqu'il effectue régulièrement pendant plus de quatre mois un nombre d'heures supérieur à celui prévu par son contrat initial et que la durée hebdomadaire du travail est supérieure à vingt-deux heures. Le fait que cette solution ne soit pas satisfaisante dans la mesure où elle permet au travailleur de passer directement de la catégorie V à la catégorie III ne justifie pas ce qui apparaît comme une correction de la convention par la commission paritaire, ce d'autant que celle-ci n'explicite pas en quoi la "ratio legis" des art. 4 définissant les catégories et 7 ch. 5 CCTN R nécessiterait une interprétation allant à l'encontre de la lettre de ces dispositions. Ainsi, même si l'avis de la commission paritaire doit être pris en considération (cf. TF 4C.206/2003 du 5 novembre 2003 c. 3.1 et 3.2, cité par Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 20 ad Convention collective de travail, pp. 376-377), on ne saurait retenir que celle-ci pouvait de combler, par ce biais, une lacune improprement dite de la convention.

On ne saurait pas davantage considérer l'avis de la commission paritaire comme un motif sérieux de s'écarter de l'interprétation littérale de la convention collective dès lors qu'il n'explicite pas les raisons pour lesquelles cette solution a été choisie.

Le moyen de la recourante par voie de jonction tiré de l'interprétation de la CCTN R doit en conséquence être rejeté.

**7.** En définitive, l'appréciation des premiers juges selon laquelle la recourante principale est passée de la catégorie V à la catégorie III dès le 1<sup>er</sup> mars 2005 peut être confirmée, de même que le calcul du supplément de salaire, treizième salaire et indemnité de vacances dû qui en résulte, par 13'207 fr. 15, montant auquel il convient d'ajouter le montant de 70 fr. 70 retenu au considérant 4 ci-dessus, ce qui donne un total dû par la recourante par voie de jonction de 13'277 fr. 85.

**8.** La recourante par voie de jonction soutient que la recourante principale a abandonné son emploi sans justes motifs et qu'elle lui est en conséquence redevable de la somme de 724 fr. 50. Elle fait valoir que la recourante principale a été avertie le jour avant son stage qu'une éventuelle absence le lendemain serait considérée comme un abandon d'emploi sans justes motifs, qui entraînerait la fin des rapport de travail avec effet immédiat, que la recourante ne s'est pas présentée à son travail le jour dit et qu'elle n'a jamais repris contact avec elle.

Selon l'art. 337d al. 1 CO, lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire.

La jurisprudence a précisé que l'art. 337d al. 1 CO présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif de la part du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié (ATF 121 V 277 c. 3a; ATF 112 II 41 c. 2; TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006 c. 2.1; Duc/Subilia, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., n. 4 ad art. 337d CO, p. 655). La décision du travailleur d'abandonner son emploi doit apparaître nettement. Comme il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a entendu quitter sans délai son emploi, le premier doit, dans les situations peu claires, adresser au travailleur une mise en demeure de reprendre le travail (TF 4C.169/2001 du 22 août 2001 c. 3b/aa et références). Tel est le cas lorsque la déclaration du travailleur intervient sous le coup de la colère ou de l'excitation dans le cadre d'une altercation, lorsque le comportement de l'employeur a contribué dans une large mesure à faire sortir le travailleur de ses gonds (TF arrêt du 7 décembre 1999 in JAR 2000, p. 227; TF 4C.169/2001 précité c. 3b/bb; TF 4C.370/2001 du 14 mars 2002 c. 2b). Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut examiner s'il découle du comportement adopté par l'intéressé, c'est-à-dire d'actes concluants. Dans cette hypothèse, on se demandera si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi (TF

4C.303/2005 du 1<sup>er</sup> décembre 2005 c. 2.2 et références; Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 2 ad art. 337d CO, p. 790).

En l'espèce, le jugement retient qu'en réponse au refus de la recourante par voie de jonction de lui accorder un congé pour un stage en EMS le lendemain et à la demande de renvoi dudit stage, la recourante principale a catégoriquement refusé de renvoyer ledit stage et a déclaré qu'elle y participerait même si elle n'obtenait pas le congé. Elle est restée sur cette position après que la recourante par voie de jonction l'eut averti que son absence le lendemain serait considérée comme un abandon d'emploi et qu'elle entraînerait la fin immédiate des rapports de travail. Selon le témoin A.C.\_\_\_\_\_, la recourante principale se serait emportée et aurait vociféré qu'elle n'en avait "rien à foutre" si elle était licenciée, déclaration que les premiers juges ont apprécié avec circonspection, tant il apparaissait peu probable que la recourante principale, d'un tempérament en apparence plutôt calme, puisse s'emporter de la sorte devant ses employeurs.

Toutefois, même en prenant en considération ce témoignage, la recourante par voie de jonction ne pouvait de bonne foi considérer que la recourante principale entendait mettre fin de manière définitive aux rapport contractuels liant les parties. Elle ne pouvait déduire de bonne foi de l'absence, le lendemain, de la recourante principale la manifestation, par actes concluants, de la volonté de celle-ci de mettre fin définitivement au contrat de travail. Au contraire, au vu des circonstances globales, en particulier les longs rapports de travail, ainsi que la nécessité pour la recourante principale de conserver son emploi, compte tenu de sa situation personnelle, la recourante par voie de jonction ne pouvait pas objectivement considérer que la recourante principale entendait définitivement quitter son emploi. L'analyse des premiers juges peut être confirmée.

Les déclarations du témoin F.\_\_\_\_\_, dont l'appréciation est contestée par la recourante par voie de jonction, ne sont pas pertinentes,

dès lors qu'elle ont trait à la perception de la situation par la recourante principale, alors que seul est déterminant ce que la recourante par voie de jonction pouvait et devait déduire de bonne foi des déclarations et du comportement de la recourante principale.

Les conclusions de la recourante par voie de jonction doivent en conséquence être rejetées sur ce point.

**9.** La recourante par voie de jonction soutient que le congé avec effet immédiat était justifié. Elle fait valoir la durée des rapports contractuels, l'aide qu'elle a apportée à la recourante principale durant le divorce de celle-ci et le fait qu'elle l'a averti que l'exécution du stage malgré son refus constituerait un abandon d'emploi, ce qui selon elle vaut avertissement. Elle relève l'attitude détestable de la recourante principale lors de l'entretien du 15 avril 2008, en contestant la non prise en compte du témoignage de A.C.\_\_\_\_\_ sur ce point, et fait valoir que la jurisprudence considère que la prise de vacances à une date fixée unilatéralement par le travailleur est un juste motif de congé avec effet immédiat.

Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; sont notamment considérés comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Constitue un juste motif au sens de cette disposition un fait propre à détruire irrémédiablement le rapport de confiance entre parties qu'impliquent les relations de travail, de telle façon que la poursuite de celles-ci ne peut plus être exigée, même pas pendant la durée du délai de congé. Seul un manquement particulièrement grave autorise une résiliation immédiate; s'il est moins grave, il doit être précédé d'un avertissement (ATF 130 III 28 c 4.1; ATF 129 III 380 c. 2.1 et références; ATF 127 III 154, JT 2001 I 366, c. 1a; ATF 127 III 310 c. 3, JT 2001 I 367;

Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 7 et 8 ad art. 337 CO, pp. 275 ss).

Le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs. Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 précité; ATF 127 III 153 précité; ATF 127 III 310 précité; ATF 111 II 245 c. 3, JT 1986 I 2).

Les premiers juges ont relevé que le licenciement était intervenu le 16 avril 2008, soit le premier jour de l'absence de la recourante principale, que ce n'était donc pas une absence non autorisée de plusieurs jours qui lui était reprochée, mais uniquement sa déclaration qu'elle ne viendrait pas travailler à la suite du refus de la recourante par voie de jonction du 15 avril 2008 de lui accorder un congé. Ils ont considéré que l'attitude de la recourante principale ne constituait pas un manquement grave au point de rompre définitivement le rapport de confiance, s'agissant en particulier d'une employée qui donnait satisfaction depuis plus de dix ans (jugement, p. 29).

La limite permettant de déterminer quelle absence non autorisée justifie ou non un licenciement avec effet immédiat est assez délicate à tracer (cf. casuistique des juridictions cantonales citée in Favre/Munoz/Tobler, op. cit., nn. 1.64 et 1.76 ad art. 337 CO, pp. 335-336 et 344-346). En l'espèce, compte tenu en particulier de l'ancienneté de la relation de travail et de l'absence d'avertissement antérieur, on ne saurait retenir qu'un licenciement avec effet immédiat était justifié.

Le grief est ainsi mal fondé et la recourante principale a droit aux 10'500 fr. 15 alloués par les premiers juges, équivalant à 3,5 mois de salaire, dès lors qu'elle a été licenciée le 16 avril 2008 et que le délai de congé ordinaire était de trois mois en vertu de l'art. 21 CCTN R (jugement, p. 30).

Les conclusions de la recourante par voie de jonction doivent en conséquence être rejetées sur ce point.

**10.** La recourante par voie de jonction soutient que l'indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié ne saurait dépasser un mois de salaire, compte tenu du fait que l'attitude de la recourante principale a été déterminante pour la résiliation immédiate et de la complaisance dont elle a fait preuve à l'égard de son employée durant les rapports de travail

Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement avec effet immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. L'indemnité revêt une fonction punitive et réparatrice s'apparentant à une peine conventionnelle (ATF 135 III 405 c. 3.1; ATF 123 III 391 c. 3c, JT 1998 I 126). Elle doit être proportionnée à l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur par le licenciement injustifié (ATF 121 III 64 c. 3c précité). La situation sociale et économique des deux parties, l'éventuelle faute concomitante du travailleur, son âge, sa situation sociale, le temps qu'il a passé au service de l'employeur constituent quelques-uns des nombreux critères - dont aucun n'est déterminant en soi - qui doivent être pris en compte lors de la fixation de l'indemnité de l'article 337c alinéa 3 CO (TF 4C.244/2001 du 9 janvier 2002 c. 4a; ATF 121 III 64 c. 3c précité; Wyler, op. cit., pp. 517-518). Cette indemnité n'est pas soumise à cotisations sociales (ATF 123 V 5).

Les premiers juges ont accordé à la recourante principale une indemnité équivalant à deux mois de salaire en tenant compte de ses revenus selon la CCTN R durant l'année avant son licenciement. Ils ont pris en compte en faveur de la recourante par voie de jonction le fait qu'elle avait expliqué à plusieurs reprises les raisons de son refus d'octroyer le

congé et d'avoir donné à la recourante principale la possibilité de revenir sur sa décision. Ils ont mis en balance cet élément avec le fait que la demande de la recourante principale n'était pas futile, puisque ayant trait à une formation, considérant que le refus de la recourante par voie de jonction n'était pas adéquat compte tenu de l'ancienneté des rapports de travail et des rapports cordiaux entre les parties. Ils ont enfin retenu à la charge de la recourante principale le fait qu'elle avait tardé à formuler sa demande et avait passé outre à une injonction de son employeur. Au vu des rapports de service de plus de dix ans et des relations cordiales des parties jusqu'au licenciement, l'indemnité allouée n'apparaît pas excessive et peut être confirmée.

Les conclusions de la recourante par voie de jonction doivent être rejetées sur ce point.

**11.** La recourante par voie de jonction soutient que toutes les prétentions antérieures au 4 juillet 2003 sont prescrites. L'argument est toutefois sans portée, dès lors qu'aucune prétention salariale antérieure à cette date n'a été allouée (cf. jugement, pp. 23 ss).

**12.** Il résulte des considérations qui précèdent que la recourante principale est créancière des montants brut de 13'277 fr. 85 et de 10'500 fr. 15, soit 23'778 fr., sous déduction des charges sociales, ainsi que de la somme nette de 6'000 fr. 60. Dans le dispositif du jugement, les premiers juges l'ont toutefois condamnée à payer ces sommes. Il s'agit là d'une inadvertance manifeste; c'est bien la défenderesse et recourante par voie de jonction qui doit être condamnée à payer et le dispositif du jugement doit être corrigé en conséquence.

**13.** En conclusion, le recours de la demanderesse doit être partiellement admis, celui de la défenderesse rejeté et le jugement réformé en ce sens que la défenderesse doit payer à la demanderesse les

sommes de 23'778 fr., sous déduction des charges sociales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008 et de 6'000 fr. 60, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008.

Les frais de deuxième instance de la recourante principale sont arrêtés à 367 fr. (art. 232 et 235 TFJC). Il n'y a pas lieu de mettre des frais de deuxième instance à la charge de la recourante par voie de jonction, la valeur litigieuse de ses conclusions étant inférieure à 30'000 fr. (art. 343 al. 3 CO).

L'admission des conclusions de la recourante principale ne portant que sur un montant de 70 fr. 70 et la rectification d'une inadvertance manifeste, il y a lieu de compenser les dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,  
statuant en audience publique,  
p r o n o n c e :

- I. Le recours principal est partiellement admis.
- II. Le recours joint est rejeté.
- III. Le jugement est réformé comme il suit au chiffre II de son dispositif :

II.- dit que la défenderesse S.\_\_\_\_\_ SA doit immédiat paiement à la demanderesse L.\_\_\_\_\_ de la somme de 23'778 fr. (vingt-trois mille sept cent septante-huit francs), sous déduction des cotisations sociales, avec

intérêts à 5 % l'an dès le 16 avril 2008, ainsi que de la somme de 6'000 fr. 60 (six mille francs et soixante centimes), avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2008.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

**IV.** Les frais de deuxième instance de la recourante principale L.\_\_\_\_\_ sont arrêtés à 367 fr. (trois cent soixante-sept francs).

**V.** Les dépens de deuxième instance sont compensés.

**VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

**Du 28 juillet 2010**

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Denis Weber (pour L. \_\_\_\_\_),
- Me Thierry Amy (pour S. \_\_\_\_\_ SA).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 43'426 fr. pour le recours principal et de 28'355 fr. pour le recours joint.

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), 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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :