

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 3 janvier 2012

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Winzap et Mme Charif Feller
Greffier : M. Elsig

Art. 356, 357 al. 1 CO; 17b LTr; 456a al. 1 CPC-VD

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **Q.**_____, à Lausanne, demanderesse, contre le jugement rendu le 8 juin 2010 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant la recourante d'avec **FONDATION V.**_____, à Lausanne, défenderesse.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par jugement du 8 juin 2010, dont la motivation a été envoyée le 15 août 2011 pour notification, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté dans la mesure où elles étaient recevables les conclusions de la demanderesse Q. _____ (I), fixé les frais de justice de la demanderesse à 2'770 fr. et ceux de la défenderesse Fondation V. _____ à 3'170 fr. (II), et alloué à la défenderesse des dépens de première instance, par 11'045 fr. (III).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement dont il ressort notamment ce qui suit :

1. La défenderesse Fondation V. _____ a pour but l'exploitation de maisons accueillant des handicapés mentaux et d'un établissement médico-social.

La demanderesse Q. _____ a entrepris des études à la Haute Ecole Spécialisée de La Source dès le 18 octobre 2004. Auparavant, elle avait effectué des camps comme monitrice avec des personnes en situation de handicap, ainsi qu'un pré-stage, stage et remplacement en qualité d'auxiliaire aide-infirmière.

2. Parallèlement à ses études, la demanderesse a été engagée par la défenderesse pour une durée indéterminée dès le 15 octobre 2004 en qualité de veilleuse remplaçante dans un des établissements socio-éducatif au sens de la LAIH accueillant principalement des personnes handicapées mentales adultes, établissement qui n'est pas un établissement sanitaire ou un établissement médico-social (EMS). La rémunération convenue pour une nuit de veille, soit de 20 h à 7 h, s'élevait à 28 fr. 44 brut, avec une "indemnité pour inconvénient de service" de 167 francs par mois pour un plein temps. La demanderesse était colloquée en classe 11-13, avec quatre annuités, correspondant à un

salaire mensuel brut à plein temps de 4'486 fr. versé treize fois l'an, indemnité pour inconvénient de service en sus.

La lettre de confirmation d'engagement du 2 décembre 2004 prévoit l'intégration au contrat des "autres dispositions selon convention collective de travail (en annexe)". La demanderesse conteste avoir reçu un exemplaire de la Convention collective du 31 mai 1989 à laquelle renvoie la lettre d'engagement. Dite convention collective avait été dénoncée, avant l'engagement de la demanderesse, avec effet au 31 décembre 2003, étant précisé que ses dispositions "resteraient applicables à titre de contrats individuels" dès le 1^{er} janvier 2004, "à titre purement transitoire".

L'adjoint de direction de la défenderesse a indiqué que la collocation de la demanderesse en classe 11-13 constituait un surclassement tenant compte des inconvénients du travail de nuit, élément que le premier juge a retenu, malgré la contestation du représentant syndical entendu comme témoin. La convention collective précisait que le travail de nuit, entre 20 h et 6 h, était considéré comme un inconvénient de service (annexe II, note explicative et complémentaire 3a).

La demanderesse a travaillé cinquante-cinq heures au salaire horaire de 28 fr. 44 en 2004, huit cent soixante-cinq heures en 2005 au salaire horaire de 29 francs 80 et cent vingt-trois heures au salaire horaire de 30 fr. 31 aux mois de janvier et de février 2006.

3. Par lettre du 6 mars 2006, la demanderesse a été engagée par la défenderesse pour une durée indéterminée dès le 1^{er} mars 2006 comme veilleuse à un taux de 20 %, avec la possibilité de continuer à effectuer des remplacements. La demanderesse demeurait colloquée en classe 11-13 pour un salaire brut à plein temps de 4'632 fr. 10 (926 fr. 40 à 20 %), l'indemnité pour inconvénient de service étant de 3 % du salaire brut. La lettre d'engagement précise que "Pour le surplus, le présent contrat est soumis aux conditions du statut du personnel AVOP, hormis pour les articles 248 et 251 relatifs à l'institution de prévoyance".

Le taux d'activité de la demanderesse a été augmenté à 40 % dès le 1^{er} juillet 2006. Celle-ci a en outre effectué des veilles supplémentaires, payées à l'heure, pour un total de cinq cent septante heures au salaire horaire de 30 fr. 65 de mars à décembre 2006, de cinq cent cinquante-huit heures au salaire horaire de 31 francs 20 en 2007, de trois cent soixante-trois heures au salaire horaire de 32 fr. 20 en 2008 et de deux cent soixante-six heures au salaire horaire de 33 fr. 70 de janvier à juin 2009.

La demanderesse estime qu'au total, elle a accompli 1'269.29 heures de veilles en 2006, 1'305.20 heures en 2007, 1'110 heures en 2008 et 639.5 heures de janvier à juin 2009.

Au jour de l'audience de jugement des 26 et 27 mai 2010, la demanderesse avait achevé sa formation d'infirmière et devait cesser de travailler pour la défenderesse à fin juin 2010.

4. La défenderesse a adhéré, avec effet au 1^{er} janvier 2005, à trois conventions collectives de travail de l'Association vaudoise des organismes privés pour enfants, adolescents et adultes en difficultés (AVOP), savoir les conventions AVOP-AVTES, AVOP-AVMES et AVOP-ARMASP, lesquelles ne régissent pas spécifiquement le statut de veilleuse.

Le statut du personnel de l'AVOP est applicable aux employés de la défenderesse, dont les veilleuses de nuit en tant qu'il les concerne. A son article 217c intitulée "Personnel infirmier", ce statut prévoit que le temps de travail effectué par ledit personnel entre 20 h et 6 h donne droit à une compensation en temps de 20 % de la durée de ce travail. L'art. 227 du statut prescrit que, lors de l'engagement, l'employeur détermine la classification du travailleur (d'après la liste des classifications établie par l'AVOP) et le nombre d'annuités auxquelles il a droit en raison de ses expériences professionnelles antérieures.

Selon la classification des fonctions de l'AVOP, figurent au nombre du "Personnel infirmier", l'aide infirmier, sans formation (classification 5-7), le premier aide-infirmier, sans formation mais avec cours de base de la Croix-Rouge ou de l'AVDEMS, ainsi qu'une pratique de huit ans au moins (7-9), l'aide hospitalier avec certificat de capacité (9-11), la nurse avec certificat de capacité (9-11), l'infirmier-assistant avec certificat de capacité (11-13), le premier infirmier-assistant avec certificat de capacité, ainsi que plusieurs années d'expérience et responsabilités particulières (13-15), l'infirmier diplômé (17-19) et le premier infirmier diplômé, avec plusieurs années d'expérience et responsabilités particulières (19-21).

5. Au mois de juillet 2009, a été rédigé sous l'égide de l'AVOP un projet de dispositions particulières applicables aux veilleurs et surveillants de nuit. Pour le veilleur, la formation minimale est un diplôme d'auxiliaire de soins Croix-Rouge Suisse ou un titre jugé équivalent; la collocation est en classe 5-7, plus une annuité à l'engagement (art. 312 et annexe 401). Le temps de travail effectué entre 20 h. et 6 h donne droit à une compensation en temps de 20 % de la durée de travail, ainsi qu'à une indemnité de 5 fr. par heure travaillée (art. 311 al. 1 et 313 al. 1). Le veilleur est soumis à la loi fédérale sur le travail (art. 301 al. 3) et sa fonction est définie comme il suit :

"Le veilleur effectue, de manière régulière, des tâches identiques à celle du surveillant ainsi que :

- prêter l'assistance nécessaire aux résidents durant la nuit;
- accompagner les résidents dans les actes de la vie quotidienne;
- effectuer des soins de nursing;
- distribuer des médicaments usuels sur délégation du médecin et selon les dispositions propres à l'institution." (art. 302 al. 2).

Ce projet tend à donner un statut particulier aux veilleurs et aux veilleuses de nuit, qui sont la seule catégorie des travailleurs des institutions membres de l'AVOP à ne pas en avoir. Il vise la sécurité juridique, la transparence financière et l'équité entre institutions. Dès lors que les activités de veille sont confiées à un personnel non qualifié (les

veilleuses ne sont en règle générale pas diplômées), il est question d'établir une liste d'actes médico-techniques qui ne peuvent en principe pas leur être délégués, les exceptions à ce catalogue nécessitant un consensus, en particulier l'accord de la veilleuse.

6. L'Organisme médico-social vaudois (OMSV), l'Association vaudoise d'établissements médico-sociaux (AVDEMS), la Fédération patronale des EMS vaudois (FEDEREMS) et la Fédération des hôpitaux vaudois (FHV) ont signé une convention collective de travail dans le secteur sanitaire parapublic vaudois, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, prévoyant notamment que chaque heure de travail effectuée entre 20 h et 6 h donne droit, en sus d'une compensation en temps de repos supplémentaire, à une indemnité de 5 fr. (art. 3.7 et annexe n° 4 ch. 1).

Il n'est pas ressorti de l'instruction que cette indemnité serait généralisée dans le Canton de Vaud, quand bien même, selon le secrétaire syndical entendu comme témoin, elle serait "très généralement pratiquée".

7. Les veilleuses de la défenderesse doivent avoir au minimum, à l'engagement, une formation d'auxiliaire de santé de la Croix-Rouge ou un titre jugé équivalent; elles sont pour le surplus formées sur le tas, en travaillant en doublure d'une veilleuse durant trois à quatre nuits. Dans l'établissement où travaillait la demanderesse, il y a deux veilleuses pour près de trente résidents, en majorité alités ou très dépendants. Les veilleuses font deux grandes tournées (générales) par nuit. Elles participent aux rapports du matin et du soir avec le groupe de jour afin de garantir la continuité dans la prise en charge des résidents. Elles n'ont pas de pause réglementée; elles s'arrangent pour prendre une collation pendant les moments creux. Un système de "piquet infirmier" permet d'appeler un membre du service infirmier chez lui durant la nuit pour obtenir des recommandations par téléphone; au besoin, il se rend sur place dans l'heure, voire moins. Les veilleuses ont toutefois dû se passer de piquet infirmier durant plusieurs mois en 2002-2003, ainsi qu'entre le

24 juin et le 1er juillet 2008; au cours de cette dernière semaine, elles devaient en cas d'urgence s'adresser au médecin de garde, qui assumait les consultations téléphoniques.

Les veilleuses donnent régulièrement des soins de base aux résidents, comprenant l'hygiène et le confort. Elles veillent au bon déroulement de la nuit, à la sécurité physique et psychologique des résidents, sont attentives à leur environnement et à leur santé, doivent rester vigilantes et faire part au piquet infirmier de tout problème de santé qui surgit. Quotidiennement, elles changent des lits, des protections et des sacs à urine, massent ou mobilisent les résidents afin d'éviter l'apparition d'escarres, les installent confortablement avec les moyens à disposition, les rafraîchissent, les hydratent, les accompagnent aux toilettes ou à la douche et aident certains à se déshabiller.

Les veilleuses distribuent des médicaments aux résidents, notamment du paracétamol, des analgésiques et des somnifères. Elles disposent d'une petite pharmacie, au cas où un résident se blesserait légèrement ou ressentirait une douleur, et de médicaments de réserve pour des états d'agitation ou d'anxiété (tranquillisants).

Les veilleuses sont formées par les infirmiers responsables pour certains soins spécifiques. Il s'agit ainsi d'enlever des patchs de trinitrine, qui agissent au niveau cardiaque et dont le suivi doit être régulier. Occasionnellement, les veilleuses appliquent des médicaments sous forme de crème aux résidents, font une toilette intime, prennent la tension ou le pouls, procèdent à une prise de glycémie, demandée par l'équipe éducative ou par le piquet infirmier pour un diabétique. Parfois, elles prennent la glycémie d'un résident qui fait un malaise. Occasionnellement, elles prodiguent à des résidents en fin de vie tous les soins de confort possible, effectuent des injections sous-cutanées d'insuline selon les directives du piquet infirmier, en procédant au double contrôle de la quantité d'insuline à injecter, et administrent de l'oxygène à des résidents qui ont des problèmes respiratoires ou qui sont en fin de vie. Il est arrivé qu'elles procèdent à l'aspiration buccale d'un résident en fin

de vie. Dans un cas, elles se sont occupées d'une personne qui avait une trachéotomie et qui avait souvent besoin d'être aspirée; elles ont alors dû manipuler la canule. Dans un autre cas, de gastrotomie endoscopique percutanée, elles débranchaient l'alimentation entérale lorsque la pompe sonnait; elles devaient nettoyer la tubulure avec une seringue remplie d'eau. Il est encore arrivé qu'elles administrent de la morphine sous forme de gouttes à des résidents. La nuit, les veilleuses sont seules en première ligne, en ce sens qu'il n'y a pas de personnel infirmier sur place; à cet égard, leur responsabilité est plus lourde que celle des éducateurs ou éducatrices de la défenderesse, qui n'assument du reste pas tous les soins spécifiques délégués aux veilleuses.

Le stress et la solitude des veilleuses sont aggravés par un nombre croissant de résidents vieillissants, dont la fin de vie est de plus en plus technique ou médicalisée. En 2001 déjà, dans un rapport au Service de la santé publique du canton de Vaud et à la Direction du Service des hospices cantonaux intitulé "Organisation des soins palliatifs dans le canton de Vaud", on lit ces extraits du compte rendu d'une visite à la Fondation V._____ "L'espérance de vie de la population des personnes ayant un handicap mental s'accroît constamment grâce aux progrès de la médecine en général et à des prises en charge plus adéquates; (...). La situation actuelle impose donc une charge considérable à l'équipe; l'inquiétude est particulièrement vive pour les veilleuses qui doivent assurer les nuits et qui ont fait une demande de renfort".

8. Dans d'autres établissements du secteur parapublic vaudois, les veilleuses effectuant des tâches semblables à celles du cahier des charges de la demanderesse sont considérées comme du personnel infirmier.

9. Le 21 juin 2007, le Syndicat des Services Public (SSP), mandaté par le groupe des veilleuses de l'établissement où travaillait la demanderesse, a signalé à la défenderesse les droits de celles-ci en matière de rémunération du travail de nuit et demandé l'ouverture de négociations "afin de rétablir la situation de ces collègues".

Le 5 septembre 2007, le SSP a saisi l'Office cantonal de conciliation et d'arbitrage en cas de conflits collectifs. Au cours d'une séance du 8 janvier 2008, cet office a fait une proposition aux parties, acceptée à l'unanimité par les veilleuses. Le 4 février 2008, la défenderesse a formulé une contre-proposition qui a été refusée par le SSP le 14 février 2008.

Le 16 juillet 2009, le conseil de la demanderesse a proposé au conseil de la défenderesse de présenter en justice le cas emblématique de la demanderesse et de signer en conséquence une déclaration de renonciation à invoquer la prescription pour les autres veilleuses qu'il représentait. Une telle déclaration a été souscrite le 21 janvier 2010 par la défenderesse à l'égard de vingt-neuf personnes, dont la demanderesse.

10. Q. _____ a ouvert action le 16 juillet 2009 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne et pris avec dépens, les conclusions suivantes :

I. Dès le 15 octobre 2004, le salaire de Madame Q. _____ doit comprendre l'indemnité de 5 fr. par heure, ainsi qu'une compensation de 20 % pour les 10 heures travaillées de 20 heures du soir à 6 heures du matin.

II. La Fondation V. _____ est reconnue débitrice et doit immédiat paiement à Madame Q. _____ de la somme de **CHF 76'641.45** (septante-six mille six cent quarante et un francs quarante-cinq centimes), et ce avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2007."

La défenderesse a conclu, avec dépens, au rejet des conclusions de la demande.

Seize témoins ont été entendus à l'audience de jugement.

En droit, les premiers juges ont considéré que la demanderesse n'avait pas droit à un supplément de salaire pour travail de nuit, dès lors que celui-ci était régulier sans alternance avec un travail de

jour, que la demanderesse ne pouvait fonder ses prétentions sur l'art. 217c du statut du personnel de l'AVOP, ni directement, ni par interprétation analogique ou extensive et que la convention collective de travail dans le secteur parapublic vaudois ne liait pas les parties au présent procès.

B. Q. _____ a recouru contre ce jugement en concluant, avec dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la défenderesse doit lui payer la somme de 76'641 fr. 45, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 avril 2007, et subsidiairement, à son annulation.

Dans son mémoire, la recourante a développé ses moyens et confirmé ses conclusions. Elle a produit un bordereau de pièces et requis diverses mesures d'instruction.

L'intimée Fondation V. _____ n'a pas été invitée à se déterminer.

En droit :

1. a) Le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (ci-après : CPC; RS 272) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Toutefois, dès lors que le dispositif du jugement attaqué a été rendu avant cette date, le recours demeure régi par le Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (ci-après : CPC-VD) (art. 405 al. 2 CPC; ATF 137 III 127; ATF 137 III 130).

b) Les art. 444, 445 et 451 ch. 2 CPC-VD ouvrent la voie des recours en nullité et en réforme contre les jugements principaux rendus par un tribunal d'arrondissement.

2. La recourante conclut subsidiairement à l'annulation du jugement et invoque l'appréciation arbitraire des preuves. Vu le large pouvoir d'examen en fait conféré à la Chambre des recours par l'art. 452 CPC-VD dans le cadre du recours en réforme, un éventuel vice sur les points soulevés par la recourante pourra être corrigé dans le cadre de ce recours, de sorte que le moyen est irrecevable en nullité (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 14 ad art. 444 CPC, pp. 655-656).

Il convient dès lors d'examiner le recours en réforme.

3. a) Saisie d'un recours en réforme contre un jugement principal rendu par un tribunal d'arrondissement, la Chambre des recours revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC-VD). 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-VD).

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-VD), 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).

b) La recourante a produit en deuxième instance un bordereau de pièces nouvelles.

Selon la jurisprudence, dans la mesure où les conditions d'une instruction complémentaire selon l'art. 456a al. 1 CPC-VD sont réalisées, la production de pièces nouvelles en deuxième instance ne peut intervenir que si elle n'alourdit pas l'instruction du recours et doit être admise restrictivement, eu égard à la garantie de la double instance touchant à l'appréciation des faits. Elle constitue cependant la mesure d'instruction la plus aisément admissible dans ce cadre restrictif (cf. JT 2003 III 16 c. 2c). En pratique, la Chambre des recours a régulièrement admis la production d'une pièce nouvelle, précisant que cette approche valait pour le dépôt d'une seule pièce et non d'un lot de plusieurs pièces, ce qui irait au-delà de l'instruction limitée possible en deuxième instance (CREC I 21 janvier 2010/48 c. 3c/aa; CREC I 17 novembre 2009/579 c. 7e).

En l'espèce, les huit pièces produites par la recourante en deuxième instance ne figurent pas au dossier de première instance et celle-ci n'invoque pas une violation du devoir d'instruction des premiers juges sur le point qu'elles concernent. Elles sont en conséquence irrecevables, vu la jurisprudence susmentionnée.

c) La recourante requiert la réaudition de trois témoins.

En ce qui concerne l'appréciation des témoignages, la jurisprudence relève que les parties ont la possibilité d'en requérir la verbalisation dans leur teneur essentielle en première instance (JT 2001 III 80) et considère que si elles y renoncent, elles ne sauraient corriger cette

lacune en deuxième instance par le biais des mesures d'instruction de l'art. 456a CPC-VD (CREC I 15 décembre 2010/661 c. 3; CREC I 2 février 2010/72 c. 3).

En l'espèce, la recourante n'a pas requis la verbalisation des témoignages en première instance. Elle ne saurait donc demander la réaudition de témoins en deuxième instance.

Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite à cette requête.

d) La recourante requiert la production par l'intimée des contrats de travail des autres veilleuses pour la période courant de 2002 à 2006, la fourniture par celle-ci des pièces et explications au sujet du versement à l'ensemble du personnel de l'indemnité pour inconvénient de service et l'interpellation d'autres institutions actives dans le domaine quant à leur pratique en matière de versement d'une indemnité horaire de 5 fr. en cas de travail de nuit.

Toutefois, on ne voit pas que les premiers juges aient violé leur devoir d'instruction d'office sur ce point et il appartenait à la recourante de déposer ces réquisitions en première instance. En outre les constatations des premiers juges sur ce point n'apparaissent pas douteuses et le jugement n'est pas lacunaire sur ce point.

Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite à cette requête.

e) La recourante conteste l'appréciation des premiers juges selon laquelle sa collocation en classe 11-13 constituait un surclassement. Elle soutient que cette classe concernait, selon la Convention collective du 31 mai 1989, les veilleurs en cours de formation d'infirmier assistant.

Les premiers juges ont considéré que cette classe de salaire correspondait à la qualification d'infirmier assistant et que, si elle pouvait tenir en partie à la politique salariale de l'intimée, on devait raisonnablement admettre que la collocation de la recourante dans cette

classe constituait un surclassement tenant compte des inconvénients du travail de nuit. En effet la présomption de fait selon laquelle le salaire contractuel proposé au travailleur engagé pour un travail de nuit régulier est censé répondre aux inconvénients qui en résultent n'avait pas été renversée. En outre, la classe de salaire prévue par le projet de dispositions particulières applicables aux veilleurs et surveillants de nuit pour cette catégorie de personnel lorsqu'elle était au bénéfice d'un diplôme d'auxiliaire de soins Croix-Rouge (5-7 + une annuité) était largement inférieure à la classe dans laquelle la recourante avait été colloquée. Enfin, il était plausible que cette différence de classe salariale ne serait pas compensée par le temps de repos supplémentaire et l'indemnité que ledit projet accorde au veilleur.

Ces considérations, complètes et convaincantes, peuvent être confirmées par adoption de motif (art. 471 al. 3 CPC-VD). La recourante soutient en vain que sa collocation en classe 11-13 correspondrait à son niveau de qualification selon la Convention collective du 31 mai 1989. En effet l'annexe II à dite convention (pièce n° 102 du bordereau I de la défenderesse du 22 octobre 2009) indique que la classe 11-13 correspond à la fonction d'"Infirmier assistant" et à celle de "Veilleur (formation d'inf. assistant)". On ne saurait déduire de ce dernier libellé qu'il visait les veilleurs suivant une formation d'infirmier assistant, l'annexe II indiquant "en formation" et l'année suivie lorsqu'une classe salariale était prévue pour des personnes en formation (ex. ; "Educateur en formation 1^{ère} année") et la classe 11-13 s'appliquant également aux infirmiers assistants. Il y a donc lieu de considérer que la classe 11-13 visait les veilleurs de nuit avec une formation d'infirmier assistant et la recourante n'a pas obtenu durant les rapports contractuels de titre attestant qu'elle avait achevé une telle formation.

Ce moyen doit être rejeté.

f) La recourante soutient que le jugement aurait dû retenir que l'indemnité pour inconvénient de service était versée à tous les employés de l'intimée. Elle se réfère à ses déterminations sur l'allégué n° 122.

L'intimée a allégué dans sa réponse sous n° 122 : "à ce salaire est ajouté une indemnité pour inconvénient de service de Fr. 167" et offert comme mode de preuve la pièce n° 13a du bordereau 1 de la recourante du 16 juillet 2009, soit la lettre de confirmation d'engagement du 2 décembre 2004 où cette indemnité est mentionnée comme s'ajoutant au salaire mensuel à 100 % de 4'486 francs. La recourante s'est déterminée comme suit sur cet allégué : "Admis indivisiblement que l'indemnité pour inconvénient de service de Fr. 167.- est versée à tous les employés de la défenderesse et vient en compensation des jours fériés et des fins de semaine travaillés".

A l'audience préliminaire, l'intimée ne s'est pas prévalu de l'aveu indivisible susmentionné. De nouveaux allégués ont été introduits, mais aucun en relation avec la question de l'indemnité pour inconvénients de service. Au vu de ces éléments, on ne saurait retenir le contenu de cet aveu indivisible et l'on doit admettre que la pièce n° 13a invoquée à l'allégué n° 122 prouve celui-ci, alors que l'aveu indivisible n'est établi par aucun élément du dossier.

Ce moyen doit être rejeté.

g) Pour le surplus, l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il n'y a pas lieu de le compléter ni de procéder à une instruction complémentaire, la cour de céans étant à même de statuer en réforme.

4. La recourante relève que les premiers juges ont constaté que le Statut du personnel de l'AVOP est lacunaire en ce qui concerne les veilleurs et fait valoir que l'activité effective de ceux-ci relève largement des soins infirmiers. Elle soutient que la solution retenue lèse les droits acquis des veilleurs accordés par la Convention collective du 31 mai 1989 et est en contradiction avec l'assertion selon laquelle la collocation en classe 11-13 constituait un surclassement. Elle se réfère au fait que tant

l'Organe de conciliation que l'intimée sont entrées en matière sur les prétentions des veilleurs et considère en conséquence que l'art. 217c du Statut du personnel de l'AVOP est applicable à ceux-ci.

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'elles lient - 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).

Si les dispositions normatives d'une convention collective se révèlent lacunaires, il convient en principe d'appliquer les mêmes principes qu'en ce qui concerne les lois. Selon la jurisprudence, une loi présente une lacune proprement dite lorsque le législateur a omis de régler un point qu'il aurait dû traiter et l'on ne peut déduire aucune solution de son texte ou de l'interprétation de son contenu (ATF 133 III 213 c. 5.2, JT 2010 I 231). Dans la mesure toutefois où les parties à la convention collective ont laissé consciemment une question ouverte, la doctrine considère qu'il y a lieu de constater un défaut d'accord sur le point en question et d'appliquer les solutions données par la loi ou le

contrat individuel de travail (Stöckli, Berner Kommentar, 1999, n. 139 ad art. 356 CO, pp. 128-129)

Dans les domaines de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, le Tribunal fédéral considère de manière générale qu'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, précité).

En l'espèce, le statut du personnel de l'AVOP prévoit dans son chapitre 6 (temps de travail) ce qui suit à son article 217 (Durée du travail).

"1 La durée hebdomadaire du travail est de 41h30.

2 Lorsque le travailleur travaille régulièrement de nuit ou durant le week-end ou lorsqu'il travaille sur le rythme scolaire, la durée du travail est comptée de manière annuelle. La durée annuelle est alors de 1'950 heures dont il faut déduire :

a) 8h18 par jour fériés (voir articles 220, alinéa 1)

b) 41h30 si le travailleur est au bénéfice d'une 6^{ème} semaine de vacances (voir art. 222)

(...)

L'article 217a dudit statut (Horaire) a la teneur suivante :

"L'horaire de travail est fixé par l'employeur dans les limites et aux conditions des articles 9 à 22 de la loi sur le travail et sous réserve des articles 217 b) et c) et 219.

(...).

L'art. 217c (Personnel infirmier) prévoit ce qui suit :

"Le temps de travail effectué par le personnel infirmier entre 20h et 6 h donne droit à une compensation en temps de 20 % de la durée de ce travail."

Le Statut du personnel de l'AVOP ne définit pas la notion de "personnel infirmier" mais la classification des fonctions de l'AVOP en donne une liste qui ne comprend pas les veilleurs. Il s'agit là d'un silence qualifié puisqu'il a été décidé par les partenaires sociaux d'édicter des dispositions particulières applicables aux veilleurs et surveillants de nuit. La recourante ne peut donc pas prétendre qu'il y ait eu une volonté d'assimiler les veilleurs au personnel infirmier, ni qu'une lacune devrait être comblée, sauf à nier l'existence du projet en cours. A cet égard, le fait que les veilleuses engagées par l'intimée effectuent des actes relevant des soins infirmiers n'est pas un élément déterminant.

De même, la recourante invoque en vain la protection de ses droits acquis. En effet, elle ne bénéficiait pas sous le régime de la Convention du 31 mai 1989, d'une réglementation semblable à l'art. 217c du Statut du personnel de l'AVOP, la convention ne prévoyant pour le travail de nuit que l'indemnité pour inconvénient de service prévue à l'annexe II, note explicative et complémentaire 3a, et cette indemnité a été maintenue par la lettre d'engagement du 6 mars 2006.

Par ailleurs, le fait que, dans le cadre du litige, l'Office de conciliation et l'intimée aient fait des propositions transactionnelles ne saurait valoir, précisément vu leur caractère d'offre transactionnelle, reconnaissance d'un droit de la recourante à l'application de l'art. 217c du Statut du personnel de l'AVOP.

Le recours doit en conséquence être rejeté sur ce point.

5. La recourante soutient qu'elle a droit à l'indemnité de 5 fr. par heure prévue par l'art. 3.7 de La Convention collective de travail dans le secteur sanitaire parapublic vaudois, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008,

dès lors que cette indemnité est devenue usuelle pour les établissements qui bénéficient des subventions de l'Etat.

Selon l'art. 357 al. 1 CO, sauf dispositions contraires de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient.

La jurisprudence et la doctrine ont précisé que par "employeur et travailleurs qu'elle lient" cette disposition vise les employeurs qui sont personnellement parties à la convention, les employeurs et les travailleurs qui sont membre d'une association contractante ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'art. 356b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale du 18 septembre 1956 permettant d'étendre le champs d'application de la convention collective de travail (ci-après : LECCT; RS 221.215.311); ses clauses s'appliquent alors également aux employeurs et travailleurs auxquels elles est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel de travail et la loi, éventuellement par un contrat-type de travail, mais pas par la convention collective (ATF 123 III 129 c. 3a; ATF 102 Ia 16 c. 2c; TF 4C.74/2003 du 2 octobre 2003 c. 2.1 et références, non publié au ATF 130 III 19; Subilia/Duc, Droit du travail, 2^{ème} éd., 2010, n. 1ss ad art. 357 CO, pp. 925 ss).

En l'espèce, il ne ressort pas du jugement ni du dossier que l'intimée serait partie à la Convention collective de travail dans le secteur sanitaire parapublic vaudois ni qu'elle ferait partie d'une des associations patronales signataires de cette convention en ce qui concerne l'établissement où travaillait la recourante, qui n'est pas un EMS. La recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Dès lors que cette convention n'a pas été étendue, elle ne saurait lier l'intimée vu la jurisprudence susmentionnée. La recourante ne soutient pas davantage que le versement de l'indemnité en cause serait prévu par la loi. Dans ces

circonstances, le fait que cette indemnité soit usuelle dans les établissements qui bénéficient de subventions n'est pas pertinent. Au demeurant, il n'est pas ressorti de l'instruction que cette indemnité serait généralisée dans le canton.

Le recours doit être rejeté sur ce point.

6. La recourante soutient qu'elle a droit à la compensation des 10 % du temps de travail de nuit prévue par l'art. 17b al. 2 LTr cette compensation devant intervenir en argent, dès lors qu'elle n'a pas été en mesure d'en bénéficier en nature.

Selon l'art. 17b al. 2 LTr, le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement ou périodiquement a droit à une compensation en temps équivalant à 10 % de la durée de ce travail. Ce temps de repos compensatoire doit être accordé dans le délai d'une année. La compensation peut cependant être accordée sous forme de supplément salarial au travailleur dont le travail régulièrement fourni au début ou à la fin du travail de nuit n'excède pas une heure.

Lorsque l'autorisation de travail de nuit ou du dimanche n'est que temporaire, le travailleur a droit ex lege à un supplément de salaire d'au moins 25 % en cas de travail de nuit respectivement d'au moins 50 % en cas de travail le dimanche (art. 17b al. 1 et 19 al. 3 LTr). En revanche, lorsque l'autorisation est donnée pour un travail de nuit ou de dimanche régulier, le travailleur n'a pas droit ex lege, à un supplément quelconque. En effet, le travailleur qui a été engagé pour un tel travail est présumé avoir donné son consentement à ce travail au moment de la conclusion du contrat; le salaire contractuel est censé répondre aux inconvénients résultant de ce régime (Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2^{ème} éd., 2010, n. 1.1 ad art. 17b LTr, p. 566 et référence; Stöckli/Soltermann, *Loi sur le travail*, Geiser/von Kaenel/Wyler éd., 2005, n. 1 ad art. 17b LTr, p. 279, note infrapaginale 1 et référence).

En l'espèce, la recourante a été engagée pour un travail régulier se déroulant la nuit. Le contrat prévoit en outre une indemnité pour inconvénients de service. Elle ne peut donc, vu les considérations qui précèdent, se réclamer de la LTr.

Le recours doit être rejeté sur ce point.

7. En conclusion, le recours doit être rejeté en application de l'art. 465 al. 1 CPC-VD et le jugement confirmé.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 533 fr. (art. 232 et 235 aTFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile]).

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 465 al. 1 CPC-VD,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais de deuxième instance de la recourante Q. _____ sont arrêtés à 533 fr. (cinq cent trente-trois francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 3 janvier 2012

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 Christophe Tafelmacher (pour Q._____),
- Me Raymond Didisheim (pour Fondation V._____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 76'641 fr. 45.

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 :