

**CHAMBRE DES RECOURS**

---

---

Arrêt du 24 août 2009

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : MM. Giroud et Creux  
Greffier : M. d'Eggis

\*\*\*\*\*

**Art. 324a CO; 22, 23 CCNT hôtels, restaurants et cafés 1998**

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **T.**\_\_\_\_\_, à Reculfoz (France), demanderesse, contre le jugement rendu le 12 mai 2009 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec **E.**\_\_\_\_\_, à Vallorbe, défenderesse.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 12 mai 2009, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a prononcé que la défenderesse E.\_\_\_\_\_, titulaire de la raison individuelle Z.\_\_\_\_\_, doit payer à la demanderesse T.\_\_\_\_\_ le montant de 2'832 fr. 70 net (I), constaté qu'un montant de 3'000 fr. avait déjà été versé à cette dernière (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), sans frais ni dépens (IV).

La Chambre des recours fait sien l'état de fait de ce jugement, qui expose ce qui suit :

"1. La défenderesse, Z.\_\_\_\_\_, est une entreprise individuelle de droit suisse dont le siège se situe à Vallorbe. Elle est inscrite au Registre du Commerce depuis le 8 septembre 2006. Son but est l'exploitation d'un café-restaurant. E.\_\_\_\_\_, titulaire, est au bénéfice de la signature individuelle.

2. Par contrat de travail écrit du 16 août 2007, la défenderesse a engagé T.\_\_\_\_\_ (ci-après : la demanderesse) en qualité de serveuse/aide de cuisine, pour une durée indéterminée et un salaire de CHF 3'150.- brut par mois.

3. Dès le mois de janvier 2008, la demanderesse a touché un salaire mensuel brut se montant à CHF 3'330.-.

4. Le 25 mars 2008 a eu lieu une altercation verbale entre la demanderesse et Mme E.\_\_\_\_\_, dont le contenu exact reste obscur, mais qui a toutefois conduit la demanderesse à quitter précipitamment son travail.

5. Le lendemain, soit le 26 mars 2008, la demanderesse a fourni à la défenderesse un certificat médical daté du 25 mars 2008, préconisant un arrêt maladie jusqu'au 8 avril 2008.

6. Un nouveau certificat médical daté du 3 avril 2008, recommandant un arrêt de travail jusqu'au 7 mai 2008 et permettant des sorties autorisées dès le 3 avril 2008, étant précisé de « l'assurée doit être présente à son domicile entre 9 et 11 heures et entre 14 et 16 heures », a été remis ultérieurement à la défenderesse par la demanderesse.

7. En date du 9 avril 2008, la Nationale suisse, compagnie d'assurance, a invité le Dr. Michel [...], médecin traitant de la

demanderesse, à lui fournir des renseignements médicaux complémentaires sur l'état de santé de sa patiente.

8. Par divers avis d'arrêt de travail datés des 8 mai, 11 juin 2008 précisant ici que « conditions de travail (tabagisme passif) incompatibles avec la grossesse », 3 juillet, 11 juillet, 22 juillet, avec mention de « MAP » (menace d'accouchement prématuré) et 20 août 2008, avec la même mention, le Dr. [...] a attesté de plusieurs prolongations de l'incapacité de travail de la demanderesse. Il est précisé que ces certificats médicaux autorisent les sorties dans la même mesure que le certificat médical du 3 avril 2008.

9. Le 13 mai 2008, le Dr. [...] a certifié par écrit que l'état de santé de la demanderesse nécessitait un arrêt de travail à titre préventif pour menace d'accouchement prématuré modérée de par son activité professionnelle, en particulier le port de charges lourdes. Il convenait selon lui de poursuivre la cessation d'activité jusqu'au terme de sa grossesse.

10. Par pli du 19 mai 2008 adressé à la défenderesse, la Nationale suisse a rappelé qu'en vertu de l'art. 9 E de ses conditions générales, le droit aux prestations en cas d'incapacité de travail due à la maternité n'existait que lors de complications de la grossesse, telles que toxicose et fausse couche. La demanderesse ne remplissant selon elle pas ces conditions, la Nationale suisse a établi qu'elle ne pouvait prétendre à des prestations de sa part.

11. Le greffe du tribunal de céans a reçu en date du 29 mai 2008 une requête de la part de la demanderesse, qui s'est avérée non conforme. Un délai lui a été fixé au 11 juillet 2008 pour déposer une demande conforme.

12. Par un écrit daté du 10 juin 2008, le Dr. [...] a certifié que l'état de santé de la demanderesse ne lui permettait pas une exposition au tabac en raison de sa grossesse.

13. Par pli du 25 juin 2008, la demanderesse a fait part à la défenderesse de son souhait de poser le solde de ses congés annuels, comptabilisant 26 jours selon elle, du 22 juillet au 16 août 2008.

14. Par requête non datée, reçue au greffe du tribunal de céans le 9 juillet 2008, la demanderesse a conclu au paiement de la somme brute de CHF 8'500.-, représentant le 80% du salaire brut qui aurait selon elle dû lui être versé depuis le 7 avril 2008, date à laquelle la défenderesse avait cessé de lui payer son salaire. Elle a réclamé en sus le paiement de CHF 5'000.- à titre de dommages et intérêts, se basant sur le préjudice résultant du non-paiement de son salaire. Par ce même courrier, elle s'est également plainte de son état de santé et de ses conditions de travail lorsqu'elle était au service de la défenderesse :

« (...) Je suis actuellement dans mon 7<sup>ème</sup> mois de grossesse. Agée de presque 43 ans, cette grossesse est très surveillée (à cause de mon âge),

je ne peux plus porter de choses lourdes, je fais de la rétention d'eau, j'ai les pieds et les mollets gonflés, j'ai beaucoup de peine à marcher. Je tiens également à préciser que sur mon lieu de travail il n'y a aucun local aménagé (comme la loi l'oblige) afin de pouvoir faire la pause obligatoire de 10 minutes chaque 2 heures, en s'allongeant. Je ne peux pas du tout faire de pause puisque je travaille seule de 5h à 11h du matin et ensuite je suis en cuisine jusqu'à 14h. Il est très fréquent que je ne fasse pas de pause du tout parce que je n'ai pas le temps (...) ».

15. Le défenderesse, par un courrier daté du 10 juillet 2008, s'est prononcée en ces termes sur le droit aux vacances de la demanderesse :

« (...) Nous référant au courrier du 19 mai 2008 de la Nationale Suisse Assurance, ne reconnaissant pas votre droit à une indemnité journalière pour perte de gain maladie, nous considérons que vous êtes en congé non payé, congé qui ne donne plus droit aux vacances.

Dès lors, votre droit aux vacances se calcule sur les jours travaillés, soit du 16 août 2007 au 25 mars 2008, soit un total de 20,88 jours, arrondi à 21 jours de vacances. Il ressort de nos dossiers que vous avez pris 9 jours de vacances pour cette même période, laissant un solde en votre faveur de 12 jours de vacances.

Les 14 jours de carence selon les fiches de salaires des mois de mars et avril 2008 vous ont été versés à tort, n'ayant au moment de l'établissement de ces fiches pas encore reçu la décision de la Nationale Suisse Assurance.

Une fiche de salaire pour le mois de juillet 2008 est jointe à ce courrier. Cette fiche de salaire prend en compte la restitution de l'indemnité maladie carence (14 jours) versée en trop et de votre droit aux vacances de 12 jours.

Ce décompte de salaire pour le mois de juillet 2008 laisse apparaître un montant en notre faveur de Fr. 29.95. Montant que nous renonçons à vous demander (...) ».

16. La défenderesse a réagi à la requête de la demanderesse par pli daté du 19 août 2008, reçu au greffe du tribunal de céans le 21 août 2008, dont la teneur est la suivante :

« Suite à votre courrier du 11 07 2008, je vous fais part de mon étonnement à la citation de comparaître, car Madame T. \_\_\_\_\_ a quitté son emploi de son plein gré le 25 mars 2008 car j'étais présente sur mon lieu de travail à son arrivée afin de l'assister et Jacqueline a refusé mon aide en me disant que je n'avais rien à faire ici et que si je restais et elle partirait car elle refusait catégoriquement de travailler avec moi donc elle est partie et le lendemain matin j'ai reçu un arrêt de travail.

Si T. \_\_\_\_\_ n'a reçu aucune indemnité cela ne vient pas de moi mais de la Nationale suisse qui a pris cette décision (...).

Pour ce qui est des heures où soit disant elle était seule cela n'est pas réel car le matin où elle est présente j'arrive à 9h, pour ce qui est de la pause de 10 minutes toutes les 2 heures une chambre était à sa disposition mais en aucun cas elle ne m'a formulé cette demande, je suis très peinée par cette attitude car elle ne m'a jamais parlé de sa grossesse,

c'est moi qui l'ai découverte car elle avait changé et elle m'a formellement nié son état, elle a toujours été en pleine forme, preuve à l'appui si besoin.

Et je vous certifie que par moments elle avait tout le loisir de discuter avec les clients au bar, quand Mme T. \_\_\_\_\_ décidait de ne pas se rendre au travail en me prévenant le jour même je ne lui refusait pas et quand je l'ai engagée je vous promets que jamais je n'aurais imaginé ceci, j'ai toujours été très cool, même qu'une fois elle m'a dit que je n'avais pas le profil pour être patronne car je n'avais pas assez de caractère. Je n'en dis pas plus car je pourrais en écrire un livre (...) ».

17. Par courrier du 20 août 2008, la Nationale suisse a rappelé à la défenderesse que le droit aux prestations de la demanderesse n'était pas établi, d'autant plus que ni la demanderesse ni son médecin traitant, le Dr. [...], ne s'étaient opposés à sa décision de refus d'allouer les prestations. Elle a également communiqué qu'elle considérait que la décision avait été acceptée par la demanderesse et qu'elle clôturerait par conséquent le dossier sans suite.

18. La demanderesse a accouché en date du 30 août 2008.

19. Par pli reçu au greffe du tribunal de céans le 6 septembre 2008, Me [...], défenseur de la demanderesse, a requis une inspection locale, notamment pour déterminer les conditions de travail de la demanderesse au Z. \_\_\_\_\_. En effet, il a allégué que les revendications de la demanderesse étaient en particulier fondées sur le fait que les conditions de travail pour une femme enceinte n'étaient pas réunies. Selon lui, le lieu de travail était enfumé, il n'y avait pas de salle de repos, et la demanderesse ne disposait pas d'une aide pour les charges lourdes, puisqu'elle était seule dans l'établissement.

20. Une audience de conciliation s'est déroulée le 8 septembre 2008 par devant le Président du tribunal de céans. A cette occasion, la demanderesse a modifié ses conclusions. Elle a demandé à ce que la défenderesse lui doive le paiement d'un montant de CHF 13'822.30, représentant l'addition des sommes de CHF 11'064.-, CHF 751.80, CHF 777.- et CHF 1'229.50. La défenderesse a conclu au rejet des conclusions de la demanderesse. La conciliation a été vainement tentée.

21. Une audience de jugement a eu lieu par devant le tribunal de céans le 17 novembre 2008.

Lors de cette séance, deux témoins ont été entendus :

- M. Pascal P [...] a déclaré ce qui suit :

« Je connais les parties, car j'allais boire le café le matin vers 6h - 6h30, presque tous les matins quand je passais la frontière. Je n'y allais pas plusieurs fois par jour. Il y avait une personne qui servait, notamment en 2008, c'était toujours Mme T. \_\_\_\_\_. J'ai vu une fois Mme E. \_\_\_\_\_, mais c'était un jour où je suis allé au café à midi. Mme E. \_\_\_\_\_ a insulté Mme T. \_\_\_\_\_ devant tout le monde à une foire à Besançon. C'était au début mai, sauf erreur, je ne sais pas la date exacte. Elle lui a dit : « tu n'auras jamais du fric de ma part, je ne veux plus te voir

dans mon établissement ». Mme E. \_\_\_\_\_ était très en colère. Et je n'ai pas entendu tout ce qui s'est dit. Je ne l'ai pas entendu dire quelque chose à propos du fait qu'elle travaille au stand. Quand je suis arrivé, elle n'aidait pas son mari. Son mari avait un stand de poissons, où on pouvait manger. Je suis allé plusieurs fois à la foire. J'ai vu la demanderesse deux fois, elle était accompagnée de ses enfants, ils étaient à table, mais je ne sais pas s'ils avaient mangé ou s'ils allaient manger, mais elle n'était pas entrain de travailler, car elle discutait avec moi. Son mari n'est plus restaurateur, mais il a tenu un restaurant auparavant et il sait faire à manger. J'ai vu Mme E. \_\_\_\_\_ en compagnie d'une femme que je ne connais pas. La foire n'est pas entièrement fermée, mais le stand de Mme T. \_\_\_\_\_ était dans la zone fermée et elle était interdite de fumée ».

- Mme Nicole Z [...] s'est exprimée comme suit :

« Mme E. \_\_\_\_\_ est bien assurée de façon collective pour son entreprise à la Nationale. Il est exact que la Nationale a refusé de payer l'incapacité de travail de Mme T. \_\_\_\_\_. Cela est fondé sur l'article 9 E des Conditions générales. Nous avons reçu les certificats médicaux de la personne assurée. Le médecin nous a indiqué le risque d'accouchement prématuré, à cause du tabagisme passif. Cela ne rentre pas dans les hypothèses de l'article en question. Nous avons soumis le cas à notre médecin conseil, qui à juste titre selon moi nous a conseillé de refuser d'allouer des prestations. Ni Mme T. \_\_\_\_\_, ni son médecin traitant, n'ont remis en cause la décision de la Nationale. Mme T. \_\_\_\_\_ avait un droit direct d'intervenir contre l'assureur. A ma connaissance, on a demandé un rapport médical complet au médecin traitant. En principe on le fait par écrit en lui envoyant un questionnaire qu'il nous retourne. La fausse couche est couverte et non pas le risque de fausse couche. A ma connaissance, la fausse couche c'est lorsqu'il y a un embryon qui ne se développe pas bien et qui meurt. Et la toxicose est une infection intrinsèque à la personne assurée, qui ne peut invoquer des raisons extérieures, soit par exemple le tabagisme passif. Au niveau de l'incapacité de travail, il y a une restriction importante et stricte, mais qui apparaît clairement dans les conditions générales. En ce qui concerne les renseignements médicaux reçus, à titre personnel, j'ai noté que Mme T. \_\_\_\_\_ avait été en arrêt suite à l'amniosynthèse qu'elle a subi et que dans un deuxième temps l'incapacité de travail se poursuivait à cause d'un risque d'accouchement prématuré lié aux conditions de travail (fumée, port de charges lourdes). Notre décision n'a pas été contestée. Je peux confirmer que Mme T. \_\_\_\_\_ a également reçu notre décision, mais qu'il n'y a pas de voies de recours indiquées, car il s'agit d'une assurance de la LCA. L'assuré agit par voie d'action et non en recourant. Je pars du principe que c'est à l'employeur de transmettre les conditions générales à ses employés. En l'espèce, je ne peux pas dire si elles ont été transmises à Mme T. \_\_\_\_\_. L'âge de Mme T. \_\_\_\_\_ n'a pas joué un rôle dans notre décision. A ma connaissance, il y a d'autres produits d'assurance qui couvriraient plus, pour lesquels il y a une prime plus élevée, mais je n'en suis pas sûre. Je pense que Mme E. \_\_\_\_\_ a été mise au courant à la signature du contrat ».

Au cours de cette même audience, une conciliation partielle, dont la teneur est la suivante, a abouti :

« I. Les parties conviennent de suspendre la cause qui sera reprise sur requête de la partie la plus diligente.

II. E. \_\_\_\_\_ s'engage à informer d'ici la fin du mois T. \_\_\_\_\_ au sujet de son affiliation à l'AVS pour qu'elle puisse toucher les indemnités suite à son accouchement.

III. E. \_\_\_\_\_ versera le 28 novembre 2008 en mains de Mme T. \_\_\_\_\_ une somme de CHF 3'000.- (trois mille francs) à prendre en compte dans le décompte final à la fin du litige ».

22. Par pli daté du 17 novembre 2008, la Caisse cantonale vaudoise de compensation a informé la demanderesse du fait que ses salaires de l'année 2007 n'avaient pas été déclarés par la défenderesse.

23. Par courrier daté du 2 décembre 2008, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS a informé la défenderesse qu'elle avait procédé à son affiliation en qualité d'employeur avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2006.

24. La reprise de l'audience de jugement a eu lieu le 23 mars 2009. Lors de cette audience, un témoin a été entendu :

- M. Jean B [...] a déclaré ce qui suit :

« Je suis titulaire de la patente de l'établissement du Z. \_\_\_\_\_. Ma tâche est d'être présent 14 heures par semaine. Je suis dans l'établissement pour boire un café et vérifier les conditions d'hygiène, du lundi au vendredi de 20h à 22h, et le samedi de 18h à 22h.

Je précise que l'établissement ferme à 20h le samedi lorsqu'il y a peu de clients. En qualité de titulaire de la patente, je ne suis pas responsable des salaires ni de l'engagement du personnel. Je sais seulement qu'il y a des salaires minimum à respecter. Je suis actuellement toujours titulaire de la patente. Je vois souvent Mme E. \_\_\_\_\_, qui est présente en même temps que moi dans l'établissement. Je ne connais pas personnellement Mme T. \_\_\_\_\_, je n'ai fait que la voir dans le cadre de son travail. Je ne sais donc pas si ses salaires ont été payés. Ce n'est pas moi qui ai établi le contrat de gérance avec Mme E. \_\_\_\_\_. Je n'ai fait que remplir le contrat pour la licence.

Mme E. \_\_\_\_\_ a de bonnes relations avec ses employés. Je n'ai jamais constaté d'anomalies, dans la gestion de l'entreprise en particulier. Mme E. \_\_\_\_\_ fait l'ouverture de l'établissement, dès 5h du matin, jusqu'à la fermeture. Je le sais car je suis présent à des horaires différents que ceux que m'imposent ma patente.

Mon contrat avec Mme E. \_\_\_\_\_ consiste essentiellement à être présent 14 heures par semaine ».

Lors de cette audience, la conciliation a été tentée, sans succès. Me [...], défenseur de la demanderesse, a confirmé la réception par sa cliente du montant de CHF 3'000.- prévu par la convention signée à l'audience du 17 novembre 2008, et a également renoncé à l'inspection locale. Durant les plaidoiries, la demanderesse a confirmé ses conclusions. La défenderesse a conclu à libération, sous réserve de la somme de CHF

2'646.80, constituant le paiement de 28 jours d'indemnité à 88% du salaire brut de la demanderesse. Les parties se sont déclarées d'accord avec un jugement directement motivé."

**B.** T.\_\_\_\_\_ a recouru contre ce jugement en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que E.\_\_\_\_\_, titulaire de la raison individuelle Z.\_\_\_\_\_, doit lui payer le montant de 13'822 fr. 30 (I) et à son annulation (II).

L'intimée a conclu, avec dépens, au rejet du recours.

### **En droit :**

**1. a)** Les parties peuvent recourir au Tribunal cantonal contre les jugements d'un tribunal de prud'hommes ou de son président (art. 46 al. 1 LJT [loi du 17 mai 1999 sur la juridiction du travail, RSV 173.61]), en réforme et en nullité (art. 48 let. b LJT).

Les règles ordinaires de la procédure contentieuse relatives aux recours contre les jugements des tribunaux d'arrondissement et des présidents en procédure accélérée et sommaire sont applicables, sous réserve des règles spéciales posées par la LJT (art. 46 al. 2 LJT).

Interjeté en temps utile par une partie qui y a intérêt, le recours est recevable en la forme et régi par les art. 443 ss CPC et 46 ss LJT.

**2.** La recourante n'a développé séparément aucun moyen à l'appui de son recours en nullité, qui est ainsi irrecevable (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, n. 2 ad art. 465 CPC, p. 722).

**3. a)** Les conclusions en réforme du recours ne sont ni nouvelles ni plus amples (art. 452 al. 1 CPC applicable par le renvoi de l'art. 46 al. 2 LJT); elles sont recevables.

**b)** Dans le cadre du recours en réforme contre un jugement principal rendu par un tribunal de prud'hommes ou par son président, les parties ne peuvent articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux résultant 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. 1ter CPC, applicable par le renvoi de l'art. 46 al. 2 LJT; JT 2006 III 3, c. 1d/aa p. 5; 29, c. 1b pp. 30/31; JT 2003 III 3, c. 3a pp. 6/7; 16, c. 2b p. 18 et 109/110 c. 1b). Dans ces limites, la Chambre des recours revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC, applicable par renvoi de l'art. 46 al. 2 LJT).

**4. a)** Les premiers juges ont considéré en bref que la recourante avait droit, pour la première année de service ayant couru du 16 août 2007 au 15 août 2008, au salaire de trois semaines (21 jours), sous déduction de 7 jours déjà versés pour une absence intervenue en janvier 2008. Ils ont pris en compte un salaire mensuel brut de 3'330 fr., qui, eu égard à un nombre moyen de 30 jours par mois, correspondait à une indemnité journalière de 111 francs. En se référant aux art. 22 et 23 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : la CCNT), ils ont alloué à la recourante d'une part un montant de 1'367 fr. 50 correspondant à 14 indemnités journalières (21 - 7) comptées à concurrence de 88 % (cf. art. 23 al. 1 CCNT), d'autre part un montant de 1'465 fr. 20 correspondant selon le même calcul à 15 indemnités journalières pour la période du 16 au 30 août 2008, à savoir au total 2'832 fr. 70.

**b)** La recourante prétend qu'elle a droit à une somme de 13'822 fr. 30, qui englobe les montants de 11'064 fr. à titre de salaire durant l'incapacité entre le 25 mars et le 30 août 2008, de 751 fr. 80 à titre de remboursement pour les 7 jours de carence payés fin mars 2008,

de 777 fr. à titre de remboursement pour les 7 jours de carence payés début avril 2008 (ces deux derniers montants ayant été portés en déduction sur la fiche de salaire en juillet 2008 par 1'345 fr. 25) et de 1'229 fr. 50 à titre de part au treizième salaire (jgt p. 24 c. II).

**5. a)** Depuis le 1er août 2000, les art. 35, 35a et 35b LTr (loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS 822.11) règlent les conditions d'emploi des travailleuses enceintes.

Aux termes de l'art. 35 al. 1 LTr, l'employeur doit occuper les femmes enceintes de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et il doit aménager leurs conditions de travail en conséquence. Selon l'art. 35 al. 2 LTr, l'occupation de femmes enceintes à des travaux pénibles ou dangereux, travaux que le Conseil fédéral doit définir par une ordonnance, est interdite ou soumise à des conditions particulières.

L'art. 35 al. 3 LTr prévoit que l'employeur doit payer le salaire au taux de 80 % lorsque la travailleuse enceinte ne peut pas être occupée à des travaux pénibles ou dangereux et que l'employeur ne peut lui proposer aucun travail équivalent. Cette disposition suppose que la prestation habituelle de la travailleuse, à fournir par celle-ci selon le contrat, soit pénible ou dangereuse pour une femme enceinte, selon l'art. 35 al. 2 LTr. L'employeur doit alors, s'il est en mesure de le faire, proposer à la travailleuse un travail équivalent mais ni pénible ni dangereux, travail qui donnera droit au salaire complet; si l'employeur n'est pas en mesure de proposer ce travail équivalent, alors la travailleuse demeure inoccupée et l'employeur lui doit le salaire au taux de 80 %. Si l'employeur est en mesure de proposer un travail à temps partiel seulement, la travailleuse doit l'accepter aussi; elle a droit au plein salaire pour le temps consacré à ce travail et au salaire réduit pour le temps où elle n'est pas occupée (Rémy Wyler, [commentaire de la] Loi sur le travail, Berne 2005, ch. 22 à 25 ad art. 35 LTr).

L'art. 35a al. 1 et 2 LTr exclut qu'une travailleuse enceinte soit occupée sans son consentement, quelle que soit l'activité à accomplir; sur simple avis, la travailleuse peut se dispenser d'aller au travail ou le quitter. L'art. 35b LTr concerne l'horaire de travail.

**b)** D'après certains auteurs, depuis le 1er juillet 2005, la grossesse n'est plus suffisante, à elle seule, pour justifier une absence rémunérée selon l'art. 324a al. 3 CO; il faut de plus qu'elle constitue objectivement un empêchement de travailler (Streiff/von Kaenel, op. cit., p. 296; Rémy Wyler, op. cit., ch. 10 ad art. 35a LTr). Cela s'explique en considération de ce que cette règle n'est pas destinée à assurer, aux frais de l'employeur, un congé qui s'ajouterait à celui désormais prévu par l'art. 329f CO et donnant droit aux allocations pour perte de gain (TF arrêt no 4C.36/2007 du 26 mars 2007 c. 4.2).

**c)** Les parties sont liées par un contrat de travail; leur relation était soumise à la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés conclue le 6 juillet 1998, ci-après la convention ou CCNT, dont le Conseil fédéral a étendu le champ d'application par arrêtés du 19 novembre 1998 (FF 1998 p. 4856) et du 8 décembre 2003 (FF 2003 p. 7409).

Les art. 23 et 24 CCNT appartiennent aux clauses normatives de la convention, destinées à régir les relations entre employeurs et travailleurs assujettis; ils s'interprètent donc de la même manière que des dispositions légales (ATF 127 III 318 c. 2a p. 322; voir aussi ATF 130 V 309 c. 5.1.2 p. 314) et, compte tenu de ce que le champ d'application de la convention est étendu, ils appartiennent au droit fédéral (ATF 98 II 205 c. 1 p. 207; voir aussi ATF 120 II 341 c. 2 in fine p. 344). On relève que déjà avant le 1er juillet 2005, la convention distinguait clairement entre l'hypothèse où la grossesse constituait objectivement un empêchement de travailler, hypothèse régie par l'art. 23 CCNT, et celle où la travailleuse enceinte décidait librement d'interrompre son activité, ses droits étant alors déterminés par l'art. 24 al. 3 CCNT (TF arrêt no 4C.36/2007 du 26 mars 2007 précité c. 3).

Dans l'arrêt précité no 4C.36/2007, le Tribunal fédéral n'a pas discuté la problématique de savoir si la fumée passive entraine ou non dans les hypothèses visées par l'art. 35 LTr ou s'il y avait une lacune à combler par voie jurisprudentielle (c. 6). La jurisprudence de la cour de céans, qui n'a pas été contredite par le même arrêt du 26 mars 2007 a répondu par la négative. Il y a lieu de s'en tenir à cette solution.

Dans l'arrêt F. c. D. du 14 août 2006 (au sujet duquel le Tribunal fédéral a rendu son arrêt 4C.36/2007), la cour de céans a en effet considéré que l'exposition à la fumée du tabac, respectivement à la nicotine, n'entraîne pas dans le cadre des hypothèses visées aux art. 35 al. 2 LTr, 62 OLT 1 et 16 let. d OPmat. Elle n'ouvre donc pas le droit à l'indemnisation prévue à l'art. 35 al. 3 LTr et ne nécessite pas l'analyse des risques ou la prise de mesures de protection adéquates prévues à l'art. 62 al. 1 OLT 1. Dans cette affaire, la Chambre des recours a relevé notamment ce qui suit :

"Dans son certificat médical du 15 mars 2005, attestant d'une incapacité de travail totale du 15 mars jusqu'au début du congé maternité, le Dr [...] a indiqué comme motif la grossesse de la recourante. Dans sa réponse au questionnaire envoyé par l'assureur, ce médecin a indiqué que l'incapacité de travail en cause était due à l'exposition chronique à un toxique délétère pendant la grossesse, que le fait de travailler dans un restaurant fumeur alors que la recourante était non-fumeuse constituait des éléments objectifs et subjectifs entraînant cette incapacité, que la mise à l'écart de son lieu de travail était le traitement entrepris et que finalement une augmentation de la capacité n'était pas prévue sauf si le restaurant devenait non-fumeur (...). A l'audience, il a déclaré qu'il lui était arrivé de délivrer des certificats dans des circonstances similaires notamment pour une femme peintre en bâtiment dont la grossesse était incompatible avec l'exposition aux solvants et que, selon lui, il ne faisait pas de doute que le tabagisme passif était également dangereux pour l'enfant, la nicotine provoquant une diminution de l'oxygénation du sang artériel, réduisant la croissance intra-utérine et augmentant le risque d'un accouchement prématuré. Le Dr [...] a confirmé qu'il n'y avait pas d'autre cause à l'arrêt de travail en cause (...)."

**d)** Pour élucider le sens des mots « médicalement inapte au travail » dans l'art. 24 al. 1 CCNT, il faut prendre en considération que les art. 23 et 24 CCNT se substituent, pour les employeurs et travailleurs

concernés, à l'art. 324a al. 1 à 3 CO. Ils visent ainsi, à l'instar de cette dernière disposition, des causes d'incapacité de travail inhérentes à la personne du travailleur, à l'exclusion d'autres sortes d'empêchements. L'inaptitude médicale de l'art. 24 al. 1 CCNT trouve donc son origine, le cas échéant, dans l'état de santé de la travailleuse concernée (TF 4C.36/2007 du 26 mars 2007 précité c. 5).

**e)** Le 25 mars 2008, le docteur Frédéric [...], médecin généraliste à Mouthe (France) a certifié que l'état de santé de la recourante justifiait « un arrêt de travail à 100 % jusqu'au 8 avril 2008 ». Le 3 avril suivant, le médecin gynécologue Michel F [...], à Besançon, a certifié qu'il avait prescrit un arrêt de travail jusqu'au 7 mai 2008 « en rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse », tout en indiquant ce qui suit sous la rubrique « éléments d'ordre médical » : « travail pénible post amniosynthèse ». Le 7 mai 2008, ce médecin a certifié que l'incapacité de travail se poursuivait jusqu'à une prochaine consultation fixée au 10 juin 2008. Le 11 juin 2008, il a certifié qu'un arrêt de travail était prescrit jusqu'au 2 juillet 2008, tout en indiquant ce qui suit sous la rubrique « éléments d'ordre médical » : « Conditions de travail (tabagisme passif) incompatibles avec la grossesse ». Le 3 juillet suivant, il a certifié qu'il avait prescrit un arrêt de travail jusqu'au 10 juillet 2008, tout en indiquant ce qui suit sous la rubrique « éléments d'ordre médical » : « MAP », ce qui est l'abréviation de « menace d'accouchement prématuré ». Le 11 juillet 2008, il a certifié qu'il avait prescrit un arrêt de travail jusqu'au 21 juillet suivant, à nouveau avec l'indication « MAP ». Le 22 juillet 2008, il a prolongé cet arrêt de travail jusqu'au 20 août 2008, avec l'indication « MAP ». Le 20 août 2008, il l'a prolongé avec la même indication jusqu'au 20 septembre 2008.

L'intimée déduit des certificats susmentionnés que la recourante n'était pas incapable de travailler et que son médecin a seulement exprimé qu'il considérait qu'un accomplissement de son travail par la recourante n'était pas adéquat eu égard aux conditions de travail.

Selon lui, comme jugé dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.36/2007, de telles considérations générales ne permettent pas de mettre la recourante au bénéfice de l'art. 23 al. 1 CCNT réglant l'assurance d'indemnité journalière en cas de grossesse.

Les auteurs des dits certificats n'ont pas émis un simple point de vue général, selon lequel le travail dans un établissement public ne conviendrait pas à une femme enceinte, mais ont attesté de l'effet d'un tel travail sur la santé de la recourante. En effet, le premier de ces certificats, émis par un médecin généraliste, indique que c'est l'état de santé de la recourante qui justifie un arrêt de travail. Dans des certificats postérieurs, un médecin gynécologue fait état, selon une formule préimprimée, d'un état pathologique résultant de la grossesse. Il s'ensuit qu'à la lettre de ces certificats, c'est bien l'état particulier de la recourante qui a justifié un arrêt de travail. Si cet état n'avait été que la grossesse, il n'aurait pas pu affecter la santé de la recourante comme dans le premier certificat précité, ni être tenu pour pathologique comme dans les suivants. Il est vrai que certains éléments des certificats du médecin gynécologue pourraient laisser penser que les conditions de travail ont été pour lui déterminantes au moment de prescrire un arrêt de travail. C'est ainsi qu'il a fait état d'un « travail pénible » et d'un « tabagisme passif incompatible avec la grossesse ». Mais il a aussi mentionné à plusieurs reprises la menace d'un accouchement prématuré, ce qui, dès lors que la recourante était alors âgée de près de 43 ans (jugement, p. 19), constituait une donnée particulière et n'était pas liée aux seules conditions de travail. De toute manière, si l'employeur entendait nier la portée de ces certificats de travail, il lui incombait de démontrer que leur contenu ne correspondait pas à la réalité. Or, l'intimée s'est bornée à recevoir l'avis de l'assurance La Nationale Suisse selon lequel sa couverture n'était pas donnée, sans chercher à remettre en cause les certificats fournis par la recourante.

De telles déclarations n'ont pas été émises en l'espèce et les médecins de la recourante n'ont pas été invités, après que la recourante les eut déliés du secret médical, à fournir une interprétation de leurs certificats. Rien ne permet dès lors de se distancer de la lettre de ceux-ci

et de considérer que l'état de santé de la recourante ne justifiait pas un arrêt de travail.

La recourante a ainsi été empêchée de travailler suite à une grossesse au sens de l'art. 22 al. 1 CCNT, qui renvoie aux art. 23 ss CCNT.

**6. a)** Lorsqu'une collaboratrice est déclarée médicalement inapte au travail pendant sa grossesse, elle a droit aux prestations selon l'art. 23 ch. 1 CCNT (art. 23 al. 2 CCNT). Cela signifie que l'employeur est tenu de souscrire une assurance indemnité journalière qui couvre ce risque pour la couverture du 80 % du salaire brut pendant 720 jours dans un intervalle de 900 jours consécutifs, ainsi que 88 % du salaire brut pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année de travail (art. 23 al. 1 CCNT).

Si l'employeur ne conclut pas une assurance indemnité journalière qui satisfait aux principes de l'art. 23 al. 1 CCNT, il doit fournir les prestations qui découleraient d'une réglementation conforme à la convention (Commentaire CCNT, ad art. 23 al. 4 CCNT, p. 58).

En l'espèce, l'employeur a souscrit une assurance perte de gain qui ne couvrait pas toute inaptitude médicale au travail pendant la grossesse, mais uniquement lors de complications de la grossesse, telles que toxicose ou fausse couche (ch. 9 let. E ch. 1 CGA), étant précisé que, selon le témoin Z [...], il existerait d'autres produits d'assurance qui offriraient une couverture plus large pour une prime plus élevée (jgt p. 22). L'intimée a donc contracté une assurance insuffisante au sens de la CCNT, si bien qu'elle doit elle-même les prestations prévues à l'art. 23 ch. 1 CCNT, quand bien même cette disposition va au-delà des minima prévus dans la LTr. Plus précisément, l'intimée doit fournir à la recourante d'abord 88 % de son salaire durant 60 jours, puis 80 % du même salaire jusqu'à l'accouchement, moment à compter duquel l'assurance n'a plus de restriction à invoquer pour refuser ses prestations.

Contrairement à ce qu'ont considéré les premiers juges, on ne se trouve pas dans le cas visé à l'art. 22 al. 2 CCNT, selon lequel « pour tout empêchement de travailler, sans faute du collaborateur, non réglé dans les art. 23 ss, l'employeur doit verser le salaire brut en vertu de l'art. 324a CO », « l'échelle bernoise (étant) déterminante ». Par empêchement non réglé à l'art. 23 CCNT, dès lors que la grossesse est expressément mentionnée à cette disposition, il faut comprendre par exemple l'accomplissement d'une fonction légale comme mentionné à l'art. 324a al. 1 CO. L'art. 22 ch. 3 CCNT, qui est relatif aux avances dues par l'employeur, ne saurait pour le surplus limiter le devoir de ce dernier de fournir des prestations selon l'art. 23 CCNT.

**b)** Avec les premiers juges, on peut retenir un salaire journalier brut de la recourante de 110 fr. (3'300 : 30), dont le 88 % représente 96 fr. 80. Pour les 60 jours qui ont couru du 25 mars au 23 mai 2008, la recourante a ainsi droit à 5'808 fr. (60 x 96 fr. 80). Pour la période du 24 mai au 30 août 2008, jour de son accouchement, à savoir durant 98 jours, elle a droit à 80 % de son salaire, par 8624 francs (98 x 110 x 80 : 100). Elle n'a cependant conclu qu'au paiement d'un montant inférieur, qui doit seul lui être alloué sous peine de statuer ultra petita.

La recourante n'a au surplus pas conclu à l'allocation d'un intérêt moratoire.

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner les arguments des parties concernant l'application de la loi fédérale sur le travail (travaux pénibles ou dangereux, activité de remplacement, local de repos).

**7.** En définitive, le recours doit être admis et le jugement réformé aux chiffres I et II de son dispositif en ce sens que l'intimée doit payer à la recourante la somme de 13'822 fr. 30, dont à déduire 3'000 fr. selon convention du 17 novembre 2008 (I), le chiffre II étant supprimé. Le jugement est confirmé pour le surplus.

S'agissant d'un conflit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr., le présent arrêt est rendu sans frais (art. 343 al. 2 et 3 CO; art. 235 TFJC, RSV 270.11.5).

L'intimée doit verser à la recourante la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

**I.** Le recours est admis.

**II.** Le jugement est réformé aux chiffres I et II de son dispositif comme il suit :

I.- dit que E.\_\_\_\_\_ doit à T.\_\_\_\_\_ la somme de 13'822 fr. 30 (treize mille huit cent vingt-deux francs et trente centimes), dont à déduire 3'000 fr. (trois mille francs) selon convention du 17 novembre 2008.

II.- supprimé.

Il est confirmé pour le surplus.

**III.** L'arrêt est rendu sans frais.

**IV.** L'intimée E.\_\_\_\_\_ doit verser à la recourante T.\_\_\_\_\_ la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

**Du 24 août 2009**

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 Renaud Lattion (pour T. \_\_\_\_\_),
- Me Charles Munoz (pour E. \_\_\_\_\_).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est d'environ 11'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), 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 de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :