

CHAMBRE DES RECOURS

Séance du 1 avril 2009

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Creux et M. Piotet, juge suppléant
Greffier : Mme Gabaz

Art. 20 LSE; 33 CCT romande du second œuvre; 448 al. 4, 452 al. 1ter CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **Y._____ SA**, à Lausanne, défenderesse, contre le jugement rendu le 4 juillet 2008 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec **N._____**, à Vevey, demandeur.

Délibérant en audience publique, la cour voit :

En fait :

A. Par jugement rendu le 4 juillet 2008, adressé le 28 octobre 2008 aux parties pour notification, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment dit qu'Y. _____ SA est la débitrice d'N. _____ de la somme de 99'403 fr. 20, avec intérêt à 5% dès le 1^{er} septembre 2005 (I), que les frais de justice sont arrêtés à 2'750 fr. à la charge du demandeur et à 2'820 fr. à la charge de la défenderesse (II), qu'Y. _____ SA est la débitrice d'N. _____ de la somme de 7'150 fr. à titre de dépens, TVA en sus sur 4'400 fr., soit 4'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil, TVA en sus, 400 fr. pour les débours de celui-ci, TVA en sus, et 2'750 fr. en remboursement de ses frais de justice (III) et que toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées (V).

La Chambre des recours fait sien dans son entier, sous réserve des points développés au considérant 2 ci-dessous, l'état de fait du jugement, dont il ressort ce qui suit:

"1.- Le 11 juillet 2003, N. _____, demandeur, a été engagé par Y. _____ SA, défenderesse, comme collaborateur temporaire pour être délégué auprès d'entreprises utilisatrices.

A la suite d'une incapacité de travail, le contrat temporaire d'N. _____ a été résilié pour le 23 décembre 2003.

Les derniers décomptes font état d'un salaire horaire global (vacances et 13^{ème} salaire compris) de Fr. 32.83.

Le demandeur a bénéficié de prestations de l'assurance accident jusqu'au 20 juin 2004 au soir mais est resté atteint dans sa santé au-delà en raison de la maladie. Pour la période ultérieure au 20 juin 2004, il n'a pas perçu d'indemnités journalières de l'assurance-maladie.

Selon les pièces produites, l'incapacité de travail du demandeur a été de 100 % du 21 juin 2004 au 31 janvier 2006, puis de 50 % du 1^{er} février au 31 mai 2006.

N. _____ a ouvert action contre Y. _____ SA devant le Tribunal de céans par demande du 21 octobre 2005, concluant au versement d'un montant de Fr. 49'188.25 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2005; il a par la suite augmenté ses conclusions à Fr. 89'986.-, les intérêts restant inchangés. Ce montant correspond aux indemnités

perte de gain issues de la maladie qui, selon le demandeur, ne lui ont pas été versées de par la faute de la défenderesse.

Par jugement du 15 juin 2006, dont la motivation a été envoyée pour notification le 28 septembre 2006, le Tribunal de céans a rejeté les conclusions du demandeur, en estimant qu'aucune faute ne pouvait être imputée à la défenderesse; selon les considérants du jugement, celle-ci n'était en effet pas dans l'obligation d'informer l'employé de son droit de transfert en assurance individuelle.

Selon arrêt du 11 avril 2007, dont la motivation a été envoyée le 16 juillet 2007, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a annulé le jugement du 15 juin 2006 et renvoyé au Tribunal de céans la cause pour nouvelle instruction dans le sens des considérants (s'agissant du montant du dommage) et nouveau jugement.

L'autorité de recours retient en résumé que l'article 48 OSE, qui précise l'article 20 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LES), couvre tous les domaines de l'assurance perte de gain, notamment le droit de passer dans l'assurance individuelle après la résiliation des rapports de travail, qui est un élément de la couverture d'assurance. En l'espèce, l'article 33 de la Convention collective de travail du second œuvre, conclue le 11 novembre 2000, est applicable et renvoie aux articles 67 ss LAMal. Selon l'article 71 de cette dernière, le droit de passer dans l'assurance individuelle est garanti. Il s'ensuit qu'en n'offrant pas à N._____ le libre passage dans l'assurance individuelle, la défenderesse a violé les obligations découlant de la CCT et doit réparer le préjudice subi.

2.- Dans un mémoire complémentaire du 3 janvier 2007, la défenderesse a conclu avec dépens au rejet des conclusions du demandeur; elle allègue subsidiairement qu'N._____ ne subirait dans tous les cas pas un dommage supérieur à Fr. 58'304.95.

Par déterminations du 12 février 2007, le demandeur a conclu à ce qu'Y._____ SA soit reconnue sa débitrice d'un montant de Fr. 89'986.- avec intérêt à 5 % dès le 1er mars 2005. A l'audience préliminaire, il a augmenté ses conclusions à Fr. 99'716.50 avec intérêts identiques.

3.- L'audience de jugement a été appointée au 1er juillet 2008.

Le dispositif a été notifié le 4 juillet 2008. Il a la teneur suivante:

I.- Y._____ SA est la débitrice d'N._____ de la somme de Fr. 99'403.20 (nonante neuf mille quatre cent trois francs et vingt centimes) avec intérêt à 5 % dès le 1er septembre 2005;

II.- les frais de justice sont arrêtés à Fr. 2'750.- (deux mille sept cent cinquante francs) à la charge du demandeur et à Fr. 2'820.- (deux mille huit cent vingt francs) à la charge de la défenderesse;

III.- Y. _____ SA est la débitrice d'N. _____ de la somme de Fr. 7'150.- (sept mille cent cinquante francs) à titre de dépens TVA en sus sur Fr. 4'400.-, soit Fr. 4'000.- à titre de participation aux honoraires de son conseil TVA en sus, Fr. 400.- pour les débours de celui-ci TVA en sus et Fr. 2'750.- en remboursement de ses frais de justice;

IV.- si aucune demande de motivation du présent jugement n'est présentée dans le délai légal, les frais prévus sous chiffre II.- ci-dessus seront réduits à Fr. 2'500.- (deux mille cinq cents francs) à la charge du demandeur et à Fr. 2'570.- (deux mille cinq cent septante francs) à la charge de la défenderesse, les dépens prévus sous chiffre III étant en conséquence réduits à Fr. 6'900.- (six mille neuf cents francs) TVA en sus sur Fr. 4'400.-;

V.- toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées."

4.- La défenderesse a adressé une demande de motivation le 7 juillet 2008."

En droit, les premiers juges ont considéré que le calcul du préjudice du demandeur devait se faire selon la formule suivante: salaire horaire de base + 13^{ème} salaire x horaire hebdomadaire conventionnel x 52 semaines, divisé par 365 jours, ramené à 80%. Ils ont en outre retenu qu'en l'absence d'horaire hebdomadaire conventionnel, il fallait tenir compte d'une durée hebdomadaire moyenne de travail de 41 heures. Ils ont ainsi arrêté le préjudice du demandeur à 99'403 fr. 20, selon le calcul suivant:

" Le salaire horaire global du demandeur était de Fr. 32.83. Son salaire annuel était ainsi de Fr. 69'993.55 (41 heures x 32,83/heure x 52 semaines). Le salaire journalier est dès lors de Fr. 191.75 (salaire annuel / 365), dont 80 % correspond à Fr. 153.40.

Du 21 juin 2004 au 31 janvier 2006 (590 jours), l'incapacité de travail était de 100 %. Compte tenu des deux jours de carence, le demandeur aurait dû percevoir Fr. 90'199.20 (588 jours x Fr. 153.40) d'indemnités.

Du 1^{er} février au 31 mai 2006 (120 jours), période durant laquelle l'incapacité de travail était de 50 %, l'indemnité aurait été de Fr. 9'204.- (153.40 x 120).".

B. Par acte du 31 octobre 2008, Y. _____ SA a recouru contre ce jugement concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que la demande d'N. _____ est rejetée.

Dans son mémoire ampliatif, la recourante a développé ses moyens et confirmé ses conclusions.

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

En droit :

1. Les art. 444, 445 et 451 ch. 2 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11) ouvrent la voie du recours en nullité et en réforme contre les jugements principaux rendus par un tribunal d'arrondissement statuant en procédure accélérée.

Déposé en temps utile, par une partie qui y a intérêt, le recours, exclusivement en réforme, est recevable (art. 458 et 461 CPC).

2. Saisie d'un recours en réforme dirigé contre un jugement rendu par un tribunal d'arrondissement en procédure accélérée, la Chambre des recours revoit librement la cause en fait et en droit, sur la base du dossier de première instance, sans réadministration des preuves. Elle 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. Les parties ne peuvent toutefois 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 et 2 CPC; JT 2003 III 3). La Chambre des recours n'ordonne une instruction complémentaire ou n'annule d'office le jugement (art. 456a CPC) que si, au vu des éléments du dossier, elle

éprouve un doute sur le bien-fondé d'une constatation de fait déterminée, si elle constate que l'état de fait du jugement n'est pas suffisant pour juger la cause à nouveau ou si elle relève un manquement des premiers juges à leur devoir d'instruction, et cela à condition que les preuves figurant au dossier ne permettent pas de remédier à ces vices (JT 2003 III 3 précité).

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 n'ordonne 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, il annule d'office le jugement (JT 2003 III 3 précité)

En l'espèce, l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il convient toutefois de le compléter comme il suit:

- Le considérant 4 de l'arrêt de la cour de céans du 11 avril 2007 a la teneur suivante:

"4. a) Le recourant soutient que l'intimée devait lui permettre, après la résiliation des rapports de travail, de passer dans l'assurance individuelle de [...] et l'informer de cette possibilité. Ne l'ayant pas fait, elle est tenue de réparer le dommage qui en est résulté, savoir l'absence de versement d'indemnités journalières pour cause de maladie.

b) Selon l'article 20 alinéa 1^{er} de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : LSE; RS 823.11), lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. Cette règle n'a pas été modifiée par la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004. Le Message indique que cette disposition est une réponse aux virulentes critiques que soulevaient l'inapplicabilité des conventions collectives étendues aux travailleurs temporaires et le climat de concurrence défavorable pour les employeurs et les associations de travailleurs qui découlait de cette différence de traitement. Il précise que la restriction aux conditions de salaire et à la durée du travail se justifie par le fait que, dans les conventions collectives, les partenaires sociaux conviennent souvent de prestations inhabituelles pour la location de services en raison de la

structure particulière du contrat de travail (Feuille Fédérale [FF] 1985 III 589).

Le Tribunal fédéral a relevé, en se fondant sur les travaux parlementaires, qu'il convenait de ne pas donner une interprétation stricte aux termes "salaire" et "durée du travail", car en refusant l'application aux travailleurs intérimaires de toutes les dispositions d'une convention collective étendue concernant les conditions de travail, le législateur a surtout voulu éviter que ces travailleurs puissent se prévaloir de dispositions qui, par leur nature, sont étrangères à leur statut et dans un souci de praticabilité. Dans ces circonstances, l'interprétation de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (Ofiamt) selon laquelle le salaire comprenait celui en cas d'empêchement de travailler dû à une maladie, à un accident, à l'invalidité, au service militaire ou civil, interprétation approuvée par la doctrine, devait être confirmée. Cette interprétation était en effet conforme au texte et à la systématique de la loi, les articles 324a et 324b du Code des obligations du 30 mars 1911 (ci-après : CO; RS 220), qui prévoyaient le régime dérogatoire de l'assurance perte de gain, ayant trait à un salaire. En outre, cette interprétation était conforme au but de la loi. En effet, le régime de la protection du travailleur contre la perte de gain en cas d'incapacité de travail était inclus dans les coûts salariaux. Or, c'est pour rendre loyales les conditions de concurrence sur ce plan que le législateur a entendu obliger le bailleur de services à respecter les dispositions des conventions collectives étendues concernant le salaire. Il sautait aux yeux, selon le Tribunal fédéral, que s'il était loisible au bailleur de services d'accorder au travailleur des droits inférieurs à ceux prévus par la convention collective de travail s'agissant du salaire en cas d'empêchement de travailler, cela provoquerait une sous-enchère salariale nuisible aux employeurs qui appliquent la convention collective à leur propres travailleurs (Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse [ATF] 124 III 126, c. 1b/bb).

L'article 48a alinéa 1^{er} lettre f de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après OSE; RS 823.111), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999 - soit postérieurement à l'ATF 124 III 126 - a repris l'interprétation de l'Ofiamt, puisqu'il dispose que les dispositions concernant le salaire sont les dispositions régissant le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part, selon l'article 324a CO, notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire, service de la protection civile, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade.

La lettre g de cette disposition précise que sont des règles régissant le salaire, celles réglant la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain selon l'article 324a alinéa 4 CO). L'intimée en déduit que seules les dispositions des conventions collectives étendues relatives à la part des primes de l'assurance-maladie perte de gain s'appliquent aux travailleurs temporaires. On ne saurait la suivre dans cette interprétation. Cette disposition n'exclut pas expressément les autres domaines de l'assurance perte de gain et elle apparaît comme un ajout, ces autres domaines étant toujours couverts par l'article 48 alinéa 1^{er} lettre f OSE. En effet, au regard du but de la LSE, l'octroi de la

couverture d'assurance prévue par une convention collective étendue, mais à un taux de participation aux primes de l'employeur inférieur à celui prévu par la convention collective, serait de nature à fausser la concurrence, les frais du bailleur de services étant alors inférieurs à celui de l'employeur qui applique la convention collective. On ne voit pas pourquoi, au regard du but de la LSE, il se justifierait, pour garantir une concurrence loyale, de ne déclarer applicable aux travailleurs intérimaires que les dispositions des conventions collectives relatives à la participation de l'employeur aux primes d'assurance et de laisser aux entreprises de location de services une latitude complète pour définir la couverture d'assurance, soit notamment le taux d'indemnisation et la durée de la couverture, éléments qui ont également une influence déterminante sur les coûts de cette assurance pour l'employeur. Quant au droit de passer dans l'assurance individuelle après la résiliation des rapports de travail, qui est un élément de la couverture d'assurance, il n'apparaît pas que son application soit impraticable du fait de la structure particulière du contrat de location de services. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que ce droit, lorsqu'il était prévu par une convention collective de travail étendue, était couvert par l'article 20 LSE (ATF 124 III 126 précité, c. 3). Il y a donc lieu d'admettre que ce droit est ainsi compris dans la définition de l'article 48a alinéa 1^{er} lettre f OSE.

Il convient donc d'examiner la réglementation conventionnelle qui a été étendue.

c) Selon l'article 33 chiffre 1 CCT, qui a été étendu, le travailleur est assuré contre la perte de gain résultant de la maladie et de la maternité. Les conditions d'assurance doivent être au moins équivalentes à la LAmal (art. 67 ss). La lettre c de cette disposition, qui a été également étendue, dispose que dans le canton de Vaud, les dispositions particulières d'application relatives à l'assurance de l'indemnité journalière en cas de maladie sont applicables (annexe V).

L'article 5 de cette annexe V, qui a été étendu, prévoit que la couverture d'assurance est acquise après un mois d'occupation dans l'entreprise. En cas d'incapacité de travail durant ce premier mois, l'employeur est astreint au paiement du salaire selon les normes du CO.

L'article 9 de ladite annexe, qui a été étendu, dispose que le travailleur assuré doit être informé sur ses droits de passage dans une autre assurance ou dans l'assurance individuelle de l'assureur gérant l'assurance collective de l'entreprise. Un exemplaire des conditions d'assurance doit être remis au travailleur. La prime de l'assurance individuelle est calculée d'après l'âge d'entrée dans l'assurance collective.

Selon l'article 71 alinéa 1^{er} de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (ci-après : LAmal; RS 832.10), qui fait partie du titre 3 comprenant les articles 67 et suivants, lorsqu'un assuré sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur. Si, dans l'assurance individuelle, l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées, de

nouvelles réserves ne peuvent être instituées; l'âge d'entrée déterminant dans le contrat collectif est maintenu.

Il ressort donc de cette réglementation que le travailleur soumis à cette convention a un droit de passage dans l'assurance individuelle et qu'il doit être informé de ce droit.

d) En l'espèce, le recourant a travaillé plus d'un mois pour l'intimée. Celle-ci était en conséquence tenue de conclure en sa faveur une assurance-perte de gain permettant son passage dans l'assurance individuelle à l'échéance du contrat cadre du 11 juillet 2003 et de l'informer de ce droit. En signant avec l'assureur [...] un contrat excluant expressément ce droit de passage, l'intimée a violé les obligations découlant de la CCT. Selon la jurisprudence, elle doit répondre de ces violations en application de l'article 97 CO et réparer le dommage subi, soit les prestations que le travailleur aurait reçues de la compagnie d'assurance pour la réalisation du risque considéré (ATF 124 III 126, c. 4; ATF 115 II 251, c. 4 et références). Peu importe à cet égard que le droit aux prestations litigieuses soit né après la fin des rapports de travail, puisque ce droit aurait trouvé son fondement dans le contrat d'assurance individuelle que le recourant aurait pu conclure si l'intimée avait respecté ses obligations.

Le recourant a allégué le calcul de son dommage aux chiffres 23 à 31 de sa demande. L'intimée a contesté en grande partie ces allégués et il n'apparaît pas que l'instruction ait porté sur ce point. Le recourant effectue en page 7 de son mémoire de recours un calcul dont les résultats diffèrent légèrement de ceux de la demande. L'intimée ne s'est pas déterminée sur ce calcul. Au vu de ces éléments et afin de garantir aux parties la double instance quant à l'appréciation des faits, il convient d'annuler d'office le jugement en application de l'article 456a alinéa 2 CPC."

- Selon les certificats médicaux du Dr [...] des 29 octobre 2004, 2 février et 3 mai 2006, N. _____ a été en incapacité de travail à 100% dès le 1^{er} juin 2004, puis à 50% dès le 1^{er} février 2006 (cf. pces 22, 23 et 24 des bordereaux des 28 mars et 6 juin 2006).

- Il ressort de l'expertise du Dr [...] du 9 mai 2005, adressée à l'Office AI (cf. pce 9, pp. 7 et 11, du bordereau du 21 octobre 2005), qu'N. _____ "ne peut plus avoir d'activité lourde telle que peintre en bâtiment. En revanche, dans une activité sédentaire ou semi-sédentaire, sa capacité de travail est de 50%, comme le signale le Dr [...] dans son rapport du 14.12.2004". Cette expertise mentionne encore ce qui suit:

"1. Etat au terme du délai de carence, à savoir novembre 2004 (anamnestiquement)

En novembre 2004 l'état de ce patient ne lui permettait pas d'avoir un quelconque rendement dans des activités que ce soit. C'est depuis le début 2005 que l'on peut estimer sa capacité de travail à 50%."

L'état de fait ainsi complété permet à la cour de céans de statuer en réforme.

3. Selon l'art. 448 al. 4 CPC, lorsque le Tribunal cantonal prononce la nullité d'un jugement, il détermine dans quelle mesure le jugement est annulé. Il lui appartient de donner à ce sujet des directions à l'autorité de renvoi. La jurisprudence accorde au principe de l'autorité attachée aux considérants de l'arrêt de renvoi la qualité de règle essentielle de la procédure au sens de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC (JT 1989 III 17 et références; JT 1974 III 55). Par cette notion, la doctrine et la jurisprudence entendent que si l'arrêt de renvoi statue sur certains points de la contestation et ne renvoie que sur d'autres, l'autorité de renvoi ne pourra pas se prononcer sur les premiers qui ont été définitivement tranchés. De même, si l'arrêt de renvoi prononce l'annulation totale, l'autorité de renvoi ne peut revenir sur des points déjà résolus par les considérants de l'arrêt de renvoi, mais doit au contraire se conformer à ceux-ci. L'autorité de renvoi n'est libre de sa décision que sur les points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt de renvoi ou dans la mesure où elle se fonde sur des faits complémentaires établis postérieurement à cet arrêt (Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, 1990, n. 1.3.2 ad art. 66 OJF, p. 598 et références, cité par Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., Lausanne 2002, bibliographie ad art. 448 CPC, p. 676). Les considérants de l'arrêt de renvoi lient également les parties et l'autorité de recours (Poudret, op. cit., n. 1.3.3 ad art. 66 OJF, p. 599).

En l'espèce, le jugement entrepris a été rendu ensuite de l'arrêt de renvoi de la cour de céans du 11 avril 2007. Il en ressort que le demandeur a travaillé plus d'un mois pour la défenderesse et que dès lors, celle-ci était contrainte de conclure en sa faveur une assurance-perte de gain permettant son passage dans l'assurance individuelle; elle devait en

outre l'informer de ce droit. Cependant, en violation des obligations découlant de la convention collective de travail romande du second œuvre, la défenderesse n'a pas souscrit à une telle assurance, de sorte qu'elle devait réparer le dommage en découlant pour le demandeur. Faute d'instruction suffisante sur ce point en première instance, la cour de céans n'a en revanche pas été en mesure d'effectuer le calcul du dommage et a ainsi renvoyé la cause aux premiers juges pour qu'ils instruisent et statuent sur ce point.

4. La recourante soutient préliminairement que les parties ont été liées par plusieurs rapports de travail distincts, soit autant que de "missions" selon la terminologie par elles utilisée (cf. mémoire de recours, p. 7 et ss). Elle étaye cette argumentation par une jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en matière d'assurance-chômage (ATF 117 V 248 et 119 V 49, c. 2b).

Le grief soulevé par la recourante conteste le raisonnement de la cour de céans tel que développé dans son arrêt de renvoi du 11 avril 2007. Comme indiqué ci-dessus, la cour de céans est liée par ce raisonnement et ne saurait le revoir dans le cadre du présent recours. Au demeurant, l'argumentation de la recourante est infondée pour les motifs suivants.

La jurisprudence d'assurance sociale sur laquelle la recourante fonde son raisonnement ne paraît pas être décisive en matière de droit privé. En effet, lorsque le travailleur est tenu d'exercer l'activité convenue chaque fois que l'employeur fait appel à lui, ce qui est le cas pour les missions convenues entre les parties (pce 2 du bordereau du 21 octobre 2005), il s'agit d'un contrat de travail sur appel où l'attente des missions exclusivement au bénéfice de l'employeur fait partie des prestations rémunérées du travailleur (ATF 124 III 249 c. 2a; ATF 125 III 65 c. 3b). Sauf stipulation spécifique, il s'agit alors d'un contrat de travail unique de durée indéterminée où chaque engagement - "mission" - n'est que la suite du précédent (cf. aussi Revue de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 1998 I 83

ss; Revue Fribourgeoise de Jurisprudence [RFJ] 1993 p. 306; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 1988 n. 71).

On peut sans doute en juger différemment pour le service de placement ou service de l'emploi. C'est d'ailleurs dans ce contexte particulier qu'ont été rendus les arrêts du Tribunal fédéral des assurances précités. Dans ce cas, il faut alors admettre que des contrats-chaînes peuvent se succéder sans interruption notable et constituer autant de contrats de travail distincts (ATF 119 V 46, c. 1c). Or, in casu, la couverture prévue par le renvoi de l'art. 20 LSE (Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; RS 823.11) à l'art. 33 litt. c de la Convention collective de travail romande du second-œuvre (ci-après: CTT), qui renvoie lui-même à son annexe V ch. 5, dépend clairement d'une activité minimale d'un mois au sein de l'entreprise. En outre, le texte clair de la CCT parle d'occupation dans l'entreprise et écarte l'hypothèse d'une incapacité à être occupé dans l'entreprise dans le premier mois (ch. 5 de l'annexe V précité).

En l'occurrence, entre la vision dissociée des rapports de travail de la recourante et la vision unitaire de l'intimé, il faut trancher pour la dernière. En effet, si chaque rapport de travail est spécifique, la couverture accidents et maladie est assurée globalement par le contrat-cadre et non pas par chaque contrat de mission individualisé. Pour cette partie du contrat, soit la garantie contractuelle en cas d'empêchement de travailler, il faut considérer le contrat-cadre dans son ensemble et non chaque mission individuellement. Cette vision est confortée par le fait que les contrats de mission ne contiennent pas de garantie de l'incapacité de travail spécifique à la mission, ce qui aurait justifié une vision dissociée telle que soutenue par la recourante. Certes, le contrat-cadre prévoit un terme à la couverture lorsque "cesse" la mission, mais celle-ci n'apparaît pas, pour le délai d'un mois, dans la CCT. Ce texte prévoit en effet "un mois d'occupation dans l'entreprise", ce qui vise en l'occurrence la recourante, et non les entreprises où l'intimé est placé. Ce texte, rendu impératif par l'art. 20 LSE, n'autorise ainsi pas la recourante à dissocier les périodes de missions, soit juillet, août, septembre et octobre 2003, en

évitant de les additionner entre elles, puisque, toutes ensemble, elles constituent autant de temps d'occupation dans l'entreprise, soit Y. _____ SA.

C'est ainsi que l'art. 4.7 du contrat-cadre conclu entre les parties étant le cas échéant partiellement contraire au droit impératif (art. 20 LSE), l'intimé, qui a été occupé plus d'un mois "effectivement" chez la recourante, doit pouvoir bénéficier de la couverture prévue par le ch. 5 de l'annexe V précité, comme en a déjà jugé la cour de céans en 2007.

5. La recourante soutient encore que l'intimé n'était pas un "travailleur assuré" au sens de la CTT et de son annexe V lors de l'accident du 4 septembre 2003, car il n'était que dans sa quatrième semaine de travail. Cette allégation ne peut cependant être suivie car elle contredit la vision unitaire de la couverture telle que décrite au considérant 3 ci-dessus, le mois d'occupation effective étant écoulé lors du sinistre. Il en va de même de l'accident du 12 octobre 2003, quand bien même il est survenu la veille d'une entrée en service de mission. Au demeurant, son caractère causal n'est assurément pas exclusif, puisqu'il n'a fait qu'aviver les séquelles de l'accident de septembre 2003.

6. La recourante conteste en outre que l'intimé ait souffert d'une affection due à une maladie. Elle considère en effet que les incapacités de travail de l'intimé résultent d'un accident, comme le démontre la déclaration d'accident LAA remplie à la suite de l'événement du 4 septembre 2003 et le certificat médical intitulé "certificat médical d'accident" établi après l'événement du 12 octobre 2003. En conséquence, le risque accident étant exclu du champ d'application de l'annexe V à la CTT, la question du droit au paiement d'indemnités journalières ou du libre passage dans l'assurance individuelle ne se pose pas.

La recourante ne peut être suivie dans son raisonnement. En effet, par décision du 10 juin 2004, la SUVA a mis fin à la couverture

accident de l'intimé en considérant que les troubles qui subsistaient étaient dus à la maladie. Ce document ne lie pas la cour de céans, la preuve de son inexactitude pouvant être apportée par les parties. Toutefois, à défaut de contre-preuve, il faut admettre en l'espèce que cette décision établit avec présomption d'exactitude le facteur des troubles en cause, soit la maladie (cf. art. 9 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210], applicable à titre supplétif).

A ce sujet, la recourante soutient plus particulièrement encore que cette causalité avec la maladie aurait dû être démontrée dès octobre 2003 et non seulement avec la seule décision de la SUVA. Le certificat médical le plus complet (pce 25 du bordereau du 6 juin 2006) indique toutefois que les cervicalgies sont "clairement antérieures à juin 2004", l'auteur précisant que ces troubles dégénératifs peuvent rester asymptomatiques pendant longtemps et que "le traumatisme (ne) soit (qu') un révélateur et non pas la cause des douleurs". Il paraît dans cette mesure qu'il existe un lien de causalité adéquate entre l'incapacité pour cause de maladie et son "révélateur" que sont les sinistres de septembre et octobre 2003, même si en soi ils n'ont constitué que des accidents déclarés comme tels. Il faut de plus relever que la notion de "maladie" visée dans l'assurance collective facultative (art. 71 LAMal [Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie; RS 832.10]) est celle de l'assurance sociale, qui peut couvrir les séquelles d'un accident en l'absence de couverture accident (Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse Lausanne, 2004, p. 123 ss). La maladie paraît ainsi établie en décembre 2003, lors de la résiliation des rapports de travail entre les parties.

La recourante ne peut pas non plus prendre appui sur des extraits du rapport médical de 2005 (pce 9 du bordereau du 21 octobre 2005) pour en déduire une manoeuvre délibérée de couverture à charge de l'assurance accident, puis du responsable de la maladie. Il ressort tout au contraire des éléments au dossier, notamment de la pièce 25 précitée, que les séquelles de l'accident sont liées à l'apparition de la maladie, sans qu'aucune manoeuvre de l'intimé n'apparaisse plausible.

6. Subsidiairement, la recourante invoque encore que, s'il est confirmé que l'intimé a droit à des prestations perte de gain, le calcul des premiers juges doit être réformé car inexact tant sur le montant de l'indemnité journalière retenu que sur la durée de l'incapacité.

a) C'est à juste titre que la recourante conteste le montant de l'indemnité journalière retenu par les premiers juges. En effet, ceux-ci ont considéré que, faute d'horaire hebdomadaire conventionnel, il convenait de se référer à l'art. 12 ch. 1 litt. a CCT qui prévoit que la durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures. Or, selon l'intimé (cf. all. 27 de la demande du 21 octobre 2005), l'horaire de travail lors de l'accident était de 37 heures par semaine (37 en septembre, 38 octobre selon le décompte de l'assurance-chômage, cf. pce 3 du bordereau du 21 octobre 2005). Faute de déterminer que le sinistre d'octobre serait plus causal que le premier, il convient ainsi d'admettre que l'horaire hebdomadaire de travail était de 37 heures. Le montant moyen de l'indemnité journalière s'élève donc à 135 fr. 75 ($37 \times 32,83/\text{heure} \times 52/365 \times 0,8$), comme l'allègue la recourante.

b) Quant à la durée de l'incapacité, la recourante soutient que l'indemnisation n'est pas due à 100% dès le 21 juin 2004, comme le retient le jugement entrepris, mais à 50% seulement au motif qu'une réduction pour non contribution à réduire le dommage doit être imputée à l'intimé, un rapport médical pour l'assurance accident retenant une incapacité de travail sédentaire ou semi-sédentaire de 50% dès le 14 décembre 2004.

Face à des pièces contradictoires, soit les certificats médicaux établis par le Dr [...] retenant une incapacité de travail à 100% de l'intimé jusqu'à fin janvier 2006 (cf. pces 22 et 23 des bordereaux des 28 mars et 6 juin 2006) et l'expertise du Dr [...] (cf. pce 9 du bordereau du 21 octobre 2005) retenant une incapacité de travail à 100% jusqu'au 31 décembre 2005 (cf. pce 9 précitée, p. 11, Q. 1), puis une incapacité de travail à 50%,

cette dernière doit être retenue afin d'établir le point de départ de l'incapacité de travail à 50%. En effet, cette expertise est plus fouillée et explicite que les certificats médicaux précités, qui émanent au demeurant du médecin traitant de l'intimé. Certes, son auteur fait état de l'avis du Dr [...] "dans son rapport du 14 décembre 2004" (cf. pce 9 précitée, p. 7). Toutefois, outre que ce rapport ne se trouve pas au dossier, le Dr [...] n'en tient pas compte dans sa réponse à la question 1 (cf. pce 9 précitée, p. 11), de sorte que l'on peut s'en écarter.

Ainsi, l'intimé a été en incapacité de travail à 100% du 21 juin 2004 au 31 décembre 2004, soit pendant 193 jours à 135 fr. 75, ce qui équivaut à une indemnité totale de 26'199 fr. 75, et à 50% du 1^{er} janvier 2005 au 31 mai 2006, soit pendant 516 jours, ce qui équivaut à une indemnité totale de 35'023 fr. 50. La recourante est donc sa débitrice d'un montant de 61'223 fr. 25 à titre d'indemnité perte de gain, avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} septembre 2005, échéance moyenne.

7. La recourante évoque enfin l'éventuelle surindemnisation consécutive à la perception possible d'une rente AI par l'intimé pour la même période. Cette hypothèse n'est cependant en rien démontrée par des pièces au dossier. Si une rente AI était allouée pour la période couverte par l'employeur, il n'en résulterait pas encore une surindemnisation prohibée: en effet, l'assurance d'indemnités journalières à laquelle l'intimé aurait eu droit peut se cumuler au-delà du salaire assuré avec une prestation sociale (ATF 133 III 527, SJ 2008 I 101).

Ce grief de la recourante est dès lors infondé.

8. En conclusion, le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée en ce sens que la recourante est la débitrice de l'intimé d'un montant de 61'223 fr. 25, avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} septembre 2005.

L'intimé obtient gain de cause sur le principe et sur environ 2/3 de ses prétentions. Ainsi, chaque poste des dépens de première instance doit être réduit de 1/5. La recourante est dès lors la débitrice de l'intimé de la somme de 5'720 fr. à titre de dépens de première instance, TVA en sus sur 3'520 fr., soit 3'200 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil, 320 fr. pour les débours de celui-ci et 2'200 fr. en remboursement de ses frais de justice.

9. Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 647 fr. (art. 232 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires en matière civile du 4 décembre 1984; RSV 270.11.5]).

La recourante, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens réduits de deuxième instance, fixés à 800 fr., y compris le remboursement très partiel de son coupon de justice (art. 91 et 92 CPC; art. 2 al. 1^{er} ch. 33, 3 et 5 ch. 2 TAv [tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens; RSV 177.11.3]).

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 est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé aux chiffres I, III et IV de son dispositif comme il suit :

- I. Y._____ SA doit verser à N._____ la somme de 61'223 fr. 25 (soixante et un mille deux cent vingt-trois francs et vingt-cinq centimes), avec intérêts à 5 % l'an dès le 1er septembre 2005.

- III. Y._____ SA doit verser à N._____ la somme de 5'720 fr. (cinq mille sept cent vingt francs) à titre de dépens, TVA en sus sur 3'520 fr. (trois mille cinq cent vingt francs), soit 3'200 francs (trois mille deux cents francs) à titre de participation aux honoraires de son conseil TVA en sus, 320 fr. (trois cent vingt francs) pour les débours de celui-ci TVA en sus et 2'200 fr. (deux mille deux cent francs) en remboursement partiel de ses frais de justice

- IV. supprimé.

Il est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 647 fr. (six cent quarante-sept francs).
- IV. L'intimé N._____ doit verser à la recourante Y._____ SA la somme de 800 fr. (huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 1 avril 2009

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

La greffière :

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 Y. _____ SA),
- Me Edouardo Redondo (pour N. _____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 99'403 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 civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :