

# **NE\_GERICHTE CACIV.2021.50 vom 2. November 2021**

NE Tribunal cantonal, 2021-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2021.50](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2021.50)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2021.50 du 2 novembre 2021

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2021.50 del 2 novembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux (art. 311 al. 1 CPC), l'appel est globalement recevable. La conclusion no 3 de l'appel, par laquelle l'appelante conclut à ce qu'il soit pris acte de son acquiescement au paiement d'une somme 6'492.25 francs brut avec intérêt à 5% l'an dès le 31 janvier 2019 et à la délivrance d'un certificat de travail suivant le dispositif du jugement contesté, est identique, par sa portée, aux chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement attaqué, dont l'appelante ne demande d'ailleurs pas l'annulation. Elle est par conséquent irrecevable, faute d'intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). L'appel joint, formé dans la réponse, est globalement recevable (art. 313 al. 1 CPC). Les conclusions nos IX et X de l'appel joint, par lesquelles l'intimé conclut à ce que l'appelante soit condamnée à lui payer 6'492.25 francs net avec intérêts à 5% dès le 31 janvier 2019 et à la délivrance d'un certificat de travail suivant le dispositif du jugement contesté sont irrecevables, car identiques aux chiffres 2 et 3 dispositif du jugement attaqué, par ailleurs non attaqués.

### **E. 2**

L'article 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives. S'agissant des vrais nova, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance ( ATF 144 III 349 cons. 4.2.1; 143 III 42 cons. 4.1).

### **E. 3**

L'appelant soutient que le licenciement de l'intimé n'était pas abusif, dès lors qu'il était justifié par la situation économique de l'entreprise et la mauvaise performance de l'employé. a) Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO ; ATF 136 III 513 cons. 2.3 ; 132 III 115 cons. 2.1). La résiliation du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient pour l'un des motifs énumérés à l'article 336 al. 1 CO , lesquels se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. L'énumération de l'article 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui

apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées ( ATF 132 III 115 cons. 2.1). Ainsi, le caractère abusif du congé peut résider dans le motif répréhensible qui le sous-tend, dans la manière dont il est donné, dans la disproportion évidente des intérêts en présence, ou encore dans l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but ( ATF 136 III 513 cons. 2.3 p. 515; 132 III 115 cons. 3.1 ; arrêt du TF du 23.09.2020 [4A\_266/2020] cons. 3.1). L'article 328 al. 1 CO impose à l'employeur de respecter et de protéger la personnalité du travailleur ; si l'employeur omet ces mesures ou s'il se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède néanmoins au licenciement, il viole son obligation de protéger la personnalité du travailleur et le licenciement est alors abusif (arrêt du TF du 14.02.2018 [4A\_240/2017] cons. 3 et les références citées). Un licenciement peut également être tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de simple convenance personnelle de l'employeur ( ATF 131 III 535 cons. 4.3 ; arrêt du TF du 23.09.2020 [4A\_266/2020] cons. 3.1). En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte ( ATF 131 III 535 cons. 2.3) et la Cour de céans a eu l'occasion de dire que l'employeur gardait la faculté de licencier même pour des motifs futiles (arrêt de la CACIV du 13.09.2016 [CACIV.2015.94] cons. 4 in fine) . Pour les travailleurs âgés, avec de longues années au service de l'employeur, la manière de résilier le contrat de travail doit faire l'objet d'une attention particulière (arrêt du TF du 02.06.2021 [4A\_44/2021] cons. 4.3.2). En principe, le travailleur a le droit d'être informé de la résiliation envisagée et l'employeur a l'obligation de rechercher des solutions pour maintenir le rapport de travail (arrêt du TF du 02.06.2021 [4A\_44/2021] cons. 4.3.2; cf. arrêt du TF du 12.11.2014 [4A\_384/2014] cons. 4.2.2). Toutefois, l'ancienneté et l'âge d'un travailleur ne sauraient faire systématiquement obstacle à son licenciement, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources (arrêts du TF du 12.11.2014 [4A\_384/2014] cons. 4.2.2 ; du 29.01.2008 [4A\_419/2007] cons. 2.4). Si la résiliation des rapports de travail est inévitable, l'employeur doit néanmoins faire preuve d'égards particuliers dans la manière de résilier ( « in erhöhtem Masse schonendes Vorgehen » ; ATF 132 III 115 cons. 5.4 ; arrêt du TF du 12.11.2014 [4A\_384/2014] cons. 4.2.2). Savoir si le congé donné à un travailleur âgé est abusif s'apprécie toujours sur la base de l'ensemble des circonstances du cas concret (arrêts du TF du 02.06.2021 [4A\_44/2021] cons. 4.3.2 ; du 29.01.2008 [4A\_419/2007] cons. 2.5). Ainsi, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un travailleur de 60 ans et employé depuis 37 ans n'était pas abusif, même si l'employeur n'avait pas envisagé de mesures pour maintenir la relation de travail et ne lui avait pas donné d'avertissement. En raison de sa position de directeur général (CEO), il aurait été difficile de le replacer dans une position subalterne ; de même, l'employé devait pouvoir être révoqué en tout temps par le conseil d'administration si sa gestion était problématique, celle-ci se répercutant sur toute l'entreprise (arrêt du TF du 02.06.2021 [4A\_44/2021] cons. 4.3.2). Afin d'avertir le travailleur du licenciement envisagé, l'employeur doit lui donner un signal lui permettant de prendre conscience qu'il s'expose à un licenciement s'il ne remédie pas aux carences reprochées ; il doit également fixer un délai raisonnable pour permettre au collaborateur de faire ses preuves dans l'adaptation ( Wyler/Heinzer , Droit du travail, 4 e éd., p. 825 ; cf., en ce sens, l'arrêt du TF du 12.11.2014 [4A\_384/2014] cons. 5.2). b) Une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés

envisageables dans la marche future des affaires, peut constituer un motif justifié propre à renverser la présomption selon laquelle le congé est abusif ( ATF 133 III 512 cons. 6.2 à 6.4 ; arrêt du TF du 01.09.2017 [4A\_656/2016] cons. 3.2). c) Il incombe en principe au destinataire de la résiliation de démontrer que celle-ci est abusive. Le juge peut toutefois présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Ce dernier ne peut alors rester inactif, n'ayant d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif de congé ( ATF 130 III 699 cons. 4.1 ; 123 III 246 cons. 4b ; arrêt du TF du 30.10.2020 [4A\_126/2020] cons. 3).

#### **E. 4**

En l'espèce, il n'est, à juste titre, pas contesté, que l'intimé, âgé de 58 ans et travaillant au service de l'appelante depuis 17 ans au moment de la résiliation des rapports de travail, appartient à la catégorie des travailleurs âgés et disposant d'une grande ancienneté. Le cahier des charges du contrat de travail du 22 octobre 2001 prévoyait que l'intimé devait, de manière générale, assurer la relation commerciale de l'appelante avec ses clients et jouer un rôle de relais entre les clients et la société-mère de l'appelante, notamment pour les questions de production. Ses tâches incluaient notamment la communication et la vente aux clients, la prospection de nouveaux clients, le suivi des commandes et des retours éventuels, ainsi que l'organisation de la réparation de [...] sur le site de Z.\_\_\_\_\_. Dans les faits, l'intimé était le point de contact de l'appelante pour les clients ; ils passaient notamment par lui pour les commandes et les problèmes de qualité, qu'il transmettait ensuite à l'atelier.

#### **E. 4.1**

En lien avec l'établissement des faits, l'appelante soutient que le Tribunal civil a nié à tort l'existence de difficultés économiques justifiant le licenciement. Elle fait valoir qu'elle devait anticiper les difficultés économiques prévisibles et n'avait pas à attendre une situation de faillite avant de prendre des mesures. L'autorité précédente a retenu que le chiffre d'affaires de l'intimée a diminué depuis l'exercice 2014-2015 jusqu'en 2017, avant de remonter durant l'exercice 2017-2018 ; l'appelante a allégué qu'il était passé de 17,9 millions de francs pour l'exercice 2012-2013 à 10,8 millions en 2016-2017, ce que l'intimé a admis et qui ressort sans équivoque des pièces comptables que la défenderesse et appelante a produites. Même si le chiffre d'affaires de l'appelante a fortement baissé entre 2012 et 2017, il est douteux que cette évolution suffise à attester des difficultés économiques qu'elle allègue avoir éprouvées. En effet, en l'absence d'indication relative aux charges, cette donnée à elle seule ne permet pas de déterminer si l'activité de l'appelante était bénéficiaire ou déficitaire et si, le cas échéant, des mesures d'assainissement s'imposaient. De même, la menace d'une faillite, mise en avant par l'appelante, ne saurait être constatée à la lecture du seul chiffre d'affaires. Au demeurant, comme l'a allégué l'intimé, le licenciement de l'intimé est intervenu à un moment où le chiffre d'affaires avait commencé à remonter : à l'issue de l'exercice 2017-2018, il était ainsi de 13,2 millions de francs, soit une croissance d'environ 20% par rapport à l'exercice précédent. Certes, l'exercice comptable, qui dure de début octobre à fin septembre, n'était pas encore bouclé au jour du licenciement, mais la comptabilité de l'appelante fait état d'une progression marquante du chiffre d'affaires à partir du mois de novembre 2017 ; la progression par rapport à l'année précédente a ainsi été d'environ 42% en novembre 2017, 7% en décembre 2017, 46% en janvier 2018, 21% en février 2018, 46% en mars 2018, 63% en avril 2018, 60% en mai 2018 et 40% en juin 2018. Si, comme elle l'allègue, l'appelante

était préoccupée par la santé financière de l'entreprise, elle ne pouvait ignorer cette augmentation ; le fait que cette augmentation était due à un projet spécifique auquel l'intimé n'a pas participé, comme l'a expliqué le témoin C. \_\_\_\_\_, n'a pas d'incidence à cet égard. S'agissant d'éventuelles mesures de restructuration, l'appelante allègue, pour la première fois en appel, que l'effectif de l'entreprise aurait diminué entre 2015 et 2018, ce qui démontrerait l'existence de telles mesures. Ce fait nouveau est irrecevable, dans la mesure où l'appelante n'expose pas en quoi elle aurait été empêchée de l'alléguer en première instance (voir cons. 2 ci-dessus). Ainsi, l'appelante ne démontre pas avoir pris d'autres mesures tendant à limiter ses charges. Au contraire, elle a augmenté sa masse salariale en engageant un directeur de filiale au 1<sup>er</sup> février 2018. Ainsi, c'est à raison que le Tribunal civil a nié l'existence de difficultés économiques de l'appelante.

#### **E. 4.2**

Pour le surplus, l'appelante ne fait pas valoir que l'autorité précédente aurait constaté les faits de manière inexacte, de sorte qu'il y a lieu de s'en tenir aux faits pertinents qu'elle a établis. S'agissant de la charge de travail supportée par l'intimé, la première juge a retenu qu'entre 2014 et 2015, l'activité déployée par la défenderesse s'était étendue à un tel point que la charge de travail devait être répartie entre plusieurs personnes. L'engagement de D. \_\_\_\_\_, qui a travaillé comme responsable commerciale du 1<sup>er</sup> novembre 2014 au 31 décembre 2017 a, dans une certaine mesure, déchargé l'intimé de ses tâches, mais la charge était trop importante pour une personne et l'idée était d'augmenter encore l'activité. Une réorganisation est intervenue avec la signature de l'avenant du 1<sup>er</sup> novembre 2018, qui définissait les tâches de l'intimé de la manière suivante : « suivi des clients existants suivants : [marque 2], [marque 3], [marque 4], [marque 5], [marque 6], [marque 7], [marque 8], [marque 9], [marque 10], [marque 11], [marque 12]. Quelques clients comme [marque 13], [marque 14], [marque 15] et [marque 16] ne sont plus dans le périmètre de Y. \_\_\_\_\_. Un effort important de prospection devra être fourni. À cet égard, Y. \_\_\_\_\_ devra démarcher des marques horlogères à fort volume qui ne sont pas encore clients chez X. \_\_\_\_\_, telles que [marque 1], [marque 16], [marque 17] ». Parallèlement, C. \_\_\_\_\_ a été engagé en qualité de directeur de filiale. Celui-ci était notamment chargé de développer et suivre les relations existantes avec les marques horlogères, prospecter de nouveaux clients, diriger une équipe de huit personnes et assurer la coordination des services. Cela étant, la charge de travail de l'appelant n'a pas baissé à la signature de l'avenant du 1<sup>er</sup> novembre 2018, même si son cahier des charges avait été modifié. S'agissant du « manque de performance » reproché à l'intimé, le Tribunal civil a retenu que l'intéressé manquait d'esprit de collaboration et d'organisation et qu'il ne communiquait pas assez sur les tâches qu'il accomplissait, ce qui compliquait le suivi de ses dossiers et le contrôle des étapes ; à raison, l'intimé ne conteste pas ces faits, qui ont été confirmés par plusieurs témoins ; il ressort en outre du témoignage du directeur commercial et de l'interrogatoire de l'appelante que l'intimé éprouvait des difficultés à déléguer des tâches. En revanche, la première juge n'a pas retenu les autres manquements allégués par l'appelante, à savoir que l'intimé aurait peiné à s'adapter aux nouvelles exigences du marché et de la clientèle. Par ailleurs, le Tribunal civil n'a pas retenu que l'intimé aurait été isolé et dénigré ; ces faits allégués par l'intimé dans sa demande ne se sont du reste pas confirmés dans la procédure probatoire. L'intéressé a déclaré à ce propos que l'administrateur président s'était distancé de lui après son premier arrêt de travail et qu'il avait quasiment cessé de lui adresser la parole. Ces propos n'ont toutefois pas été corroborés par des éléments de preuve, plusieurs témoins ayant au contraire mis en avant la

réactivité et la disponibilité de l'intimé, ce qui parle en défaveur d'une mise à l'écart. Au surplus, ils concernent une seule personne dans l'entreprise qui, de par sa fonction de président du conseil d'administration, ne devait pas intervenir au quotidien dans l'activité de la société. La qualité du travail de l'intimé n'a fait l'objet d'aucun reproche ni d'aucune évaluation durant la relation de travail. L'appelante ne lui a pas non plus fixé d'objectifs, que ce soit avant ou après la conclusion de l'avenant du 1<sup>er</sup> novembre 2017. Des séances de coaching ont eu lieu durant quelques semaines à partir d'avril 2016. Leur objectif était d'améliorer la gestion de son stress par l'intimé lors d'urgences opérationnelles, de développer davantage d'équilibre dans la gestion du travail et d'être en mesure de communiquer d'une manière plus organisée et efficace dans les rapports internes. Ces séances n'ont fait l'objet d'aucun bilan. L'entretien de licenciement a duré au maximum quinze minutes. Le directeur général a fouillé la mallette de l'intimé et saisi une fourre et un cahier de notes personnelles. Après le licenciement, le directeur de filiale a envoyé aux collaborateurs de l'appelante un courriel avec le message suivant : « Chers tous, Je souhaite vous informer que Y.\_\_\_\_\_ a quitté X.\_\_\_\_\_ ce jour. Je tiens à le remercier pour son implication et son engagement tout au long de ces 17 années au sein de notre Maison. Je lui souhaite également plein de succès et de réussite pour la suite. » .

#### **E. 4.3**

Compte tenu de ces circonstances, le Tribunal civil a retenu que le congé était abusif à deux égards : d'une part, l'appelante avait omis de soutenir l'intimé dans les difficultés qu'il éprouvait à exécuter sa prestation de travail de manière satisfaisante, puis l'aurait licencié pour cette raison et, d'autre part, elle avait manqué d'égards dans la manière dont elle avait communiqué le congé. L'appelante reproche à la première juge d'avoir créé un nouveau cas de résiliation abusive en retenant qu'elle n'avait pas pris les mesures qui s'imposaient pour permettre à l'intimé d'accomplir ses tâches correctement. Elle soutient que les mauvaises prestations de l'intimé n'étaient pas dues à une violation de ses devoirs par l'appelante. Dans sa réponse, l'appelante a fait valoir deux motifs de résiliation de la relation de travail : les difficultés économiques qu'elle éprouvait et la performance insuffisante de l'employé. Le premier motif peut être écarté sans autre, dans la mesure où l'existence de difficultés économiques n'a pas été établie (cons. 4.1 supra). S'agissant du motif lié à une performance insuffisante, les difficultés qu'éprouvait l'intimé se répercutaient sur le travail des autres employés. D'un point de vue objectif, de tels éléments ont une importance certaine dans l'appréciation de la prestation de travail de l'intimé ; ils pèsent d'autant plus lourd qu'il occupait une position de cadre. On aurait pu attendre de l'appelante qu'elle prenne des mesures pour limiter la surcharge de travail à laquelle était confronté l'intimé. Cependant, on ne saurait retenir que cette seule surcharge a été à l'origine de ses difficultés, en particulier s'agissant de la communication et de l'absence de délégation. Or on ne saurait reprocher à l'appelante, comme l'a fait le Tribunal civil, de ne pas l'avoir soutenu sur ces aspects-là. En effet, d'une part, de fortes compétences d'organisation et de communication paraissent être des exigences inhérentes au poste occupé par l'intimé, qui fonctionnait comme le principal interlocuteur entre la clientèle et le service de production, de sorte qu'on peut se demander s'il existait des mesures qui auraient effectivement pu être prises pour maintenir l'intimé dans sa fonction nonobstant les difficultés évoquées. D'autre part, les difficultés que l'intimé éprouvait peuvent avoir été dues à des traits de personnalité dont on ne sait pas si un accompagnement aurait permis de les gommer ; les difficultés à déléguer des tâches sont un indice en ce sens. L'intimé n'a d'ailleurs pas allégué, dans sa demande ou sa réplique, avoir eu besoin de soutien à cet égard et encore moins exposé en quoi il

aurait dû consister. Le coaching organisé par l'appelante n'a pas conduit à une amélioration, de sorte que l'on ne peut retenir qu'il s'agissait d'une mesure adéquate qu'il était permis d'exiger d'elle et qu'il n'y a pas lieu d'apprécier en sa défaveur le fait que cette mesure ne soit pas intervenue plus tôt. Compte tenu de ce qui précède, les insuffisances dans la qualité du travail de l'intimé ne peuvent être attribuées avec certitude à un éventuel manque d'appui de l'appelante à l'égard de son employé. On ne peut donc lui reprocher, comme l'a fait la première juge, de ne pas avoir pris de mesures pour le soutenir.

#### **E. 4.4**

Cela étant, pour apprécier si le congé était abusif ou non, il faut encore examiner la manière dont il a été donné. À ce propos, l'appelante ne conteste pas que l'âge et l'ancienneté de l'intimé justifiaient qu'il soit informé de l'intention de son employeuse de le licencier. On aurait d'autant plus pu attendre de l'appelante qu'elle s'entretienne avec l'intimé qu'il avait subi deux arrêts de travail en raison d'un épuisement professionnel, dont le second avait duré six mois, ce qui, indépendamment d'un éventuel devoir de protection de l'appelante, devait à tout le moins conduire à une discussion sur la manière dont les parties envisageaient la continuation des rapports de travail. Or il n'a pas été établi que les manquements reprochés à l'intimé lui aient été formellement communiqués avant ou après la conclusion de l'avenant ; l'appelante n'a du reste rien allégué de tel en première instance. L'appelante allègue pour la première fois en appel que la conclusion de l'avenant du 1<sup>er</sup> novembre 2017, de même que l'engagement du directeur de filiale, signalaient à l'intimé que ses prestations de travail étaient insuffisantes, qu'il devait les améliorer et qu'il devait faire ses preuves dans ce nouveau contexte ; il « ne pouvait que comprendre que la dernière heure avait sonné pour lui ». Ces faits nouveaux sont irrecevables, l'appelante n'exposant pas en quoi elle aurait été empêchée d'alléguer en première instance que la signature de l'avenant constituait un avertissement pour l'intimé et qu'elle avait détaillé suffisamment à l'employé qu'elle le considérait comme tel. En toute hypothèse, ce document contractuel ne contient ni objectif quantitatif ou qualitatif, ni délai, ni menace de licenciement si l'objectif ne devait pas être atteint. Il redéfinit le cahier des charges de l'intimé en lui retirant le suivi de certains clients et en le chargeant de fournir un « effort important de prospection ». On ne saurait affirmer qu'à la lecture de son nouveau cahier des charges, l'intimé aurait dû comprendre que sa prestation était insuffisante et plus particulièrement quels aspects de sa prestation étaient concernés, ni que l'appelante attendait de sa part un changement de conduite, à défaut duquel le licenciement serait prononcé. L'entretien de licenciement en lui-même a été très bref, ayant duré au maximum quinze minutes ; la mallette de l'intimé a fait l'objet d'une fouille dont on ne sait pas si elle était justifiée. Compte tenu du fait que l'intimé était employé depuis 17 ans et que son licenciement à l'âge de 58 ans avait de bonnes chances de signifier la fin de sa carrière professionnelle, on ne peut pas retenir que l'intimé ait fait preuve d'égards particuliers au moment de communiquer le congé. En revanche, il n'y a pas lieu de considérer que le congé donnait le sentiment d'un licenciement immédiat pour de justes motifs, comme l'a soutenu l'intimé en première instance. À elle seule, la manière dont le congé a été donné suffit à conclure à son caractère abusif ; le fait que le jugement contesté soit critiquable sous l'angle des motifs de la résiliation ne saurait renverser ce constat, en particulier au regard du fait que les motifs qui ont conduit, selon l'appelante, au congé n'ont fait l'objet d'aucune évaluation formelle ni fixation d'objectifs alors qu'elle allègue qu'ils existaient depuis déjà quatre ans au moment où la résiliation est intervenue. L'appel sera par conséquent rejeté.

## E. 5

Dans son appel joint, l'intimé soutient qu'une indemnité de licenciement abusif équivalant à cinq mois et demi de salaire aurait dû lui être allouée. a) Lorsque l'une des parties a résilié abusivement le contrat de travail, l'article 336 a al. 1 et 2 CO autorise l'autre partie à réclamer une indemnité dont le tribunal fixe librement le montant en tenant compte de toutes les circonstances ; cette indemnité ne peut toutefois pas excéder l'équivalent de six mois de salaire. Le montant doit être évalué selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. Il faut notamment prendre en considération la gravité de la faute commise par l'employeur, une éventuelle faute concomitante du travailleur, la gravité de l'atteinte à sa personnalité, son âge, la durée et l'intensité de la relation de travail, les effets du licenciement et les difficultés de réinsertion dans la vie économique ( ATF 123 III 291 cons. 3 ; arrêt du TF du 20.03.2019 [4A\_166/2018] cons. 4.1). Dans une cause où le travailleur était âgé de cinquante-huit ans lors du congé, le Tribunal fédéral a fixé l'indemnité à deux mois de salaire (arrêt du TF du 13.01.2017 [4A\_401/2016] cons. 6.2). Dans une autre cause, un travailleur âgé de cinquante-neuf ans a obtenu une indemnité de même ampleur devant la juridiction cantonale (arrêt du TF du 12.11.2014 [4A\_384/2014] ). Dans une autre affaire encore, un travailleur âgé de soixante-quatre ans a obtenu une indemnité de quatre mois de salaire (arrêt du TF du 18.02.2013 [4A\_558/2012] , B). L'âge et les difficultés à trouver un emploi ne justifient pas à eux seuls d'allouer par principe une indemnité correspondant au maximum légal de six mois de salaire (arrêt du TF du 17.01.2018 [4A\_31/2017] cons. 3). b) En l'espèce, le Tribunal civil a retenu que l'appelante avait pris une seule mesure visant à protéger la personnalité de l'intimé, à savoir le coaching, et n'en avait pas évalué les résultats. Elle devait prendre des mesures rapides et efficaces pour épauler l'intimé en raison de l'augmentation de sa charge de travail et lui donner des directives claires sur sa manière de travailler. Au surplus, elle avait utilisé sa propre violation de l'obligation de protéger la personnalité de son employé pour mettre fin au contrat de celui-ci. Les conséquences du licenciement avaient été importantes pour l'intimé : il éprouvait des difficultés pour retrouver un emploi, notamment en raison de son âge, et il avait souffert d'un trouble dépressif moyen, qui avait causé un arrêt de travail du 20 juillet au 30 octobre 2018. Compte tenu de ces circonstances, la faute commise par l'appelante était relativement grave, de sorte qu'il paraissait justifié d'octroyer à l'intimé une indemnité correspondant à quatre mois de salaire brut. Selon l'intimé, l'autorité précédente aurait en outre dû tenir compte des éléments suivants : le congé avait été donné de manière expéditive, son certificat de travail n'était pas bienveillant et avait été envoyé en retard, l'appelante l'avait critiqué auprès de tiers après le licenciement et l'intimé s'était senti trahi. Comme retenu plus haut (cons. 4a supra ), l'entretien de licenciement a été bref, durant au maximum quinze minutes et la mallette de l'intimé a fait l'objet d'une fouille dont on ne connaît pas la justification ; compte tenu du statut de l'intimé, l'appelante aurait dû faire preuve de plus d'égards dans la manière de communiquer le congé. En revanche, il n'a pas été chassé hors des locaux, comme il l'a allégué dans sa demande. La première juge a corrigé le certificat de travail délivré par l'appelante à l'intimé supprimant notamment la mention selon laquelle l'intéressé « s'est efforcé de nous donner satisfaction dans l'ensemble des tâches confiées », considérant à juste titre que ce passage n'était pas bienveillant, en particulier envers un employé comptant dix-huit années au service d'une entreprise et licencié à quelques années de la retraite. Il ne ressort pas des faits établis par le Tribunal civil que l'intimé aurait été critiqué par l'appelante devant des tiers après son licenciement ; l'intimé se réfère à deux témoignages, dont il ressort toutefois uniquement

que l'intimé s'est plaint d'avoir été critiqué. Cette circonstance n'est dès lors pas pertinente. Les éléments avancés par l'intimé ne justifient pas d'octroyer une indemnité supérieure à celle fixée par le Tribunal civil. Il faut même relever que celui-ci a apprécié de manière trop sévère les manquements de l'appelante, dans la mesure où il ne peut lui être reproché de ne pas avoir pris de mesures pour soutenir l'intimé dans ses difficultés en matière d'organisation et de gestion (cons. 4b supra) ; pour le reste, la première juge a dûment apprécié l'atteinte causée à la personnalité de l'intimé et les effets du licenciement ; ainsi, le fait que le licenciement aurait pu être prononcé avec plus d'égards apparaît secondaire dès lorsqu'il est établi que le congé a causé un épisode dépressif chez l'intimé, élément retenu par la première juge ; de même, le fait que le certificat n'ait pas été bienveillant ne saurait aggraver l'appréciation dès lors que les difficultés de réinsertion de l'intimé ont été prises en compte. L'appel joint sera par conséquent rejeté en tant qu'il est dirigé contre le montant de l'indemnité de licenciement abusif allouée à l'intimé. c) Au surplus, l'appelante et intimée jointe ne critique pas en tant que telle la quotité de l'indemnité arrêtée par le premier juge, si bien que cette question n'a pas à être examinée, nonobstant les éléments développés plus haut. En effet, la juridiction d'appel civile n'est – au contraire de celle de première instance – pas tenue d'examiner de sa propre initiative, toutes les questions de droit qui se posent, à moins que les parties n'aient expressément formulé des objections à cet égard devant elle ; hormis les vices manifestes, la cour d'appel doit, en principe, se limiter à apprécier les exceptions soulevées dans l'appel et la réponse à l'appel contre le jugement de première instance ; les griefs des parties indiquent le programme d'examen (das Prüfungsprogramm) de l'instance d'appel, si bien que la décision attaquée ne doit, en principe, être réexaminée qu'au regard des points contestés ( ATF 144 III 394 cons. 4.1.4 ; 142 III 413 cons. 2.2.4). En l'espèce, si l'appel joint contient des griefs tendant à l'augmentation de l'indemnité litigieuse, l'appelante et intimée jointe ne soulève en revanche – pas même dans sa réponse à appel joint – aucune grief tendant à la diminution de cette indemnité. La question n'a dès lors pas à être examinée.

## **E. 5.2**

; 129 III 276 cons. 2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables (arrêt du TF du 03.03.2021 [4A\_280/2020] cons. 3.2). Il n'y a pas de droit à la gratification lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus. Il s'agit alors d'une gratification facultative ; le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessorité). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite : il s'agit d'une gratification qui n'est pas due (arrêt du TF du 03.03.2021 [4A\_280/2020] cons. 3.3). Toutefois, il faut admettre un engagement tacite de l'employeur lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre, par son comportement, qu'il se sent obligé de verser un bonus ( ATF 129 III 276 cons. 2.3 ; arrêt du TF du 10.10.2018 [4A\_78/2018] cons. 4.3.2.2 et les arrêts cités). Ainsi, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (jahrzehntelang) , lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs lorsqu'il l'a versée; il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit ( ATF 129 III 276 cons. 2.3). b) En l'espèce, le

contrat de travail de l'intimé prévoyait, en sus du salaire fixe, le versement, notamment, d'une « prime fonction des résultats (notamment en fonction de l'accroissement du volume d'affaires global de la Société) dont le montant est fixé discrétionnairement à la fin de chaque année par le président ». La première juge a retenu que l'intimée a versé à l'appelant une prime de 23'000 francs en 2009, 20'000 francs en 2010, 15'000 francs en 2011, 30'000 francs en 2012, 15'000 ou 30'000 francs en 2013, 30'000 francs en 2014, 15'000 francs en 2015, 12'000 francs en 2016 et 1'674,20 francs en 2018. Le Tribunal civil a retenu à juste titre que la prime prévue dans le contrat de travail du 22 octobre 2001 constituait une gratification à laquelle l'intimé avait droit, dans la mesure où elle lui a été régulièrement versée régulièrement et sans réserve pendant huit ans. Cependant, il a considéré qu'il n'était pas en mesure de chiffrer une gratification qui reposerait sur un faisceau d'éléments concrets et que l'intimé n'avait pas allégué le montant qu'il réclamait à ce titre. Dans sa demande, l'intimé a allégué qu'une prime lui était usuellement servie annuellement, mais que son versement avait cessé sans explication à partir de l'exercice 2016-2017 ; dans la partie en droit de son écriture, il a exposé que les primes étaient exigibles pour les exercices 2015-2016, 2016-2017 et 2017-2018 ; par comparaison avec les montants versés à l'issue des exercices précédents « rapportés au chiffre d'affaire[s] de l'employeur », la prime pouvait être estimée à 12'500 francs brut pour chaque exercice, soit au total 37'500 francs brut pour les exercices considérés. L'intimé n'a pas allégué le montant des gratifications qu'il avait touchées au cours des exercices précédents, ni le chiffre d'affaires ; cela étant, l'appelante a allégué que le montant des gratifications avait baissé à 15'000 francs en 2015 et 12'000 francs en 2016 compte tenu de la baisse chronique du chiffre d'affaires. Elle a en outre allégué les montants de son chiffre d'affaires pour les exercices 2012 à 2017. Par ailleurs, les faits relatifs à la prestation de travail ont été allégués par les deux parties en lien avec la question du congé abusif. Ainsi, les faits principaux pour fixer la prime, pour laquelle l'appelante disposait d'un pouvoir d'appréciation, ont été versés à la cause. Dès lors, on peut se demander s'il pouvait être exigé de l'intimé qu'il fournisse des éléments de calcul supplémentaires ou si, au contraire, les faits allégués n'étaient pas suffisants pour estimer le montant de la gratification qui lui était due. Cette question peut toutefois rester indécise. En effet, en 2017, l'appelant a été en arrêt maladie durant six mois ; en 2018, il a été libéré de son obligation de travailler le 19 juillet 2018. On ne peut affirmer que l'appelante aurait violé les règles contractuelles en renonçant à verser une prime pour ces deux exercices, étant entendu que lorsque le bonus n'est pas un élément variable du salaire, sa nature de gratification laissée expressément à l'évaluation discrétionnaire du président de la société doit permettre à celui-ci de refuser le versement de la gratification à un employé qui est absent et ne remplit donc pas même son cahier des charges. Vu ce qui précède, l'appel joint sera également rejeté en tant qu'il est dirigé contre le rejet de la prétention de l'appelant en paiement d'une gratification pour les exercices 2016-2017 et 2017-2018.

## **E. 6**

Dans son appel joint, l'intimé reproche au Tribunal d'avoir rejeté à tort sa prétention en paiement d'une gratification pour les exercices 2016-2017 et 2017-2018. a) Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus ( ATF 141 III 407 cons. 4.1). Dans chaque cas, il faut donc, dans une première étape, déterminer par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), le contenu du contrat puis, dans une seconde étape, qualifier le bonus

convenu d'élément du salaire (art. 322 s. CO) ou de gratification (art. 322 d CO ) ( ATF 142 III 381 cons. 2.1 et 2.2). S'il s'agit d'une gratification, il faut encore déterminer si les parties ont prévu un droit à une gratification ou non (arrêt du TF du 03.03.2021 [4A\_280/2020] cons. 3). Il faut distinguer entre les trois cas suivants : (1) le salaire – variable –, (2) la gratification à laquelle le travailleur a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit. On se trouve en présence d'une gratification lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur ; le bonus doit alors être qualifié de gratification ( ATF 141 III 407 cons. 4.2.2; 139 III 155 cons. 3.1). Le cas échéant, l'employeur pourra verser des montants variables en fonction de la qualité de la prestation de travail, de la marche des affaires et d'autres critères qu'il détermine librement ( ATF 129 III 276 cons. 2 ; arrêt du TF du 01.07.2005 [4C.364/2004] cons. 2.2). L'employeur doit respecter les règles de la bonne foi, en calculant ce montant d'une manière objectivement raisonnable ( Witzig , in Commentaire romand, Code des obligations I, n. 20 ad art. 322d CO). Il y a un droit à la gratification lorsque, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant ; il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer ( ATF 136 III 313 cons. 2; 131 III 615 cons. 5.2 ; arrêt du TF du 03.03.2021 [4A\_280/2020] cons. 3.2). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable ; il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit ( 131 III 615 cons.

## **E. 7**

Les frais judiciaires de la procédure d'appel seront arrêtés à 9'000 francs. Ils seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe dans son appel, à hauteur de 6'000 francs et de l'intimé, qui succombe dans son appel joint, à hauteur de 3'000 francs, montants qui correspondent à leurs avances de frais respectives. L'appelante sera condamnée à verser à l'intimé, après compensation partielle, une indemnité de dépens de 2'500 francs.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.