

## **VD\_GERICHTE PT08.023902 vom 18. März 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-03-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT08.023902](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT08.023902)

FR: VD\_GERICHTE PT08.023902 du 18 mars 2013

IT: VD\_GERICHTE PT08.023902 del 18 marzo 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Enfin, vous vous êtes octroyé un délai de congé de 12 mois, ou plutôt une indemnité sur 12 mois en cas de licenciement, ce qui est totalement hors norme. Cela étant et nous vous le notifions expressément, cette indemnité ne sera pas payée et considérons qu'il s'agit d'une tromperie de votre part." b) Par courrier du 7 mai 2008, le mandataire du demandeur a contesté les motifs invoqués à l'appui de la résiliation du contrat de travail de son client; il réclamait à la défenderesse deux mois de salaire ainsi que l'indemnité de départ prévue contractuellement et fixée à douze mois de salaire, soit un montant total brut de 43'400 fr., payable au 14 mai 2008; il précisait que son mandant avait été extrêmement choqué de la teneur de la lettre de résiliation qui laissait apparaître qu'elle aurait signé la lettre d'engagement et la convention de janvier 2005 sous la contrainte. Le 16 mai 2008, le conseil de la défenderesse a adressé au conseil du demandeur un courrier dont il ressortait notamment ce qui suit : "[...] Ma cliente vient de découvrir qu'avant l'arrêt de travail dont votre client a été victime, il n'avait passé aucune écriture de 2008 et n'avait établi aucun compte depuis février 2008. Cette découverte, vous l'admettez, est de nature à laisser à penser que M. R.\_\_\_\_\_ s'est servi un salaire, des honoraires et n'a pas travaillé. Cela étant, ma cliente retire purement et simplement l'offre formulée dans ma lettre du 13 mai dernier et confirme le renvoi, avec effet immédiat, de M. R.\_\_\_\_\_. Je me réserve bien sûr de me prévaloir de la présente en toute circonstance." Après avoir été interpellé le 20 mai 2008 par le conseil du demandeur, lequel demandait notamment l'envoi d'un listing issu du logiciel de comptabilité utilisé pour les divers travaux comptables effectués jusqu'à son arrêt de travail, la défenderesse, par son conseil, a envoyé un courrier le 27 mai 2008 au conseil du demandeur à la teneur suivante :

- 12 - "[...] Je ne peux pas vous fournir un listing de ce qui n'a pas été fait. De plus, il s'agit-là de données confidentielles. En revanche, je peux vous confirmer que les écritures n'ont pas été passées par M. R.\_\_\_\_\_ non pas depuis janvier, mais depuis février et que les contrôles de la caisse n'ont pas été faits non plus. Je vous fournirai, par un prochain courrier, l'attestation de la personne qui a remplacé M. R.\_\_\_\_\_ et qui a constaté cette affirmation". c) Le 31 mars 2008, soit quelques jours après l'accident du demandeur, la défenderesse avait mandaté T.\_\_\_\_\_ Sàrl afin de remettre à niveau sa comptabilité. Elle avait déjà fait appel à cette fiduciaire à la fin de l'année 2007, par l'intermédiaire de son petit-fils F.\_\_\_\_\_, car elle envisageait de vendre son affaire et souhaitait obtenir une évaluation de la comptabilité et une estimation de la valeur du magasin. Dans un rapport daté du 28 mai 2008, W.\_\_\_\_\_, spécialiste en finance et comptabilité avec brevet fédéral, associée-gérante de T.\_\_\_\_\_ Sàrl, a fait part au conseil de la défenderesse de ses observations quant à la tenue de la comptabilité de la boutique. Pour la comptabilité 2007, elle relevait que le bouclage et la déclaration fiscale n'avaient pas été faits, la caisse pas

mise à niveau, l'inventaire au 31 décembre 2007 pas saisi, la méthode de comptabilisation de la TVA était fautive; au niveau des passifs transitoires, elle avait dû remonter jusqu'en 2005 pour comprendre les extournes et les passer correctement. Pour la comptabilité 2008, le bilan d'ouverture n'avait pas été saisi et, au niveau de la caisse, seul le mois de janvier l'avait été; ni le compte CCP, ni le compte bancaire n'avaient été contrôlés; de nombreuses écritures manquaient, d'autres avaient été comptabilisées à double; au niveau des salaires, les retenues faites aux employés ne correspondaient pas aux taux appliqués par les assurances de la défenderesse. La défenderesse a demandé à W. \_\_\_\_\_ de reprendre en main sa comptabilité. Celle-ci y consacrait désormais environ cinq heures par semaine, en accomplissant les mêmes tâches que le demandeur, hormis le bouclage, soit entre cent quarante et cent cinquante heures par an. Elle était rémunérée à l'heure et facturait environ 60 fr. à 150 fr./h

- 13 - selon la nature des opérations; elle recevait ainsi entre 10'000 fr. et 15'000 fr. par an d'honoraires. d) Dans un courrier adressé le 2 juin 2008 au conseil du demandeur, le conseil de la défenderesse a annexé une copie du rapport de la fiduciaire T. \_\_\_\_\_ Sàrl. Il y exposait, en substance, que le demandeur, contrairement à ce qu'il paraissait soutenir, n'avait pas effectué son travail de manière correcte, que le motif de son licenciement était le fait qu'il s'était arrogé des avantages assez importants, en abusant de la bonne foi et de la crédulité de B. \_\_\_\_\_; de plus, cette dernière avait découvert par la suite, grâce à l'intervention de ladite fiduciaire, d'autres manquements qui auraient justifié à eux seuls la mise à pied du demandeur, sans délai; en outre, contrairement à ses promesses, le demandeur n'avait pas mis à jour le site Internet, alors qu'il s'était fait payer pour cela, et n'avait pas établi le certificat de travail requis par une ancienne employée. e) Corsetière et autrefois employée de K. \_\_\_\_\_, de 1997 à environ 2003, L. \_\_\_\_\_ a été contactée à la fin de l'année 2008 par la défenderesse qui voulait remettre son entreprise, projet qui ne s'est pas réalisé. En examinant les comptes du magasin, elle a constaté des charges importantes, imputables, selon la défenderesse, à son comptable.

## **E. 5**

Le demandeur a intenté une poursuite à l'encontre de la défenderesse, selon réquisition du 8 août 2008, pour un montant de 76'701 fr. 70 plus intérêt à 5% l'an dès le 15 mai 2008 sur 38'101 fr. 70 et dès le 8 août 2008 sur le solde, en invoquant comme titre de la créance : "Salaire mai et juin 2008, indemnité de départ de douze mois et indemnité de l'article 337c al. 3 CO et indemnité pour résiliation d'un mandat en temps inopportun".

## **E. 6**

Par demande du 8 août 2008, R. \_\_\_\_\_ a ouvert action auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, prenant, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

- 14 - "I. B. \_\_\_\_\_, en raison individuelle K. \_\_\_\_\_, est débitrice de R. \_\_\_\_\_ et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 76'701.70, avec intérêt à 5% l'an dès le 15 mai 2008 sur CHF 38'101.70 et dès le dépôt de la demande sur le solde. II. L'opposition, formée par B. \_\_\_\_\_ au commandement de payer la somme de CHF 76'701.70, notifiée par l'Office compétent à la suite de la réquisition de poursuite du 8 août 2008, est définitivement levée." Cette somme correspond au "salaire" des mois de mai et juin 2008 par 2'721 fr. 55 chacun, à l'"indemnité de départ prévue conditionnellement" par 32'658 fr. 60, à l'"indemnité de l'art. 337c al. 3 CO" par 18'600 fr., ainsi qu'à l'"indemnité pour

résiliation en temps inopportun" par 20'000 francs. Dans sa réponse du 21 octobre 2008, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet pur et simple des conclusions prises par le demandeur. Le demandeur a déposé des déterminations datées du 12 décembre 2008.

#### **E. 7**

Dans un courrier du 7 décembre 2008 adressé à son conseil, le demandeur a précisé ce qui suit : "[...] Je reviens sur ce problème des 45 heures évoquées dans ma lettre de licenciement du 28 avril 2008. Je rappelle au préalable que, dans la convention du 6 janvier 2005 (pièce 1), il est stipulé : [...] Mon salaire se décomposait donc comme suit : - montant net de mon salaire mensuel (pièce 2) Fr. 2667.55 - charges sociales (patronale et employé) déduites chaque mois sur mes fiches de travail (pièce 3) Fr. 778.45 - solde final Fr. 1889.10 Si donc cette mention des 45 heures avait une valeur, cela aurait signifié que j'aurais ramené mes honoraires à Fr. 41.98 / heure (1889.10 ./ 45) au lieu des Fr. 95.– facturés généralement, soit une baisse de 56%!!!

- 15 - La différence qui représente Fr. 2'389.50 par mois est bien cher payer mon retour aux protections sociales, et ce, seulement pour être au bénéfice de la LPP et de la protection chômage, puisque, indépendant ou salarié, je devais m'acquitter de l'AVS et de l'assurance accident. [...]"

#### **E. 8**

a) Gian-Franco Locca, de la fiduciaire Berney Temko SA (anciennement CFT compagnie fiduciaire Temko Lausanne S.A.), a été chargé de se déterminer, en tant qu'expert, sur certains allégués des parties. Les déterminations de l'expert, dans son rapport du 31 juillet 2009, se présentent comme suit : "DETERMINATIONS-EXPERTISE COMPTABLE Le résultat de mes travaux est présenté ci-après : ALLEGUE 92 DU DEMANDEUR [Si la méthode de comptabilisation est fautive – ce qui reste encore à démontrer – cela est uniquement dû à la défenderesse, qui a refusé, malgré le conseil du demandeur, d'utiliser la méthode «contre-prestation convenue»... (all. 90) ... car cela avait d'importantes conséquences financières qu'elle n'entendait pas assumer, ... (all. 91)] «... puisque, si elle avait accepté de passer de la méthode «contre- prestation reçue» à «contre-prestation convenue», la TVA aurait dû être payée non seulement sur l'encaissé mais également sur toutes les prestations facturées pour la période considérée.» DETERMINATION DE LA DEFENDERESSE «Contesté.» DETERMINATION DE L'EXPERT La méthode de décompter la TVA sur la base des contre-prestations convenues est basée sur la facturation dans la période considérée de l'établissement des décomptes (trimestriellement). Par contre, la récupération de la TVA sur les factures créanciers- fournisseurs, peut se faire à réception de ces factures, sans attendre leur paiement, également dans la période considérée de l'établissement des décomptes. Le passage de la méthode des contre-prestations reçues à celle des contre-prestations convenues, implique d'imposer les factures clients établies et non encore encaissées, et de récupérer la TVA sur les factures créanciers-fournisseurs non encore réglées.

- 16 - ALLEGUE 105bis du demandeur [La résiliation est donc intervenue en temps inopportun... (all. 105)] «...et mérite une indemnité qui n'est pas inférieure à CHF 20'000.-» DETERMINATION DE LA DEFENDERESSE «Rapport soit à l'expertise.» DETERMINATION DE L'EXPERT Sur la base des comptes de Profits et Pertes du demandeur pour les années 2004 à 2007 (Annexe I), il ressort que la moyenne de son chiffre

d'affaires provenant des honoraires facturés s'élève à Frs. 30'830.-. Or son chiffre d'affaires 2008 provenant des honoraires facturés s'élève à Frs. 30'894.- (Annexe II). A mon avis, l'impact de la baisse de chiffre d'affaires provenant de la résiliation du mandat K. \_\_\_\_\_ est neutralisé, ce qui n'implique aucune indemnité à cet égard, ceci sous réserve de droit et de jugement de la Cour. ALLEGUE 120 DE LA DEFENDERESSE «C'est ainsi que depuis le début de son activité jusqu'à fin 2004, le demandeur a encaissé des honoraires.» DETERMINATION DU DEMANDEUR «Admis indivisiblement que le demandeur a encaissé des honoraires pour l'activité de mandataire qu'il exerçait, contesté le surplus.» DETERMINATION DE L'EXPERT C'est exact que le demandeur a encaissé des honoraires durant la période précitée, soit de juillet 2002 à décembre 2004 (Annexe III). ALLEGUE 127 DE LA DEFENDERESSE «Les factures du demandeur étaient du reste conséquentes.» DETERMINATION DU DEMANDEUR «Contesté.» DETERMINATION DE L'EXPERT Les notes d'honoraires du demandeur n'étaient pas négligeables, cela ressort du détail remis sous Annexe III. ALLEGUE 132 DE LA DEFENDERESSE «L'examen des fiches de travail du demandeur a fait apparaître que celui-ci facturait des honoraires lorsqu'il dépassait 36 heures de travail mensuel et non pas 45 heures.» DETERMINATION DU DEMANDEUR

- 17 - «Contesté, référence étant au surplus faite aux allégués 39 à 44 et à la pièce 48.» DETERMINATION DE L'EXPERT L'examen des fiches de travail mensuelles du demandeur font apparaître les heures suivantes : Moyenne mensuelles des heures de travail Année 2005 41.50 Année 2006 40.50 Année 2007 43.50 Année 2008 (janvier à mars) 35.50 Le demandeur a facturé des honoraires quel que soit le nombre d'heures effectuées, en dérogation au nombre d'heures mensuelles stipulées dans le contrat de travail du 6 janvier 2005 (pièce 11/45 heures par mois), toutefois sous déduction du salaire net perçu, de charges sociales et d'une réduction de Frs. 340.- par mois (?) dont le demandeur n'a pas pu justifier comment il l'a déterminée (Annexe IV). Cependant, quand le salaire mensuel dépassait les heures effectuées, le crédit en résultant était régularisé sur le/les mois suivants (Annexe V). ALLEGUE 133 DE LA DEFENDERESSE «Il apparaît également à la défenderesse que le tarif pratiqué par le défendeur était élevé, voire presque plus élevé, que celui d'une fiduciaire.» DETERMINATION DU DEMANDEUR «Contesté.» DETERMINATION DE L'EXPERT En me référant à l'allégué 17, on constate que le tarif horaire moyen pratiqué par le demandeur, tous travaux comptables et administratifs confondus, s'élevait à Frs. 113.- et, «sans les petits travaux administratifs», à Frs. 124.-. Ces tarifs sont en dessous des normes recommandées par la Chambre fiduciaire suisse des experts comptables, fiduciaires et fiscaux, dont le demandeur n'est pas membre et par conséquent il ne peut s'en prévaloir. Les derniers tarifs édités par la Chambre fiduciaire suisse sont ceux de 1998 dont je remets un exemplaire sous Annexe VI. Le demandeur, s'il était membre, pourrait entrer dans la rubrique «F3 responsables de mandats/tarif Frs. 130.- à Frs 200.- l'heure». Toutefois, compte tenu de l'expérience du demandeur et sans vouloir préjuger sur ses compétences professionnelles, on peut à la rigueur admettre le tarif horaire facturé à la défenderesse, sous réserve toutefois

- 18 - que le nombre d'heures consacré à ce mandat me semble exagéré, étant donné que la fiduciaire actuelle passe environ 63 heures annuelles, ce qui me paraît, au vu du travail réalisé qui est demeuré semblable à celui effectué par le demandeur, tout à fait correspondre à la taille de l'entreprise de la défenderesse (Annexe VII)". b) L'expertise comptable complémentaire, déposée le 30 mars 2010, comporte les déterminations suivantes :

"DETERMINATIONS-EXPERTISE COMPTABLE COMPLEMENTAIRE Le résultat de mes travaux est présenté ci-après : Question ad all. 120 de Me O. Rodondi, av. «L'expert doit indiquer le montant des honoraires encaissés par R. \_\_\_\_\_ pour la période allant de janvier 2005 à mars 2008» DETERMINATION DE L'EXPERT Je remets, sous Annexe I, le détail du compte «N° 4760 Honoraires tiers» ressortant de la comptabilité de la défenderesse pour la période allant de janvier 2005 à mars 2008 que m'a transmis sa fiduciaire, sur lequel l'on constate que le demandeur a encaissé des honoraires (libellé : honoraires R. \_\_\_\_\_) à hauteur de Fr. 13'880.- durant la période requise. Durant cette même période, il a également encaissé des salaires pour les montants bruts indiqués de manière manuscrite sur le compte précité par la Fiduciaire T. \_\_\_\_\_ Sàrl. Question ad all. 132 de Me O. Rodondi, av. «...Que l'expert se détermine sur la question de savoir si mon client avait un intérêt à devenir salarié... » DETERMINATION DE L'EXPERT Sur requête du demandeur, la défenderesse a accepté que celui-ci devienne salarié. Ceci ressort des pièces 10 et 11 et notamment du texte de la pièce 10 qui stipule : «...afin de bénéficier de protection sociale, R. \_\_\_\_\_ devient salarié...» Il me paraît évident que le statut de salarié est plus favorable au niveau social que le statut d'indépendant, ne serait-ce qu'au niveau de l'accès aux prestations de chômage, voire au niveau du 2ème pilier LPP. Question ad all. 133 de Me O. Rodondi, av. «...Le nombre d'heures retenues par l'expert n'est pas conforme aux indications transmises par la Fiduciaire T. \_\_\_\_\_ Sàrl dans l'e-mail du 20 mai 2009. Des précisions de la part de l'expert me paraissent essentielles. »

- 19 - DETERMINATIONS DE L'EXPERT Une malencontreuse erreur de plume m'a fait écrire, à la page 10 de mon rapport d'expertise du 31 juillet 2009, 63 heures de travail de la part de la fiduciaire précitée, au lieu des 159h. annuelles mentionnées à l'allégué VII dudit rapport (12 h. par mois x 12 mois + 15 h. pour le bouclage annuel des comptes et l'établissement de la déclaration fiscale = 159 h.). Je vous prie de bien vouloir m'excuser pour cette inadvertance manifeste. Durant l'année 2009, la fiduciaire en question a facturé 135 h. de travail (Annexe II)."

## **E. 9**

A l'audience d'instruction tenue le 31 janvier 2011, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le tribunal) a procédé à l'audition de six témoins. Le demandeur a produit à cette audience ses comptes d'exploitation et de pertes & profits pour les exercices 2004 à 2009, ainsi que ses décomptes de l'assurance-chômage pour 2008 et 2009. Il en résulte ce qui suit : - les produits d'exploitation et les charges d'exploitation retenus ont atteint respectivement les montants suivants : Produits Charges 2004 Fr. 57'520.00 Fr. 20'509.70 2005 Fr. 20'190.00 Fr. 17'806.00 2006 Fr. 22'747.00 Fr. 18'874.65 2007 Fr. 27'736.20 Fr. 20'437.46 2008 Fr. 30'774.10 Fr. 19'175.45 2009 Fr. 29'620.00 Fr. 20'149.34; - le demandeur, qui s'est inscrit au chômage le 13 juin 2008, s'est vu notifier une décision de la Caisse cantonale de chômage datée du 24 octobre 2008 qui suspendait son droit aux indemnités de trente et un jours dès le 13 juin 2008 pour perte fautive d'emploi, avant de percevoir des prestations basées sur un gain assuré de 3'100 fr. bruts par mois, le délai-cadre allant du 13 juin 2008 au 12 juin 2010.

## **E. 10**

A l'audience de jugement, le demandeur a confirmé toutes ses conclusions alors que la défenderesse a confirmé ses conclusions libératoires.

- 20 - L'expert Gian-Franco Locca a confirmé les termes de ses rapports. En droit : 1. La demande a été introduite en première instance avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Toutefois, dès lors que le jugement attaqué a été rendu après cette date, soit le 29 juillet 2011, les voies de droit sont régies par les dispositions du CPC (art. 405 al. 1 CPC). L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En l'occurrence, chacun des deux appels a été formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), et porte sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 francs. Ils sont donc formellement recevables. 2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

- 21 - En l'espèce, l'état de fait a été complété et la Cour de céans est en mesure de statuer sur l'appel. 3. Il convient en premier lieu d'examiner la qualification des rapports juridiques liant les parties. a) Le contrat de travail, au sens de l'art. 319 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), est celui par lequel une personne, le travailleur, s'oblige envers une autre, l'employeur, à fournir, dans un état de subordination, des services contre le paiement d'un salaire, pendant une période déterminée ou indéterminée (Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., pp. 290 s.). De cette définition ressortent quatre éléments constitutifs essentiels : une prestation personnelle de travail; la mise à disposition, par le travailleur, de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée; un rapport de subordination entre l'employeur et le travailleur; un salaire (Engel, op. cit., p. 292, ch. 5). Conformément à l'art. 320 al. 2 CO, le contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (TF 4A\_404/2009 du 22 octobre 2009 c. 4; TF 4C.419/1999 du 19 avril 2000 c. 1a). L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier notamment du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel, temporel (ATF 125 III 78 c. 4; ATF 121 I 259 c. 3a et les auteurs cités; Wyler, Droit du travail, Berne 2008, pp. 57 ss; TF 4C.135/2000 du 1er septembre 2000 c. 3a) et économique (TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 c. 4.3.1 et 4.6.1; TF 4A\_562/2008 du 30 janvier 2009 c. 3.2.2). A cet égard, seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas particulier permettra de déterminer si le travail était effectué de

- 22 - manière dépendante ou indépendante (ATF 112 II 41 c. 1a/aa p. 46 et les références; TF 4C.135/2000 du 1er septembre 2000 c. 3a). S'il n'est pas possible de conclure à l'existence d'un contrat de travail sur la base des faits constatés de manière complète par l'autorité cantonale, la partie qui entendait déduire des droits d'un tel contrat devra supporter l'échec de la preuve sur ce point (ATF 125 III 78 c. 3b p. 80 et les références; TF 4C.135/2000 précité c. 3a). b) En l'espèce, les parties n'avaient pas réglé leurs rapports juridiques de manière explicite avant 2005, alors qu'elles ont signé deux documents censés régler leurs rapports dès 2005. Il y a lieu de procéder à l'examen de l'ensemble des circonstances pour déterminer s'il y avait rapport de subordination juridique avant et/ou

après 2005. – R. \_\_\_\_\_ (ci-après : le demandeur) établissait chaque mois une "fiche de travail" sur laquelle il détaillait les opérations effectuées avant de la joindre à la facture de ses honoraires qu'il adressait à B. \_\_\_\_\_ (ci-après : la défenderesse) sur du papier à l'en-tête de son "Bureau fiduciaire, Conseils et gestion administrative". – Le tarif horaire des honoraires facturés variait en fonction du type d'activité exercé. Par ailleurs, le demandeur, contrairement à ce qu'il soutient dans son appel, ne travaillait pas exclusivement pour la défenderesse, même si les honoraires qu'il percevait de cette cliente pouvaient être plus élevés que ceux de certains autres clients. La variation du tarif et le fait de disposer encore d'une partie de son temps pour le consacrer à d'autres clients (TF 4A\_562/2008 du 30 janvier 2009 c. 3.2.2; TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 c. 4.6.1) distinguent la présente espèce de l'arrêt cité par le demandeur dans son appel (arrêt reproduit in ZR 80 [1981] n° 70) et ne parlent pas en faveur de l'existence d'un contrat de travail avant ou après 2005. Au surplus, le demandeur a fait état de son activité en qualité d'indépendant depuis 2002 dans sa demande d'indemnité de chômage du 19 juin 2008, admettant ainsi implicitement qu'il n'avait pas mis ses services à la disposition exclusive de la défenderesse.

- 23 - – La défenderesse a versé au demandeur, en guise de cadeau de fin d'année à bien plaisir, une somme de 1'500 fr. pour les années 2004 et 2005 et, à titre de "gratification" à bien plaisir, le montant de 1'641 fr. brut, soit 1'500 fr. net pour les années 2006 et 2007, ces montants étant supérieurs à ceux versés par la défenderesse aux autres collaborateurs. Toutefois, cet élément n'est, à lui seul, pas décisif pour l'admission d'une subordination organisationnelle. Au surplus, la nature de ces versements, en particulier pour les années 2006 et 2007, ne saurait être déduite du terme "gratification" utilisé en l'espèce, ce qui est aussi valable du reste pour les autres termes utilisés par la défenderesse, tel le terme "licenciement" (TF 4C.135/2000 du 1er septembre 2000 c. 3b in fine). – Le demandeur était personnellement affilié à la Caisse AVS, comme cela ressort des charges d'exploitation de son "Bureau fiduciaire, Conseils et gestion administrative". Certes, cet élément, à lui seul, ne revêt qu'une importance relative (TF 4C.135/2000 précité c. 3b a contrario; il s'agissait du cas inverse de la déclaration par l'"employeur" de son "employé" à la Caisse AVS), mais parle en l'espèce en faveur de l'existence d'un mandat avant et après 2005. – Le demandeur bénéficiait d'une grande indépendance dans l'exécution des tâches qui lui étaient confiées par la défenderesse et, mis à part des directives générales, il s'organisait à sa guise. Certes, le fait de détenir des connaissances spécifiques, par exemple en matière comptable ou informatique, n'est pas un élément excluant l'existence d'un contrat de travail (TF 4A\_562/2008 du 30 janvier 2008 c. 3.2.3), puisque les directives ne seraient dans ces cas-là pas nécessaires. En l'espèce, la défenderesse discutait parfois de la comptabilité avec le demandeur, mais celui-ci avait toute latitude dans la manière de la tenir et de s'organiser, la défenderesse lui faisant entièrement confiance au vu de son expérience en matière administrative, comptable et informatique. L'ensemble de ces éléments ne permet pas pour autant de retenir d'une manière claire l'existence d'une subordination organisationnelle.

- 24 - – Par ailleurs, on ne saurait affirmer, au vu du dossier, que le demandeur travaillait exclusivement pour la défenderesse, dès lors qu'il s'occupait également d'autres clients. Le fait qu'un poste de travail équipé d'un ordinateur ait été mis à sa disposition n'est pas décisif (TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 c. 4.4.1 et 4.5.1; TF 4C.419/1999 du 19 avril 2000 c. 1b a contrario), dès lors qu'il fait valoir dans ses propres comptes d'exploitation dès 2004 notamment des "frais matériel informatique", des "fournitures de bureau" et des "loyers". –

On peut encore ajouter aux faits déterminants pour l'examen des rapports juridiques liant les parties dès 2005, le nombre d'heures de travail mensuelles effectuées par le demandeur entre 2005 et 2008. Il ressort du dossier que ce nombre variait par rapport à l'horaire mensuel de quarante-cinq heures figurant dans la lettre d'engagement. Le demandeur facturait les honoraires quel que soit le nombre d'heures effectuées. Cependant, quand le salaire mensuel dépassait les heures effectuées, le crédit en résultant était régularisé sur le/les mois suivant(s). Cet élément parle en faveur de l'absence d'une subordination organisationnelle et économique. Au surplus, le demandeur admet dans son appel l'absence d'horaires fixes. – Le demandeur prétend encore dans son appel que la défenderesse s'acquittait du montant des charges sociales, sans toutefois étayer son allégation qui ne trouve aucune assise dans le dossier. Il relève encore que la défenderesse lui versait son salaire en cas de maladie ou d'accident, sans étayer non plus son allégation, la pièce 102 produite par la défenderesse, soit la déclaration de sinistre du demandeur à son assurance LAA, n'étant pas propre à corroborer son affirmation. Cela étant, l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne permet pas de conclure de manière claire à l'existence d'un rapport de subordination (personnel, temporel, organisationnel et économique) entre les parties. Compte tenu de cette incertitude, il y a lieu de considérer que les éléments fournis par le demandeur ne sont pas suffisants pour admettre l'existence d'un contrat de travail et que les parties étaient liées

- 25 - par un contrat de mandat jusque et dès 2005. On peut au surplus relever que le demandeur, sachant que la défenderesse envisageait de remettre son commerce, du moins à moyen terme, s'est rendu compte qu'il ne pouvait bénéficier d'une protection suffisante quant aux prestations sociales, en particulier LPP et chômage, dans le cadre des rapports – de mandat – le liant à la défenderesse jusqu'à fin 2004, ce qui l'a poussé à établir les convention et lettre d'engagement du 6 janvier 2005. Or, l'établissement de ces documents n'aurait pas été nécessaire si les parties se considéraient alors – même implicitement – liées par un contrat de travail conférant au travailleur ladite protection. c) Pour qualifier les rapports liant les parties dès 2005, il y a encore lieu d'examiner, en plus des circonstances qui précèdent, les deux documents signés par les parties le 6 janvier 2005. ca) Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et déclarations selon le principe de la confiance. Cette interprétation consiste à dégager le sens que le destinataire d'une déclaration peut et doit lui attribuer selon les règles de la bonne foi, d'après le texte et le contexte, ainsi que les circonstances – interprétées à la lumière de leur signification concrète – qui l'ont précédée ou accompagnée, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 61; ATF 133 III 675, JT 2008 I 508; ATF 132 III 268 c. 2.3.2, JT 2006 I 564 et l'abondante jurisprudence en la matière). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 c. 3.2; ATF 129 III 118 c. 2.5; ATF 128 III 419 c. 2.2 et les références doctrinales). Si un texte est peu clair, il doit être interprété selon le principe *in dubio contra*

- 26 - *stipulatore*; ce principe revêt un caractère subsidiaire par rapport à l'interprétation selon le principe de la confiance (ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 p. 69). cb) Alors que le premier document contient, si l'on s'en tient à une interprétation littérale de son texte, des éléments

relevant à la fois d'un contrat de travail (salarié à temps partiel) et du mandat (facturation des honoraires selon les mêmes modalités qui ont prévalu auparavant; déduction du montant des honoraires : du salaire net, de la part patronale des charges sociales et de la part des charges sociales incombant au demandeur; renonciation à des prestations au titre de vacances, celles-ci étant comprises dans sa note d'honoraires), ce document est au surplus en contradiction avec le texte de la lettre d'engagement, dont les éléments revêtent les caractéristiques d'un contrat de travail si l'on s'en tient à leur sens littéral. Il apparaît que les deux documents doivent être compris, selon le principe de la confiance, comme visant à conférer au demandeur la protection sociale (prestations LPP et de chômage) à laquelle celui-ci aspirait si les rapports juridiques lui assurant un revenu de la part de la défenderesse venaient à s'achever, tout en maintenant cependant dans les faits les modalités de la collaboration antérieure à 2005, qui relevait du mandat comme exposé précédemment. Du reste, dès 2005 (voir notamment les charges d'exploitation produites), le demandeur a continué, comme par le passé, à travailler pour la défenderesse, tout en s'occupant de ses autres clients à travers son propre bureau, en facturant ses prestations de la même manière qu'auparavant, soit en déduisant du montant final mensuel de ses honoraires le montant mensuel net de son "salaire", la part patronale des charges sociales, la part des charges sociales lui incombant et en renonçant à des prestations à titre de vacances, considérant que celles-ci étaient comprises dans sa note d'honoraire. La nature juridique des relations contractuelles n'a donc pas été modifiée en 2005 et est restée soumise aux règles du mandat.

- 27 - 4. Il y a lieu d'examiner si, compte tenu de cette qualification juridique, le demandeur pouvait prétendre à "une indemnité de départ" que les premiers juges ont fixée ex aequo et bono à 12'000 francs. a) Cette indemnité trouve son fondement dans la lettre d'engagement du 6 janvier 2005, laquelle prévoit la clause suivante : "Délai de résiliation selon la législation en vigueur. Toutefois, si le présent contrat venait à être résilié par l'employeur, une indemnité de départ équivalant à 12 mois de salaire vous sera reconnue (montant payable en une fois)". La volonté réelle des parties sur le sens à apporter à cette clause n'est pas établie. Il n'est en particulier pas établi que, contre son sens littéral, les parties se seraient entendues sur le fait que cette clause ne serait applicable que dans l'hypothèse où le successeur de la défenderesse déciderait de se séparer du demandeur. Sous l'angle de l'interprétation en application du principe de la confiance, cette clause ne contient aucune limitation et inclut donc toutes les hypothèses de résiliation, en particulier par le mandant lui-même. Contrairement à ce que les premiers juges ont admis, il n'y a ainsi pas de lacune à combler. L'interprétation de la clause litigieuse selon le principe de la confiance ayant permis de préciser le sens de celle-ci, le principe "in dubio contra stipulatorem", qui revêt un caractère subsidiaire, ne trouve pas application en l'espèce. b) Au regard de ce qui précède, il y a lieu d'examiner la compatibilité de l'indemnité prévue par la lettre d'engagement du 6 janvier 2005 avec l'art. 404 al. 2 CO. ba) Selon l'art. 404 al. 1 CO, le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause (art. 404 al. 2 CO).

- 28 - La notion d'inopportunité de la résiliation au sens de l'art. 404 al. 2 CO est étroitement liée au préjudice qui en découle. Puisqu'il est de l'essence même du mandat d'être librement révocable, les parties doivent compter avec ce risque, sinon la règle serait pratiquement vidée de sa substance. La révocation ne constitue pas en soi un abus de droit selon l'art. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210). Elle est licite, même si

elle ne procède d'aucun motif objectif. C'est pourquoi seule l'existence d'un préjudice particulier justifie une sanction à l'exercice inopportun du droit de révocation (cf. ATF 106 II 157 c. 2c, JT 1980 I 370). L'indemnisation, fondée en équité, est destinée à corriger certains effets négatifs du droit inconditionnel de résilier. Elle suppose que la partie qui demande à être indemnisée n'a pas enfreint ses obligations contractuelles ni fourni au révoquant un motif justifiant la résiliation (cf. ATF 104 II 317; Revue fribourgeoise de jurisprudence [RFJ] 1994 p. 313). L'indemnisation prévue par l'art. 404 al. 2 CO est subordonnée à la condition que la résiliation intervienne en temps inopportun. Cette condition est réalisée dès que la résiliation est donnée sans motif sérieux et que l'expiration du contrat cause à l'autre partie un dommage en raison du moment où elle intervient et des dispositions prises par celle-ci pour l'exécution du mandat (cf. TF 4C.78/2007 du 9 janvier 2008 c. 5.4). Est un motif sérieux une faute entraînant la perte de confiance dans le partenaire contractuel. Doivent également être considérées comme un motif sérieux les circonstances dont l'autre partie n'est pas directement responsable mais qui émanent de la sphère de risques de cette dernière. En somme, il faut apprécier si on peut raisonnablement, selon les règles de la bonne foi, exiger la continuation du contrat (Werro, in Commentaire romand CO, 2e éd., Bâle 2012, n. 12 ad art. 404 CO). Certains auteurs estiment cependant que l'on doit présumer que la résiliation est donnée sans motifs sérieux, lorsque le mandat est de durée (cf. les auteurs cités par Tercier/Favre/Conus, Les contrats spéciaux, 4e éd., Zurich 2009, n. 5307, p. 798), voire qu'une résiliation intervient en principe en temps inopportun, seul le cas où il existe des justes motifs de résiliation immédiate n'engageant pas la responsabilité de celui qui y procède

- 29 - (Werro, op. cit., n. 18 ad art. 404 CO). Comme le relève Werro, le Tribunal fédéral n'a cependant pas suivi cette opinion et il convient de se tenir à la jurisprudence fédérale (TF 4A\_237/2008 du 29 juillet 2008 c. 3.2). L'art. 404 al. 2 CO ne s'applique pas lorsque la partie qui résilie le contrat dispose d'un juste motif pour le faire. Par justes motifs, il faut comprendre toutes les circonstances qui font que la continuation du contrat jusqu'à l'expiration de sa durée convenue ou jusqu'au terme de résiliation ne peut raisonnablement être exigée au regard des règles de la bonne foi, ou, selon d'autres termes équivalents, qui rendent la continuation du contrat intolérable pour la partie qui résilie (Zen-Ruffinen, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, pp. 133 s.). Ce cas de figure n'est plus visé par l'art. 404 al. 2 CO, mais relève des principes généraux (CREC I du 5 octobre 2011/259; Tercier/Favre/Conus, op. cit., n. 5310, p. 798). En d'autres termes, s'il y a un juste motif de résiliation, la réparation ou l'indemnisation est d'emblée exclue. Ainsi, même lorsque la résiliation survient en temps inopportun, la partie qui résilie ne doit aucune réparation s'il existe un juste motif, en particulier lorsque l'autre partie a commis une faute. En revanche, la partie qui a provoqué, par sa faute, la fin du contrat, peut être tenue de réparer le dommage causé en application de la règle générale de l'art. 97 CO (TF 4A\_237/2008 du 29 juillet 2008 c. 3.2; Tercier/Favre/Conus op. cit., n. 5310, p. 798 s.). bb) Les premiers juges ont considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la question des justes motifs, le mandat étant en tout temps résiliable. Ils ont écarté une indemnité pour résiliation en temps inopportun pour le motif qu'il n'y aurait pas de circonstances qui seraient de nature à fonder une telle indemnisation. Ils ont considéré que le demandeur n'avait pas allégué ni établi de motifs justifiant que l'on entre en matière sur sa prétention. Les premiers juges ont relevé que l'expert s'était prononcé sur l'impact de la résiliation du mandat du demandeur sur son chiffre d'affaires, le considérant comme "neutralisé", ce qui n'impliquait, à son sens, aucune indemnité.

- 30 - bc) Il faut se pencher sur les circonstances ayant amené la défenderesse à résilier le contrat la liant au demandeur. bca) Le 22 mars 2008, le demandeur a été victime d'un accident à son domicile (double fracture du poignet droit), se trouvant ainsi en incapacité de travail à 100% pour une durée probable d'un mois. C'est lui-même qui a rempli la déclaration de sinistre LAA, datée du même jour, dans laquelle il a notamment déclaré travailler quarante-cinq heures par semaine. Selon lui, cette indication résulte d'une erreur de plume de sa part (semaine au lieu de mois). La déclaration de sinistre mentionnait par ailleurs le salaire mensuel brut de l'intéressé par 3'100 fr. et comportait l'indication "+ solde selon décomptes mensuels". L'envoi de la déclaration de sinistre à l'assurance, qui demandait des explications sur les revenus annexes du demandeur, a amené la défenderesse, avec l'aide de son petit-fils, à examiner de plus près les fiches de travail du demandeur. C'est ainsi qu'il lui est apparu que le demandeur facturait des heures supplémentaires à partir de trente-six heures de travail mensuel et non pas à partir de quarante-cinq heures, ce qui lui a paru curieux; elle a constaté par ailleurs que la comptabilité n'était pas à jour pour 2007 et que, pour 2008, les comptes ne correspondaient pas à la réalité, le contrôle étant d'ailleurs impossible dès lors que le solde au 1er janvier 2008 n'avait pas été effectué. A cette occasion, le petit-fils de la défenderesse a découvert les documents du 6 janvier 2005. Alors que ce dernier était parti de l'idée, sur la base des déclarations de sa grand-mère, que les accords permettaient au demandeur de rester au sein de l'entreprise pendant douze mois si elle était transférée à un tiers, il a réalisé qu'il s'agissait d'une indemnité de départ. Lorsqu'il l'a expliqué à la défenderesse, elle a eu le sentiment de s'être "fait avoir" en signant la convention, qu'elle dit avoir signée en toute confiance, sans la lire attentivement, sur la base des explications orales que le demandeur lui donnait. La défenderesse a alors considéré cet accord comme "un vol ou un abus de confiance" s'agissant de l'indemnité de départ de douze mois qui y était fixée.

- 31 - Dès lors que la défenderesse a signé, de son propre aveu, les documents en toute confiance et sans les lire attentivement, se contentant des explications orales que le demandeur lui donnait, la convention doit être tenue pour acceptée de part et d'autre, et les arguments de la défenderesse à cet égard, tirés d'un éventuel vice du consentement ou dol, ne sauraient constituer un juste motif de résiliation du mandat. bcb) Le 29 avril 2008, la défenderesse, accompagnée de son petit-fils, a rencontré le demandeur pour lui signifier de vive voix son "licenciement avec effet immédiat". L'entretien n'a duré pas plus de dix minutes. A cette occasion, la défenderesse a remis au demandeur une lettre datée du 28 avril 2008, contenant les motifs de la résiliation du contrat. Il lui était reproché, en bref, de déclarer un salaire pour quarante-cinq heures de travail et des prestations non déclarées aux assurances sociales; de facturer des honoraires lorsqu'il dépassait 36 heures de travail mensuel, alors qu'il s'était engagé à effectuer quarante-cinq heures mensuelles; de facturer ses prestations à un tarif plus élevé que toute autre fiduciaire tout en n'étant pas inscrit comme indépendant auprès d'une Caisse AVS; d'avoir forcé la main à la défenderesse pour signer les documents du 6 janvier 2005 et de s'être octroyé une indemnité constituant une tromperie. Dans un rapport daté du 28 mai 2008, la fiduciaire chargée de remettre à niveau la comptabilité de la défenderesse a fait part à celle-ci des manquements dus au travail du demandeur. Le 2 juin 2008, la défenderesse a transmis le rapport de la fiduciaire au demandeur en reprochant en substance à celui-ci de ne pas avoir effectué son travail de manière correcte et en indiquant que le motif de son licenciement était le fait qu'il s'était arrogé des avantages assez importants en abusant de la bonne foi et de la crédulité de la défenderesse, qu'il n'avait pas mis à jour le site Internet alors qu'il s'était fait payer pour

cela et qu'il n'avait pas établi le certificat de travail requis par une ancienne employée.

- 32 - Selon les rapports d'expertise, le demandeur a facturé des honoraires quel que soit le nombre d'heures effectuées, en dérogation au nombre d'heures mensuelles stipulées dans le contrat de travail du 6 janvier 2005, soit quarante-cinq heures. Toutefois, il a déduit le "salaire" net perçu, les charges sociales ainsi que 340 fr. par mois, ce dernier montant n'ayant pu être justifié par le demandeur. Cependant, quand le salaire mensuel dépassait les heures effectuées, le crédit en résultant était régularisé sur le/les mois suivant(s). Dans ces circonstances, la comptabilisation du nombre d'heures effectuées ne saurait être considérée comme fondant un juste motif de résiliation. Selon les rapports d'expertise, compte tenu de l'expérience du demandeur et sans préjuger de ses compétences professionnelles, on pouvait à la rigueur admettre le tarif horaire facturé (113 fr. tous travaux comptables et administratifs confondus et 124 fr. sans les petits travaux administratifs) se situant en-dessous des tarifs recommandés par la Chambre fiduciaire suisse des experts comptables, fiduciaires et fiscaux (130 fr. à 200 fr., valeur 1998) dont le demandeur n'était pas membre, sous réserve que le nombre d'heures consacrées à ce mandat semblait exagéré, la fiduciaire actuelle (dont les représentants sont des professionnels, contrairement au demandeur qui s'est formé sur le tas et en cours d'emploi) y consacrant environ cent cinquante-neuf heures annuelles, soit douze heures mensuelles (auxquelles s'ajoutent quinze heures pour le bouclage annuel et la déclaration fiscale). Le tarif horaire facturé par le demandeur ne pouvait constituer une violation d'une obligation contractuelle ni un juste motif de résiliation du mandat. Le nombre d'heures facturées était certes exagéré (douze heures pour un professionnel, quarante-cinq heures pour le demandeur), mais il était prévu dans la lettre d'engagement signée par les parties et ne pouvait de ce fait constituer un juste motif de résiliation.

- 33 - bcc) S'agissant des reproches portant sur le site Internet payé mais non effectué, la défenderesse n'a pas chiffré ce montant, qui n'est pas tenu pour établi. Il en est de même des reproches relatifs au certificat de travail non établi. Au demeurant, le non accomplissement de ces deux tâches considérées isolément ne constituerait de toute manière pas un juste motif de résiliation. Il résulte de ce qui précède que l'appelant n'avait pas de juste motif, ni de motif sérieux pour résilier le mandat. On peut ajouter que si le demandeur ne s'était pas fracturé le poignet, les parties auraient vraisemblablement continué leur collaboration, le demandeur bénéficiant jusqu'à l'accident d'une grande confiance et liberté dans le cadre de l'exercice de son mandat. c/ca) Il appartient à la victime de la résiliation en temps inopportun de prouver l'existence du dommage consécutif à cette résiliation. Les parties peuvent toutefois fixer forfaitairement le dommage, voire sanctionner la faute par une peine conventionnelle (CACI 29 novembre 2011/382 et l'arrêt du Tribunal fédéral y relatif 4A\_155/2012 du 14 mai 2012; CACI 10 décembre 2012/570; CREC I 5 octobre 2011/259; ATF 109 II 462, JT 1984 I 210). Lorsque le montant convenu ne correspond pas à une estimation anticipée du dommage vraisemblable, cela signifie qu'il est avant tout destiné à faire pression sur le débiteur et il s'agit d'une peine. Plus la différence entre l'indemnité convenue et le dommage réel est grande, plus la qualification de celle-ci comme peine conventionnelle sera vraisemblable, voire présumée (Couchepin, La forfaitisation du dommage, SJ 2009 II 18-19; CREC I 5 octobre 2011/259 c. 5.1). Comme déjà exposé (cf. c. 4a supra), une interprétation normative de la clause litigieuse permet de considérer qu'une indemnité est due au demandeur même en cas de résiliation par la défenderesse elle-même, soit non seulement dans l'éventualité de son décès et/ou de la reprise de son commerce par

un tiers comme le soutient celle-ci. En l'espèce, une interprétation normative permet également de considérer

- 34 - que l'indemnité équivalant à douze mois de salaire constitue une clause pénale. cb) Aux termes de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Il observera toutefois une certaine réserve, car les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO) et les contrats doivent en principe être respectés; une intervention du juge n'est nécessaire que si le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 43 c. 3.3.1, JT 2007 I 226; ATF 114 II 264 c. la, JT 1989 I 74; ATF 103 II 129 c. 4, JT 1978 I 150 et les réf. citées). Une réduction de peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue; pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce; il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, ainsi que de la situation économique des parties, en particulier de celle du débiteur (ATF 133 III 201 c. 5.2; ATF 133 III 43 précité c. 3.3.2; ATF 114 II 264 précité c la; ATF 103 II 129 précité c. 4 et les réf. citées). Il n'appartient pas au créancier de prouver que la peine stipulée est appropriée, mais au débiteur d'alléguer et d'établir des faits qui justifient une réduction (art. 8 CC; ATF 133 III 43 précité c. 4.1; ATF 114 II 264 précité c. lb; ATF 103 II 108, JT 1978 I 194 et les réf. citées). A défaut de tels faits, le juge ne peut pas réduire la peine (Couchepin, La clause pénale, thèse Fribourg 2008, n. 850, p. 170). Lorsqu'il reconnaît que la peine est excessive, le juge doit seulement la réduire pour qu'elle ne le soit plus et non pas la fixer au montant qu'il estimerait correct (ATF 133 III 201 c. 5.2). Le fait que la peine soit élevée ou supérieure au montant que pourrait réclamer le créancier à titre de dommages-intérêts pour inexécution ne constitue pas à lui seul un facteur de réduction (Mooser, Commentaire romand CO, 2e éd., Bâle 2012, n. 7 ad art. 163 CO et les réf. citées).

- 35 - cc) En l'espèce, la défenderesse n'a pas allégué – et encore moins établi – d'éventuels facteurs de réduction de la peine conventionnelle librement convenue. Le montant fixé n'apparaît pas si élevé qu'il dépasserait toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité. Il n'y a pas lieu à réduction de la clause pénale. cd) Pour calculer une indemnité équivalant à douze mois de salaire, en se fondant sur un tarif horaire de 124 fr. (tarif maximum) et sur une moyenne de quarante-cinq heures mensuelles de travail (taux maximum selon la lettre d'engagement), on aboutit au montant maximal de 66'960 fr. ([124 fr. x 45 heures] x 12 mois). Le demandeur n'a conclu qu'à l'obtention d'un montant de 32'658 fr. 60 net à ce titre (jugement entrepris, pp. 43 et 32). Il a augmenté ses conclusions en appel à ce titre, à un montant de 44'400 fr., ce qui n'est pas admissible en l'espèce (art. 317 al. 2 CPC). Il convient dès lors de lui allouer la somme de 32'658 fr. 60 avec intérêt à 5% l'an dès le 9 août 2008. 5. a) En définitive, l'appel de B.\_\_\_\_\_ doit être rejeté; l'appel de R.\_\_\_\_\_ doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé dans le sens des considérants. Le demandeur obtient gain de cause sur le principe de l'indemnité de départ et à raison de 42% sur la quotité de ses prétentions y relatives, de sorte qu'il convient de revoir la répartition des dépens de première instance. Le demandeur a ainsi droit à des dépens réduits de moitié, arrêtés à 6'193 fr. ([4'200 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil + 8'186 fr. 50 en remboursement de l'émolument de justice] / 2).

b) Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 883 fr. pour chaque appel (art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), soit 1'766 fr. au total. Vu l'issue du litige, les frais judiciaires de l'appel formé par

- 36 - B. \_\_\_\_\_, qui succombe, doivent être entièrement mis à sa charge (art. 106 al. 1 CPC). Quant aux frais judiciaires de l'appel formé par R. \_\_\_\_\_, qui obtient partiellement gain de cause (l'appelant réclamait 62'000 fr. de plus que les 12'000 fr. octroyés par les premiers juges et se voit allouer en définitive environ 20'000 fr. supplémentaires, soit le tiers de ses conclusions), ils doivent être mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ à raison d'une moitié et à la charge de R. \_\_\_\_\_ à raison de l'autre moitié pour tenir compte de la victoire de principe de ce dernier (art. 107 al. 1 let. a CPC); B. \_\_\_\_\_ versera ainsi à l'appelant la somme de 441 fr. 50 à titre de restitution partielle de l'avance de frais fournie par celui-ci (art. 111 al. 2 CPC). En définitive, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'766 fr., sont mis à la charge de l'appelante B. \_\_\_\_\_ par 1'324 fr. 50 et de l'appelant R. \_\_\_\_\_ par 441 fr. 50. c) S'agissant des dépens de deuxième instance, l'appelant R. \_\_\_\_\_ obtient gain de cause dans le cadre de l'appel formé par B. \_\_\_\_\_; il obtient partiellement gain de cause dans le cadre de son propre appel, dans la mesure exposée ci-dessus, de sorte que les dépens y relatifs peuvent être compensés. Partant, l'appelant R. \_\_\_\_\_ a droit à des dépens de deuxième instance qu'il convient d'arrêter à 2'500 fr. (art. 2, 3 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

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