

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26265/2012-4

CAPH/191/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 24 NOVEMBRE 2015

Entre

A_____ SA, sise _____, Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 9 avril 2015 (JTPH/139/2015), comparant par M^e Olivia BERGER, avocate, Köstenbaum & Associés SA, cours de Rive 10, case postale 3397, 1211 Genève 3, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, France, intimé, comparant par M^e Alessandro DE LUCIA, avocat, rue Pédro-Meylan 1, case postale 507, 1211 Genève 17, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 novembre 2015.

EN FAIT

- A. Par jugement rendu le 9 avril 2015, le Tribunal a condamné A_____ SA à payer à B_____ la somme nette de 78'000 fr. plus intérêt moratoire au taux de 5% dès le 1^{er} juillet 2012 (ch. 2 du dispositif), condamné A_____ SA à remettre à B_____ un certificat de travail conforme au considérant 6 du jugement (ch. 3), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4), arrêté les frais de la procédure à l'690 fr., mis à charge de B_____ à raison de 563 fr. 35 et à charge de A_____ SA à raison de l'126 fr. 65 et dit que le montant de 563 fr. 35 était compensé par l'avance de frais effectuée par B_____, condamnant A_____ SA à lui verser la somme nette de l'126 fr. 65 à titre de remboursement de l'avance de frais judiciaire (ch. 5 à 8).

En substance, le Tribunal a retenu que B_____ avait fait l'objet d'un licenciement abusif dans la mesure où, si certes les résultats financiers escomptés de la société du fait de l'activité du demandeur n'avaient pas été à la hauteur des attentes, cela avait été dû à des manquements de l'employeur n'ayant pas fait le nécessaire à temps pour que la société bénéficie des autorisations d'exercer ses activités dans le négoce en Suisse, cette situation ayant entravé le travailleur dans l'exercice de son travail. La défenderesse n'avait pas collaboré en ne produisant pas les correspondances se rapportant à la procédure d'autorisation entre elle-même ou ses avocats et la FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers). Le motif économique donné au congé était dès lors un prétexte. Une indemnité équivalente à 4 mois de salaire, soit la somme de 78'000 fr. apparaissant justifiée du fait notamment que le demandeur avait six enfants à charge, les rapports de travail ayant cependant durés un peu plus d'une année seulement et le travailleur ayant retrouvé un emploi par la suite.

Le travailleur qui réclamait une indemnité à titre de tort moral s'est vu débouté de ses conclusions sur ce point. Quant à la délivrance d'un certificat de travail conforme, le Tribunal a considéré que le certificat de travail remis par l'employeur qui ne contenait pas d'appréciation de la qualité du travail du demandeur était contraire aux dispositions légales de sorte qu'une mention de la qualité du travail, ou à tout le moins une appréciation du travail en termes généraux devait y être ajoutée.

- B. Par appel déposé le 12 mai 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA conclut à l'annulation du jugement querellé et au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions sous suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation du jugement et au renvoi à l'autorité précédente, sous suite de frais et dépens. Elle propose des moyens de preuve nouveaux et dépose quatre nouvelles pièces. Elle critique l'état de fait du jugement qui se limite à la reprise des déclarations des parties et des témoins sans énoncer les faits retenus par le Tribunal, ce qui confine à la violation de son droit d'être entendu. Pour le surplus

elle considère que les faits ont été constatés de manière inexacte et incomplète dans la mesure où les échanges de correspondance avec la FINMA sont étrangers au litige et le nombre d'enfants à charge du travailleur n'étant pas de six mais de un. Pour le surplus elle expose qu'il n'a pas été retenu à tort que la situation économique de la société était difficile, voire intenable et la perte de confiance du fait de l'absence de résultats de la société à l'égard du travailleur. Celui-ci ayant pour le surplus tenté de débaucher des employés les incitant à freiner leur activité.

La recourante fait grief en outre au Tribunal d'avoir retenu contre elle une violation de l'obligation de collaborer dans la mesure où elle avait renoncé à produire des correspondances avec la FINMA, alléguant une violation de l'art. 164 CPC par la Tribunal. Sur le fond, elle fait grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 336 CO, le congé étant justifié par des motifs réels, aucun motif abusif n'étant à retenir. La situation économique de la société et le manque de performance du directeur nécessitaient son licenciement. Subsidièrement, elle invoque une violation de l'art. 336a CO, au cas où un licenciement abusif devait malgré tout être retenu, dans la mesure où l'indemnité allouée devait être substantiellement réduite en tenant compte des faits qu'elle a énoncés. En dernier lieu elle fait grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 330a CO en la condamnant à établir un certificat de travail conforme aux considérants de son jugement, ne pouvant délivrer un certificat de travail faisant état de son mécontentement à l'égard de son employé et ne pouvant émettre d'autres appréciations sous peine de délivrer un certificat trompeur.

Par réponse du 6 juillet 2015, B_____ a conclu à l'irrecevabilité de tous les moyens de preuve nouveaux produits ou requis par A_____ SA et à la confirmation du jugement attaqué, l'appelante étant déboutée de toutes autres conclusions, sous suite de frais et indemnités. En particulier, il conteste la non-pertinence alléguée des échanges entre la société et la FINMA dans la mesure où cette dernière avait interdit l'activité de la société en tant que succursale sans son autorisation. Il réaffirme le fait qu'il a à sa charge six enfants, y compris cinq enfants adultes, l'intimé se référant aux faits exposés dans ses propres écritures de première instance. Pour le surplus, il expose que les pièces produites sont toutes irrecevables dans la mesure où elles auraient pu être produites en première instance et qu'il en est de même des offres nouvelles de preuve proposées par l'appelante.

Au fond il conclut au rejet des griefs formulés par l'appelante relevant notamment que la problématique relative à l'autorisation de pratiquer devant être délivrée par la FINMA était essentielle du fait qu'elle influençait directement la capacité de la société à exercer son activité.

La cause a été gardée à juger en date du 16 septembre 2015.

C. Il ressort pour le surplus de la procédure les faits pertinents suivants :

B_____ a été engagé par "C_____ Paris, succursale de Genève" par contrat de travail du 15 juin 2010 pour une durée de 12 mois à compter du 1^{er} septembre 2010 en qualité d'une part de directeur d'activité d'intermédiation sur produits pétroliers et matières premières agricoles, et d'autre part, directeur de la succursale.

La rémunération de B_____ se composait d'une rémunération fixe brute annuelle de 270'000 fr. versée en douze mensualités de 22'500 fr., d'un montant annuel forfaitaire de 27'000 fr. à titre de frais de représentation, ainsi que d'un montant annuel de 32'000 fr. d'avantages en nature. Il était également prévu que B_____ percevait une rémunération variable payable le troisième mois après la fin de chaque trimestre civil ainsi qu'une prime de management égale à la somme de 5% du résultat avant impôts des activités d'intermédiation sur produits pétroliers et matières premières agricoles et 1% du résultat avant impôts de l'activité d'intermédiation sur électricité, payable chaque année au mois de mars. En sa double qualité de "directeur activité d'intermédiation sur produits pétroliers et matières premières agricoles" et directeur de succursale de C_____ Paris, succursale de Genève, le travailleur avait la mission d'assurer le suivi du portefeuille des clients de la société, de recevoir, transmettre et exécuter les ordres reçus de et pour les clients de la société, de développer le fond de commerce de la société, de participer de façon continue et constructive à l'élaboration et à la mise en place de la stratégie de développement des activités de la succursale dans le domaine des commodities (énergie, métaux et matières premières), notamment. L'article premier du contrat stipulait que la rémunération du salarié avait été fixée en corrélation avec les objectifs fixés par la société que le salarié considérait comme tout à fait atteignables au regard de sa connaissance du marché comme de ses expériences passées.

La société C_____ Paris, succursale de Genève, était la succursale d'une entreprise étrangère dont le siège était à Paris (France) et a été inscrite le 20 janvier 2010 au Registre du commerce du canton de Genève et radiée le 12 février 2013 par suite de cessation de l'exploitation. Son but était l'intermédiation de produits dérivés listés de gré à gré, d'indices et d'actions et l'intermédiation de produits énergétiques (notamment produits pétroliers, et de matières premières industrielles et agricoles sur les marchés physiques et financiers organisés de gré à gré). D_____ en était l'administrateur délégué.

A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre français du commerce et des sociétés dont le siège est à Paris (France).

A_____ SA est une société anonyme suisse inscrite au Registre du commerce du canton de Genève le 15 décembre 2011 et dont le but est toute transaction financière, commerciale, mobilière et immobilière en relation avec le placement de capitaux pour le compte de clients dans le respect de la LBVM.

D. B_____ est entré en fonction à la date prévue par le contrat. En date du 5 novembre 2010 il a rédigé un business plan commodities dans lequel il prévoyait qu'une fois opérationnels, les comptes institutionnels devaient générer un montant compris entre 1.5 million et 1.7 million de dollars par an, soit 140'000 dollars par mois. Quant à la clientèle privée alors composée de six à huit comptes elle devait générer un résultat net d'environ 300'000 dollars. Les revenus mensuels escomptés selon le business plan devaient passer de 4'740 fr. en octobre 2010 à 10'000 fr. par mois pour novembre et décembre 2010, puis 20'000 fr., 25'000 fr. et 40'000 fr. par mois en mars 2011, le nombre de comptes passant de six en octobre 2010 à vingt en mars 2011 puis 35 au quatrième trimestre 2011. Le business plan exposait trois raisons pour lesquelles seuls quelques comptes étaient en phase d'ouverture à la date de rédaction de celui-ci. Il n'est fait aucune mention dans ces raisons de la problématique liée à une autorisation de la FINMA.

Dans un rapport du 28 février 2011 B_____ escomptait un chiffre d'affaires passant de 35'000 dollars en mars 2011 à 128'000 dollars par mois en juillet 2011. Il n'est fait aucune mention de la problématique FINMA dans ce rapport.

Par mail du 28 novembre 2011 à l'adresse de B_____, D_____ a communiqué à ce dernier qu'il considérait les revenus actuels de la société comme très décevants et très en retrait des prévisions initiales sans avoir de perspectives tangibles d'amélioration sur ce point.

Par mail du même jour B_____, faisant référence à un courrier de la FINMA du 9 septembre 2011 dont il avait connaissance, a rejeté la responsabilité sur D_____ du fait que "après quinze mois dans cette société nous n'avons toujours pas le droit de travailler. Il me semble un peu exagéré de mettre la faute sur moi alors que vous m'avez débauché et fait des promesses que vous êtes incapable de fournir; il faut arrêter de mettre votre incompétence sur le dos des autres comme cela a été fait avec Me E_____ pour la FINMA. Nous sommes dans l'illégalité depuis janvier et vous voulez développer du business, c'est de l'inconscience."

Par avenant au contrat de travail du 2 décembre 2011 établi sur papier en tête A_____ SA Paris, succursale de Genève et signé "pour la société : M. D_____, administrateur délégué" la rémunération fixe de l'employé à partir du 1^{er} janvier 2012 a été abaissée à 19'500 fr. par mois, le calcul de la rémunération variable et la prime de management étant modifiés par rapport au premier contrat cela "suite à nos différents entretiens (...) dans un contexte de réduction nécessaire de notre point mort d'exploitation sur l'activité intermédiation sur produits pétroliers et matières premières agricoles". L'avenant stipule que les autres clauses du contrat de travail restent inchangées.

Les parties ont mis, parallèlement d'accord entre elles, un terme au contrat de travail du 31 décembre 2011 en date du 13 décembre 2011, vu la prise d'activité de l'employé auprès de la société A_____ SA à partir du 1^{er} janvier 2012.

Par un courrier du 27 décembre 2011 à l'adresse du conseil de la société l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a confirmé au vu des éléments qui lui avaient été présentés et de l'activité à exercer en Suisse par A_____ SA que cette activité ne nécessitait pas d'autorisation en tant que négociant en valeur mobilière au sens de l'art. 10 LBVM, dès lors que la société n'exerçait pas d'activité de représentation ni d'activité de succursale de fait pour le compte d'F_____ Paris étant une filiale détenue à 100% de cette dernière déployant son activité indépendamment de sa maison-mère. A_____ SA ne conclut pas de transaction en valeur mobilière en son propre nom ni n'en supporte les risques. Elle n'est pas dès lors un négociant en valeur mobilière pour propre compte. En outre elle ne tient pas de compte servant à exécuter des transactions de valeur mobilière pour ses clients et ne reçoit ni ne conserve en son nom propre des valeurs mobilières de ses clients, elle n'exerce pas d'activité en tant que maison d'émission fournisseur de dérivés ou teneur de marché. En cas de faits nouveaux l'appréciation de l'autorité pourrait être modifiée.

En date du 15 janvier 2012 a été signé un nouveau contrat de travail entre A_____ SA, d'une part, et B_____, d'autre part, l'article premier de ce contrat prévoyait que B_____ était engagé en double qualité de directeur d'activité d'intermédiation sur produits pétroliers et matières premières agricoles et directeur de la filiale A_____ SA dès le 1^{er} janvier 2012. L'art. 1 § 3 de ce contrat prévoyait que l'ancienneté issue du premier contrat conclut entre l'employé et C_____ dès le 6 septembre 2010 et ayant été résilié pour le 31 décembre 2011 était prise en compte dans le nouveau contrat pour l'ensemble des avantages contractuels, conventionnels ou légaux. La rémunération était fixée conformément à ce qui avait été prévu dans le cadre de l'avenant au précédent contrat du 2 décembre 2011.

En date du 27 février 2012 D_____ se plaignait à B_____ de ce que fin février le chiffre d'affaires n'avait pas vraiment décollé.

Par courrier recommandé du 12 avril 2012 A_____ SA a licencié B_____ pour le 30 juin 2012 en le libérant immédiatement de son obligation de travailler. Elle invoquait comme motif le fait que l'activité que le travailleur était censé développer n'avait connu qu'un essor très faible bien en deçà de ce à quoi il s'était engagé à la signature de son contrat de travail initial et de sa présentation au comité exécutif du groupe le 5 novembre 2010, le chiffre d'affaires 2011 de la société s'étant élevé à une moyenne mensuelle de 27'500 euros ne couvrant pas les charges d'exploitation, le chiffre d'affaires du premier trimestre 2012 étant en détérioration constante passant de 41'000 euros en janvier à 12'500 en mars, la perte d'exploitation étant très importante malgré la révision à la baisse des conditions de rémunération de l'employé.

Par courrier du 22 mai 2012 l'employé s'est opposé à son licenciement le considérant comme abusif et contestant les motifs à l'appui de celui-ci. Il mettait

en demeure la société en outre de faire cesser toute atteinte à sa personnalité en divulguant à l'égard de la clientèle des informations erronées.

Par courrier du 31 mai 2012 l'employeur a pris note de l'opposition au licenciement de l'employé et contesté formellement le caractère abusif du congé. Il démentait en outre avoir retenu des propos désobligeant à l'égard de l'employé, contestant tout manquement au devoir de protection de la personnalité du travailleur.

En date du 17 août 2012, B_____ a requis de son ancien employeur la remise d'un certificat de travail ce qui a été fait en date du 14 septembre 2012. Il était notamment mentionné sur ce certificat de travail qu'il avait été employé en qualité de directeur de la succursale C_____ Paris, puis de la filiale A_____ SA. Par courrier de son conseil du 3 octobre 2012, B_____ a fait opposition au certificat considérant qu'il ne remplissait pas les conditions subjectives de l'art. 330a al. 1 CO ne faisant aucune mention de la qualité ainsi que de la conduite du travail effectué par lui-même.

En date du 15 octobre 2012 un nouveau certificat de travail a été adressé à B_____ modifiant la dénomination et la qualité des entités pour lesquelles il avait exercé ses fonctions uniquement. B_____ a réitéré son opposition au certificat remis.

- E. B_____ a déposé une requête en conciliation par devant la Juridiction des prud'hommes le 6 décembre 2012 puis, suite à l'échec de la tentative de conciliation, introduit une demande ordinaire au greffe du Tribunal des prud'hommes le 18 avril 2013 concluant à la délivrance d'un certificat de travail et au paiement d'une somme totale de 168'816 fr. 55 avec intérêt moratoire à 5%, soit de 144'699 fr. 90 à titre d'indemnités pour licenciement abusif et 24'116 fr. 35 à titre d'indemnités pour tort moral. Il a réclamé en outre la production de la correspondance exhaustive et des pièces échangées entre son ancien employeur et la FINMA, notamment un courrier du 9 septembre 2011 adressé au conseil de son ancien employeur.

Quant à la défenderesse elle a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions estimant que la question des relations avec la FINMA était irrelevante, le licenciement ayant été motivé par les motifs invoqués dans la lettre de congé du 12 avril 2012. D'autre part le certificat de travail remis était conforme aux exigences légales.

Les parties ont persistés dans leur position lors des diverses audiences conduites par le Tribunal. B_____ a notamment déclaré avoir été débauché par un cabinet de recrutement pour rejoindre son ancien employeur afin d'y développer une activité de courtage en matières premières. Il s'agissait de procéder à de l'intermédiation pure (mise en relation de deux contreparties) ainsi que de l'intermédiation au sens large (relation tripartite dans laquelle le courtier achète

pour l'une des parties et vend pour l'autre) il s'était enquis de l'autorisation de la FINMA pour ce dernier type d'activité. Il lui avait été répondu que la société n'était pas encore au bénéfice d'une telle autorisation. La FINMA avait par courrier d'avril 2011, puis juin 2011 fait part de ses doutes quant à la structure de la société proposant à ses organes de transformer la succursale en filiale, soit de la radier dans la mesure où elle n'avait pas le droit d'exercer dans les conditions qui étaient les siennes. Il a exposé en outre que le 9 septembre 2011 suite à un courrier de la FINMA interdisant de développer une activité de succursale sous peine de sanction il avait pris peur notamment d'un point de vue réputationnel alors que la société l'incitait à continuer à développer l'activité. Il avait estimé alors ne pas être en mesure de mener une activité d'intermédiation pure en raison du fait que la société exerçait sous la forme d'une succursale. Il a considéré que si les résultats n'avaient pas été aussi bons qu'escompté cela était dû à l'absence de contreparties. Il avait retrouvé un emploi le 1^{er} mai 2013 auprès d'un concurrent.

La défenderesse a exposé avoir elle-même pris contact spontanément avec la FINMA en mars 2010 afin de présenter la nature des activités qu'elle envisageait d'exercer en Suisse. Après qu'un avis ait été émis par son conseil selon lequel l'activité ne nécessitait pas d'autorisation de la FINMA cette dernière avait adopté une position inverse. L'autorité aurait souhaité en outre que la personne exerçant la direction de la succursale soit indépendante de celle ayant des activités opérationnelles ce qui s'avérait être trop onéreux. A mi-septembre 2011, il avait été décidé de se plier aux injonctions de la FINMA et d'ouvrir une filiale en lieu et place d'une succursale, l'autorisation d'opérer en tant que filiale était parvenue le 28 décembre 2011. Elle n'avait pas souhaité communiquer les échanges avec la FINMA dans la mesure où ceux-ci concernaient principalement les sièges de Paris. Elle a persisté dans les motifs invoqués pour le licenciement de son ancien employé. Celui-ci n'avait pas activement démarché des clients et la société n'avait pas réalisé les revenus prévus. Les résultats du premier trimestre 2012 l'avaient amenée à se séparer de l'employé. La société était devenue une filiale dès le 1^{er} janvier 2012 et avait enregistré une perte insoutenable. Il fallait soit fermer la structure, soit changer de direction. Elle avait opté pour la deuxième solution.

Le Tribunal a entendu deux témoins employés, respectivement anciens employés de la défenderesse. Le premier (G_____) a confirmé que le problème FINMA ne l'avait pas empêché de travailler. Ils avaient mené, tant lui que B_____, des opérations depuis le début de leur activité en août-septembre 2010. Le demandeur lui avait demandé de "freiner le business" en 2012 car "il devait signer avec une autre société". Il a, en outre, déclaré que le licenciement de B_____ était en partie attendu, ce à quoi ce dernier s'attendait d'ailleurs, du fait que la révision à la baisse de ses conditions de travail devait être considérée comme une reconnaissance d'un manque de performance. Quant au second témoin (H_____), il a déclaré avoir été engagé au mois de mai 2010 et avoir toujours pu travailler de sorte à générer un produit d'environ 600'000 euros en 2011. Il a déclaré ne pas avoir été surpris par le licenciement de B_____ lequel était en pourparlers avec

une autre société. La société avait déplacé son activité de Genève en France à l'été 2012, puis était revenue en 2014 à Genève suite à l'accord de la FINMA.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque dans les affaires patrimoniales la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC).

Il peut être formé pour violation du droit et constatation inexactes des faits (art. 310 CPC).

Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). La notification intervient au moment de la remise de l'envoi recommandé au destinataire (art. 338 al. 1 et 2 CPC), le délai d'appel déclenché par la notification commence à courir dès le lendemain de celle-ci (art. 142 al. 1 CPC).

En matière de contrat de travail, la Chambre des Prud'hommes de la Cour de justice est l'instance d'appel compétente à Genève pour connaître un appel dirigé contre un jugement du Tribunal des Prud'hommes (art. 124 let. a LOJ, E 2 05).

1.2 En l'espèce, la voie de l'appel est ouverte puisque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions, soit en fin de première instance, était supérieure à 10'000 fr.

Introduit selon la forme prescrite par la loi et en temps utile auprès de l'instance compétente l'appel est dès lors recevable.

1.3 La Cour dispose d'un plein pouvoir de cognition (art. 310 CPC).

2. **2.1** L'appelante produit quatre pièces nouvelles en appel. L'intimé conclut à leur irrecevabilité.

La Cour examine en principe d'office la recevabilité des pièces produites en appel (REETZ/HILBER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2^{ème} édition, 2013, n° 26, ad art. 317 CPC).

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

2.2 En l'espèce, toutes les pièces produites par l'appelante devant la Cour sont antérieures au terme de la procédure de première instance et partant de ce fait en principe irrecevables. Tel est le cas notamment de la pièce 3 qui, bien que datée

du 11 mai 2015, se réfère en quasi intégralité aux résultats des années 2011-2012 de la société.

3. Le Tribunal a retenu à charge de l'appelante un refus non justifié de collaboration à la procédure. Point n'est besoin d'examiner ce grief au vu de ce qui sera développé ci-dessous.

4. **4.1** Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de durée indéterminé peut être résilié par chacune des parties. L'alinéa 2 de cette disposition stipule que la partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Conformément aux règles de la bonne foi, une partie ne peut pas donner le congé de manière abusive. Selon l'art 336 CO, le congé est abusif s'il est donné pour des motifs qui ne sont pas dignes de protection. La liste dressée à l'art. 336 CO n'est pas exhaustive. (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, 2009, n° 3688 ss, p. 549 ss; VISCHER/MÜLLER, Schweizerisches Privatrecht, VII/4, Der Arbeitsvertrag, 4^{ème} éd. 2014, n° 71 ss, p. 320 ss; PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I 5^{ème} éd. 2011, n° 1 ss, p. 20, 67 ss). S'agissant de la reconnaissance d'autres motifs abusifs que ceux prévus par la loi le juge devra faire preuve de retenue (VISCHER/MÜLLER, op. cit. n° 72, p. 320-321). La partie qui a vu son contrat résilié doit prouver que le motif du congé est abusif (idem, n° 101, page 320), respectivement qu'il existe une haute vraisemblance que le motif du congé soit abusif (PORTMANN, op. cit. n° 31, p. 20, 78).

Un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. Pour être digne de protection, un motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. En principe la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou les impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles (DUNAND, Commentaire du droit du travail, 2013, n° 90, ad art. 336 CO, p. 685).

En vertu de l'art. 336a CO, le caractère abusif de la résiliation n'affecte pas sa validité (ATF 118 II 157, JDT 1993 I 648). Le destinataire d'un congé abusif a en principe droit à une indemnité dont le montant sera fixé par le juge mais correspondant au plus à six mois de salaire. Il s'agit d'une indemnité *sui generis*, d'une sanction de droit civil qui a une fonction pénalisante et de réparation (TERCIER/FAVRE, op. cit. n° 3708 ss, p. 552).

4.2 L'appelante fait reproche au Tribunal d'avoir retenu l'existence d'un congé abusif quand bien même il admet que le demandeur n'a pas présenté les résultats financiers escomptés pendant les rapports de travail. Elle expose qu'en retenant que l'employeur est responsable de cet état de choses du fait qu'il n'avait pas obtenu les autorisations d'exercer auprès de la FINMA et qu'elle ne pouvait pas dès lors reprocher à l'employé son manque de performance, il a violé la loi. Elle expose en outre que les échanges avec la FINMA et l'absence d'autorisation de la

société d'exercer en tant que succursale d'un négociant en valeur mobilière étranger n'ont jamais affecté l'activité effective du travailleur.

Quant à celui-ci il soutient dans sa réponse à l'appel que les motifs du congé ne sont pas réels, l'appelante étant l'unique responsable de la situation créée et notamment de l'absence d'autorisation pour développer ses activités avec la menace de sanction pénale à la clé.

4.3 Il ressort de la procédure, ce qui n'est pas contesté, que les résultats financiers produits par le travailleur n'ont pas été à la hauteur de ce qui avait été escompté et proposé par lui-même dans le cadre du business plan qu'il a présenté le 5 novembre 2010. Il n'est pas contestable non plus que ces résultats financiers ne se sont pas améliorés avec le changement de statut au 1^{er} janvier 2012 de la société, filiale de la société mère française. Il ressort également du dossier que les coûts engendrés par la société n'étaient pas couverts par le chiffre d'affaires réalisé. Il n'apparaît pas des pièces au dossier que le travailleur se soit plaint avant les échanges de mails de fin novembre 2011 que l'absence d'autorisation d'exercer certaines activités en Suisse de la part de la FINMA aurait eu une influence sur sa capacité à développer la clientèle dans le cadre de son activité d'intermédiation pure non soumise à autorisation par ailleurs durant l'année précédente. Cet état de fait apparaît par ailleurs confirmé par les déclarations du témoin G_____, entendu par le Tribunal qui, arrivé au sein de la société en même temps que le travailleur, a toujours pu mener librement ses opérations. Il en est de même des déclarations du témoin H_____ entendu par le Tribunal selon qui il n'avait jamais été entravé dans sa capacité à travailler au sein de la société dès son engagement en 2010. Les deux témoins entendus par le Tribunal ont par ailleurs exposés de concert que le travailleur n'avait pas été surpris par son licenciement et qu'il s'y attendait du fait que le chiffre d'affaires réalisé par lui ne semblait pas être à la hauteur des attentes. En outre, le dossier enseigne encore que postérieurement à l'échange de mails relatifs à la problématique liée à l'autorisation éventuellement nécessaire de la FINMA et à la structure juridique de la société, cette question n'a plus été l'objet de discussions entre les parties qui, au contraire, se sont attelées à mettre sur pied le nouveau contrat de travail du travailleur devant entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2012. Il n'est fait état dans ce contrat d'aucune réticence du travailleur quant à la nouvelle structure et la capacité de celle-ci à donner un cadre juridique clair à l'activité exercée. Ce n'est qu'après le laps de temps de trois mois et demi depuis la mise en œuvre de la nouvelle structure de la société et des nouvelles conditions du travailleur et sans amélioration pour autant des résultats quant au chiffre d'affaires de la société, au contraire celui-ci ayant chuté durant les trois premiers mois de l'année 2012, que le licenciement est intervenu au motif que le résultat obtenu ne couvrait pas les charges d'exploitation.

Dès lors la preuve, qui incombait au travailleur, du caractère abusif du congé n'a pas été apportée ni même le caractère vraisemblable de cet abus dans la mesure où, au contraire et au vu des considérants qui précèdent, il a été démontré que les

motifs à l'appui du licenciement tels qu'ils ressortent de la lettre du licenciement du 12 avril 2012 sont avérés.

Par conséquent, le congé étant valable et non abusif, il n'a pas lieu à indemnité. L'appel est admis sur ce point et le jugement attaqué annulé.

- 5. 5.1** Selon l'art. 330a CO, l'employé peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (al. 1). A la demande exprès du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2). Dans le premier cas on parle de certificat de travail complet ou qualifié (ATF 136 III 510 consid. 4.1). Dans le second cas, il ne s'agit que d'une attestation de travail (ATF 129 III 177 consid. 3.2 et 3.3).

S'il n'est pas satisfait du certificat de travail reçu parce que celui-ci est lacunaire, inexact ou qu'il contient des indications trompeuses ou ambiguës, le travailleur peut en demander la modification par le biais d'une action en rectification (ATF 129 III 177 consid. 3.3). Il appartient au travailleur de prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat de travail différent de celui qui lui a été remis. L'employeur devra collaborer à l'instruction de la cause en motivant les faits qui fondent son appréciation négative (arrêt du Tribunal fédéral 4A_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2).

L'action relative au certificat de travail (délivrance ou rectification) doit être formulée clairement et contenir des conclusions précises. Si le travailleur demande la rectification du contenu du certificat de travail, il doit formuler lui-même le texte requis de manière à ce que le Tribunal puisse le reprendre sans modification dans son jugement. Le travailleur ne peut pas se borner à conclure à ce que l'employeur lui délivre un certificat de travail, par exemple, dont le contenu est conforme à la vérité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_270/2014 cité consid. 3.2.2 *in fine*).

5.2 Dans le cas d'espèce et à l'aune de ces rappels, la conclusion n° 8 en établissement d'un certificat "conforme à la vérité" prise par le demandeur était irrecevable d'emblée. Par conséquent le jugement du Tribunal sera annulé sur ce point également.

En définitive, l'appel sera admis et le jugement annulé en totalité.

- 6.** Au vu de la valeur litigieuse au dernier état des conclusions, un émolument de 1'000 fr. est arrêté, entièrement compensé par l'avance de frais versée par A_____ SA.

B_____ sera condamné à payer ce montant à l'appelante qui en a fait l'avance.

Les frais de première instance non contestés en 1'690 fr. seront mis également à sa charge dans la mesure où il succombe en totalité.

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel déposé par A_____ SA contre le jugement JTPH/139/2015 rendu le 9 avril 2015 par le Tribunal des prud'hommes.

Au fond :

L'admet et annule le jugement attaqué.

Condamne B_____ en tous les frais de première instance qui se montent à 1'690 fr., entièrement compensés par l'avance de frais effectuée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Met les frais d'appel arrêtés à 1'000 fr. à charge de B_____ et les compense entièrement avec l'avance de frais effectuée par A_____ SA de même montant.

Condamne B_____ à payer à A_____ SA la somme de 1'000 fr. en remboursement de ses frais.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur, Monsieur Yves DELALOYE, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Véronique BULUNDWE-LÉVY

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.