



T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Joanna BURGISSER  
Avenue de Frontenex 5  
1207 Genève

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu:** Me Arun CHANDRASEKHARAN  
Avenue de Champel 4  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

CAISSE CANTONALE DE  
CHÔMAGE \_\_\_\_\_  
Rue \_\_\_\_\_  
Case postale \_\_\_\_\_  
12 \_\_\_\_\_

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 14 mars 2007

M. Louis PEILA, président

MM. Dominique BALTHASAR et Denis MATHIEU, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Claude Elie CERUTTI, juges salariés

Mme Nathalie ARTUR, greffière d'audience

### EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 8 septembre 2006, T\_\_\_\_\_ appelle du jugement rendu le 7 août 2006, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_SA à lui payer la somme brute de 35'570 fr. 90, avec intérêts à 5 % l'an dès le 7 décembre 2004, à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature et, pour le surplus, a débouté T\_\_\_\_\_ de ses autres conclusions.

A l'appui de son recours, T\_\_\_\_\_ allègue que son licenciement a été dicté par des impératifs essentiellement économiques et décidé dès novembre 2003, moment où sa hiérarchie s'était soudainement préoccupée de l'éventuel coût qui en résulterait, mais qu'elle avait attendu, pour ce faire, la mi-janvier, soit seulement huit jours ouvrables après l'expiration du plan social 2003, afin de s'éviter le paiement d'une indemnité trop généreuse à ses yeux. Il réclame donc, en vertu des principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi, l'application du plan social à son cas. En outre, le procédé de E\_\_\_\_\_SA violant l'interdiction d'abus de droit, son licenciement doit selon lui être qualifié d'abusif. Il exige également une indemnité pour tort moral, dans la mesure où les circonstances entourant son licenciement l'ont plongé dans une profonde dépression. S'agissant de ses problèmes de santé, il dit avoir consulté deux spécialistes pour des causes différentes (tout d'abord stress et pression faible, ensuite dépression), ces deux épisodes distincts d'incapacité de travail ouvrant chacun une période de protection propre. Sur cette base, il réclame ses salaires de novembre et décembre 2004, ainsi qu'une indemnité correspondant à 40.12 jours de vacances non prises en nature. Enfin, il demande le remboursement de ses frais de fiduciaire, ainsi qu'un nouveau certificat de travail conforme à ses attentes et tel que formulé dans son appel.

Ses prétentions financières sont les suivantes : 450'133 fr. 60 à titre d'application du plan social 2003, 56'266 fr. 70 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 10'000 fr. 05 à titre d'indemnité pour tort moral, 56'266 fr.70 à titre de salaire pour les mois de novembre et décembre 2004, 52'086 fr. 30 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature et 3'766 fr. à titre de remboursement de ses frais de fiduciaire.

- B. Dans son mémoire de réponse, E\_\_\_\_\_SA a déclaré faire sien le raisonnement des premiers juges, sauf en ce qui concerne la compensation de créances. Renonçant à interjeter appel incident à ce sujet, elle s'est contentée de conclure au déboutement de T\_\_\_\_\_ de l'ensemble de ses conclusions, tout en rappelant que son licenciement n'était pas intervenu pour des raisons économiques, mais pour l'insuffisance de ses prestations. Dans le cas où le jugement devait être réformé, elle a précisé exciper compensation de créances à hauteur de 16'569 fr., soit le

total des déductions opérées par l'assurance perte de gain \_\_\_\_ en raison du fait que T\_\_\_\_ n'avait pas retourné son "questionnaire santé".

C. En date du 10 novembre 2006, la Caisse cantonale de chômage \_\_\_\_ a déclaré intervenir à la procédure en vertu de sa subrogation légale dans les droits de T\_\_\_\_ pour une somme totale de 54'863 fr. 45, correspondant aux indemnités versées à celui-ci de janvier à novembre 2005.

D. Les faits suivants résultent de la procédure :

a) Par contrat signé le 9 décembre 1996, T\_\_\_\_, né le 5 janvier 1952, a été engagé auprès de Iomega en tant que directeur financier pour l'international, avec un salaire annuel de 264'000 fr.

E\_\_\_\_SA est une société anonyme dont le siège est à Lancy. Elle est aussi le siège européen de E\_\_\_\_Corporation, société-mère spécialisée dans le stockage de données informatiques et établie à San Diego. E\_\_\_\_SA a pour but la commercialisation de produits informatiques, ainsi que la gestion des activités commerciales du groupe. A\_\_\_\_ en a été la présidente et la directrice avec signature individuelle jusqu'au 30 juin 2006.

b) Le 18 avril 2000, le contrat de travail liant T\_\_\_\_ et E\_\_\_\_SA a été résilié d'un commun accord, avec effet au 31 décembre 2001.

Par lettre du 9 octobre 2001, les parties ont convenu de reconduire le contrat de travail initial pour une durée indéterminée. À cette occasion, T\_\_\_\_ a été promu au poste de directeur administratif, soit une position de numéro 2 dans le groupe pour l'Europe. Le salaire annuel brut de T\_\_\_\_ s'est alors élevé à 324'000 fr., et son droit annuel aux vacances fut arrêté à 25 jours. Son dernier salaire mensuel brut était de 28'133 fr. 35.

Dès 2001, en tant que directeur, T\_\_\_\_ a assumé la fonction d'organe au sein de plusieurs sociétés du groupe, telles que E1\_\_\_\_Sàrl, E2\_\_\_\_, E3\_\_\_\_GmbH, E4\_\_\_\_Internationalet E5\_\_\_\_.

c) En 2001, E\_\_\_\_ Corporation a connu des difficultés conjoncturelles qui ont nécessité plusieurs restructurations. Au niveau européen, elles visaient notamment à concentrer les opérations en Suisse et aux Pays-Bas, et ont engendré une importante réduction des effectifs (98 employés), à tous les niveaux organisationnels et fonctionnels.

Dans ce contexte, E\_\_\_\_SA a élaboré son propre plan social, devant s'appliquer à près d'un quart du personnel en Suisse pour les licenciements intervenant entre le 30 juillet et le 31 décembre 2001. D'autres filiales en Europe, notamment en Irlande et aux Pays-Bas, ont mis en place d'autres plans sociaux, au contenu chaque fois différent.

Leur mise en œuvre a été confiée au responsable européen des Ressources Humaines de l'époque, B\_\_\_\_\_, lui-même touché par la restructuration. Pour éviter tout conflit d'intérêts, E\_\_\_\_\_SA a pris soin de conclure avec ce dernier une convention particulière le 31 juillet 2001, soumettant son licenciement à des conditions spécifiques (préavis de trois mois; indemnité de départ équivalente à sept mois de salaire, voire dix mois en fonction des objectifs atteints; droit à un service d'outplacement).

Le plan social suisse 2001 prévoyait un préavis de deux mois, le paiement du solde des vacances en espèces, des services d'outplacement, et le paiement d'une indemnité de départ calculée en fonction du salaire, de l'ancienneté et de l'âge. Ainsi, une personne ayant le profil de T\_\_\_\_\_, gagnant entre 300'000 et 350'000 fr., âgée de cinquante et un ans avec sept ans d'ancienneté, avait droit à une indemnité correspondant à 7.5 mois de salaire.

Les critères du "package" prenaient peu en compte les salaires élevés (plafond de 8 points à 250'000 fr.) et l'ancienneté des employés (plafond à 10 points). Les raisons en sont que le plan social avait un caractère strictement national et avait été élaboré en fonction d'une liste préétablie des personnes touchées, transmise par les directeurs de département. Aucun cadre supérieur suisse, mis à part B\_\_\_\_\_, n'était concerné par la restructuration.

**d)** Aux termes de l'évaluation de ses performances pour l'année 2002, effectuée par A\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ a reçu la note générale de 3.3 sur 5, celle de 3 étant considérée comme suffisante. Il a reçu une appréciation négative (note de 2.8) pour les résultats du département "Installations" dont il était en charge, principalement en raison de son incapacité à trouver un repreneur pour les locaux de Dublin. Sa communication a également été critiquée (note de 2.5) . Sinon, sa notation en tant que responsable des "Ressources humaines", des "Opérations" et de "l'Administration générale" était plutôt bonne, puisqu'elle oscillait entre 3,5 et 4.

**e)** Compte tenu de sa position hiérarchique, il est admis que T\_\_\_\_\_ était une personne très importante dans la société, et était impliqué dans un grand nombre de décisions. Les divers bonus et récompenses reçus jusqu'en mars 2003 démontrent que ses performances donnaient pleinement satisfaction.

**f)** Les difficultés conjoncturelles rencontrées en 2003 par E\_\_\_\_\_ Corporation ont à nouveau nécessité une réduction drastique des effectifs (198 employés). Au niveau européen, E\_\_\_\_\_SA fut chargée de mettre en œuvre un nouveau plan social applicable à plusieurs pays. Le plan a été appliqué à 31 personnes travaillant à temps plein en Europe.

Ce plan social a été élaboré en juin 2003 par T\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_, sur la base du plan social 2001 et d'une étude comparative effectuée par C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ du département des Ressources humaines. Aucune convention particulière n'a été

conclue entre E\_\_\_\_\_SA et T\_\_\_\_\_ pour l'occasion, dans la mesure où il n'était nullement question qu'il soit touché par la restructuration.

Le plan spécifiait être applicable à chaque employé recevant un salaire de E\_\_\_\_\_SA à Genève, sur une base permanente, et étant licencié pour des raisons de restructuration d'août 2003 au 31 décembre 2003.

Il se différenciait de celui de 2001 en ce qu'il accentuait sensiblement l'importance accordée à l'âge et à l'ancienneté. Il ressort des annotations manuscrites de A\_\_\_\_\_ sur la première version du plan social une volonté assumée de favoriser les employés les plus anciens. Selon T\_\_\_\_\_, il s'agissait de prendre en compte certains facteurs conjoncturels, notamment le taux et la durée moyenne de chômage particulièrement élevés en 2003, ainsi que les difficultés de retrouver une situation après 50 ans. En outre, le plan social suisse 2003 se devait d'être plus perfectionné que celui de 2001, dans la mesure où il devait servir de base pour l'Europe et était susceptible de concerner plusieurs cadres supérieurs. En Suisse, deux directeurs ont été touchés par la restructuration, sur un total de 15 licenciés.

Ainsi, selon la version finale du plan produite par les parties, une personne gagnant un salaire entre 300'000 et 350'000 fr., âgé de cinquante ans avec sept ans d'ancienneté avait droit à une indemnité correspondant à 12.8 mois de salaire; une personne ayant le même profil mais cinquante-deux ans pouvait, quant à elle, prétendre à 16 mois de salaire. Par contre, le plan, toujours dans sa version finale, omet de prendre en compte l'employé de cinquante et un ans, lequel ne rentre dans aucune classe d'âges. Si l'on considère le projet du plan, un tel employé aurait droit à 13.6 mois de salaire.

g) La finalisation du projet a été conduite par T\_\_\_\_\_, sous le contrôle hiérarchique d'A\_\_\_\_\_.

Retenue pour des raisons familiales, cette dernière l'a chargé de se coordonner directement avec F\_\_\_\_\_, responsable des Ressources humaines pour le groupe E\_\_\_\_\_Corporation, afin d'obtenir sa confirmation. Conformément à ces instructions, T\_\_\_\_\_ a envoyé le 26 juin 2003 un e-mail à F\_\_\_\_\_, avec copie à A\_\_\_\_\_, afin de lui transmettre les détails du plan social. Il y exposait également les motifs et les caractéristiques, sans toutefois mentionner que les personnes ayant son profil bénéficieraient d'une augmentation sensible de leurs prestations par rapport à 2001. Était annexée au plan, au demeurant simple et parfaitement lisible, une feuille de calcul permettant de procéder à des simulations. T\_\_\_\_\_ n'a reçu aucun commentaire.

Le 11 juillet 2003, A\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ que F\_\_\_\_\_, pour E\_\_\_\_\_Corporation, avait donné son accord formel à la mise en œuvre du plan social tel que présenté dans sa version finale.

Par e-mail du 23 juillet 2003, T\_\_\_\_\_ a adressé à F\_\_\_\_\_, avec copie à A\_\_\_\_\_, la liste des employés susceptibles d'être licenciés.

Par e-mail du 25 juillet 2003, F\_\_\_\_\_ a remercié T\_\_\_\_\_ pour le travail accompli et lui a demandé une liste réactualisée des employés de E\_\_\_\_\_SA, afin de mettre à jour l'organigramme de la société. Ce dernier s'est exécuté le 22 septembre 2003, en lui transmettant la liste définitive des personnes incluses dans le plan social 2003.

**h)** La majorité des résiliations sont intervenues fin août - début septembre 2003.

**i)** G\_\_\_\_\_, responsable des services "Informatique" et "Relation avec la clientèle" a été licenciée dans le cadre de cette restructuration. Ses fonctions ont alors été attribuées à T\_\_\_\_\_, qui devenait ainsi directeur de deux départements supplémentaires, en sus de ses autres responsabilités (Direction juridique, Logistique, des Ressources humaines et de diverses filiales).

**j)** A la mi-octobre 2003, T\_\_\_\_\_ a été élu au conseil d'administration de E\_\_\_\_\_SA, sur proposition d'A\_\_\_\_\_.

**k)** Par e-mail du 26 octobre 2003, soit plus de trois mois après l'élaboration du plan social, A\_\_\_\_\_ a reproché à T\_\_\_\_\_ de ne pas s'être coordonné avec F\_\_\_\_\_ pour la finalisation du projet, et de ne pas s'être assuré de l'approbation de cette dernière sur les spécificités du plan 2003, par rapport à la version de 2001. Elle concluait en qualifiant le problème de sérieux, car, en cas d'application du plan à T\_\_\_\_\_, les modifications apportées engendreraient une augmentation substantielle de ses prestations, puisqu'elles s'élèveraient alors à 13.6 mois de salaire. Dans sa déclaration du 6 avril 2005, A\_\_\_\_\_ a expliqué un tel retard dans la formulation de ses critiques par le fait que la Direction générale d'E\_\_\_\_\_ Corporation n'avait constaté qu'en octobre 2003, lors d'une réunion d'évaluation de la restructuration, que les changements par rapport au plan 2001 n'avaient pas été suffisamment communiqués et que T\_\_\_\_\_ avait passé sous silence l'éventualité d'un conflit d'intérêts.

Le 28 octobre 2003, T\_\_\_\_\_ a répondu à A\_\_\_\_\_ que les détails du plan social 2003 avaient été envoyés à F\_\_\_\_\_ et qu'aucune objection n'avait alors été soulevée. Deux jours plus tard, A\_\_\_\_\_ lui fit savoir que la Direction générale était toujours préoccupée par la générosité surprenante du plan social 2003 et a réclamé des explications supplémentaires. T\_\_\_\_\_ lui a alors apporté les précisions requises sur le processus d'élaboration du plan, tout en rappelant l'approbation du siège américain obtenue début juillet. Il soulignait à nouveau que la conception et l'évolution du plan avaient été transparentes et régulièrement discutées avec toutes les parties intéressées.

**l)** Le 10 novembre 2003, T\_\_\_\_\_ a reçu un avertissement écrit de A\_\_\_\_\_ lui reprochant formellement trois choses, à savoir :

- d'avoir omis de mentionner expressément qu'une application du plan social 2003 à son cas lui serait particulièrement favorable, compte tenu des changements opérés par rapport à la version de 2001;

- d'avoir fait croire que le plan était comparable à celui de 2001 et à l'offre d'entreprises similaires, alors qu'il accordait des bénéfices particulièrement généreux pour une personne du profil de T\_\_\_\_\_;

- de n'avoir pas eu une relation constructive, interactive et confiante avec F\_\_\_\_\_ et, plus généralement, d'avoir une communication déficiente, comme l'avait d'ailleurs déjà souligné son évaluation de 2002.

Le 13 novembre 2003, T\_\_\_\_\_ a répondu à cet avertissement par une lettre d'explications. Il y rappelait avoir convenu avec A\_\_\_\_\_ que le plan social 2003 « reflète la structure actuelle des employés de la société », et que l'âge soit un facteur significatif. Il y relevait également l'absence de conflit d'intérêts, dans la mesure où il n'avait jamais été question qu'il soit inclus dans le plan social; dans le cas contraire, un accord particulier aurait été signé. Il relevait enfin que, s'agissant de la restructuration de 2003, c'était elle, A\_\_\_\_\_, qui était chargée de la communication et entretenait des conférences téléphoniques hebdomadaires avec le département des Ressources humaines pour le groupe. Il terminait en disant regretter ne pas avoir eu un dialogue ouvert avec elle au sujet de ce malentendu. Cette réponse de T\_\_\_\_\_ n'a fait l'objet d'aucune contestation quant à son contenu.

**m)** Par courrier électronique du 7 janvier 2004, A\_\_\_\_\_ a convié les cadres de E\_\_\_\_\_SA, dont T\_\_\_\_\_, à un séjour festif à la montagne pour la fin janvier 2004.

**n)** Le 14 janvier 2004, soit 8 jours ouvrables après l'expiration du plan social 2003 et 2 jours après son retour du siège mondial, A\_\_\_\_\_ a licencié T\_\_\_\_\_ avec effet au 30 avril 2004; les documents relatifs au licenciement avaient été préparés et rédigés aux États-Unis. Lors de cet entretien, tenu en présence de F\_\_\_\_\_ par "conférence call", A\_\_\_\_\_ a informé oralement T\_\_\_\_\_ des raisons globales justifiant une telle décision. Elle lui a également indiqué qu'il était dès à présent libéré de venir travailler, tout en étant prié de rester disponible, par téléphone ou e-mail, pour le passage de témoins à ses successeurs.

Les fonctions de T\_\_\_\_\_ ont alors été réparties entre 3 personnes. G\_\_\_\_\_ fut réengagée pour prendre la direction de la "Relation avec la clientèle" et de la "Chaîne des fournisseurs", qui englobait la logistique et les opérations. Elle prenait également en charge la sous-traitance du processus informatique. Quant à la responsabilité du Département juridique, elle était confiée à P\_\_\_\_\_, tandis que A\_\_\_\_\_ prenait la tête des Ressources humaines.

**o)** Le 16 janvier 2004, A\_\_\_\_\_ a envoyé un e-mail à tous les collaborateurs européens, leur annonçant que T\_\_\_\_\_ avait décidé de quitter E\_\_\_\_\_SA avec effet immédiat pour poursuivre d'autres opportunités de carrière.

**p)** Par courrier du 11 mars 2004, E\_\_\_\_\_SA a transmis à T\_\_\_\_\_ les motifs de son licenciement, faisant suite à la demande de son conseil. Ils résidaient globalement dans la baisse de son engagement pour les tâches managériales, dans ses déficiences en matière de suivi des subordonnés et de communication interne,

ainsi que dans son manque de disponibilité aux périodes critiques. À titre exemplatif, il avait été introuvable, le 12 décembre 2003, pour l'approbation des commandes. Ont également été relevés ses résultats insuffisants dans la gestion de plusieurs dossiers:

- il avait été incapable de trouver un repreneur pour les locaux de la société situés à Dublin;
- il n'avait pas remédié aux mauvaises performances de H\_\_\_\_\_ de 2003;
- il n'avait pas résolu les problèmes liés au nouveau partenaire outsourcing, dont les prestations lamentables causaient des tensions à l'interne;
- il avait préparé le plan social 2003 sans communication interne et sans l'aligner sur la pratique des autres sociétés et le sens commun;
- il n'avait pas signé à temps les documents pour la restructuration de Dublin.

q) Les pièces produites et les enquêtes ont permis d'apporter certains éclairages sur les motifs fournis par E\_\_\_\_\_SA.

T\_\_\_\_\_ est généralement présenté par ses proches collaborateurs comme un bon manager, qui restait disponible, à l'écoute et ouvert à la discussion dans la mesure de ses contraintes professionnelles. Tous ont souligné sa charge de travail impressionnante, laquelle n'avait cessé de s'amplifier au fil des restructurations successives. Il résultait de cette surcharge de travail qu'il ne pouvait consacrer tout le temps nécessaire à l'accomplissement optimal de l'ensemble de ses tâches. Dans le cadre de son travail, T\_\_\_\_\_ était très souvent amené à voyager, et donc à s'absenter; néanmoins, il restait disponible et joignable sur son portable ou à son domicile, pour autant qu'on en fasse l'effort et qu'on utilise les moyens adéquats. Plusieurs collaborateurs ont reconnu que les absences de T\_\_\_\_\_ étaient devenues plus fréquentes pendant le 4<sup>e</sup> trimestre 2003, pour des raisons à la fois professionnelles et personnelles. C'est, entre autres, à cette époque que sont survenues les maladies de sa mère et de son père, ainsi que la grave affection dont souffre encore son épouse. T\_\_\_\_\_ a lui-même admis que ces événements avaient pu avoir quelques incidences sur sa disponibilité, nécessitant notamment un séjour en Angleterre auprès de ses proches pendant deux semaines à la fin de l'année, ses seules vacances de 2003.

S'agissant de l'approbation des commandes effectuée tardivement le 12 décembre 2003, c'est S\_\_\_\_\_, assistante de T\_\_\_\_\_ puis de A\_\_\_\_\_ de février 2003 à octobre 2005, qui était originellement chargée de cette procédure. Toutefois, ne pouvant accomplir cette tâche ce jour-là, elle avait voulu s'en décharger auprès de la personne ultimement responsable, à savoir T\_\_\_\_\_. C'est en vain qu'elle avait essayé de le joindre ce jour, de sorte que les commandes n'avaient pu être approuvées dans les temps, ce qui aurait engendré un jour de retard dans la livraison de certains clients.

La question des locaux de la société à Dublin est liée au désengagement de E\_\_\_\_\_ Corporation de ses activités en Irlande et à la nécessité de trouver un repreneur pour un bail coûteux (environ USD 450'000.-) et de longue durée. T\_\_\_\_\_ du siège européen et I\_\_\_\_\_ du siège américain étaient coresponsables du dossier. Dans une lettre datée du 10 avril 2003, l'agent immobilier mandaté à cet effet faisait état d'un marché de l'immobilier commercial saturé en raison d'un excès d'offre, et expliquait ainsi le fait que les locaux de E\_\_\_\_\_ n'aient toujours pas trouvé de repreneur. Faisant suite à la demande de T\_\_\_\_\_, il formulait également divers conseils de relookage des bâtiments afin de les rendre plus attractifs pour d'éventuels locataires. Malgré cela, le dossier est resté en suspens, jusqu'à sa reprise en juin 2004 par J\_\_\_\_\_, manager juridique, qui a affirmé avoir trouvé un repreneur dès septembre, pour le 4<sup>e</sup> trimestre 2004. Pourtant, selon les informations contenues dans le bilan consolidé 2005 du groupe E\_\_\_\_\_ Corporation, les pertes engendrées par les locaux irlandais s'élevaient encore à USD 300'000.- à la fin de l'année 2005, du fait que la reprise des bâtiments n'avait pas pu avoir lieu comme prévu. A l'audience du 6 avril 2006, A\_\_\_\_\_ n'a pas évoqué ce dossier quand elle a été invitée à s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement de T\_\_\_\_\_.

Dans le second semestre de 2003, E\_\_\_\_\_ SA a soudainement eu à souffrir des mauvaises prestations de H\_\_\_\_\_, son partenaire logistique, alors que, pendant des années, cette société néerlandaise n'avait posé aucun problème. Ce manque de performances de H\_\_\_\_\_ a été suffisamment important pour peser sur la réalisation du chiffre d'affaires de E\_\_\_\_\_ SA. T\_\_\_\_\_ a réagi assez rapidement en faisant pression sur H\_\_\_\_\_, ce qui a conduit au remplacement de son directeur général. Cette mesure n'a toutefois pas eu les résultats escomptés, de sorte que le 1<sup>er</sup> juillet 2004, E\_\_\_\_\_ SA avait opté pour un nouveau prestataire de service. La décision de résilier le contrat avec H\_\_\_\_\_ a été prise de manière consensuelle, entre A\_\_\_\_\_ et la direction mondiale.

La collaboration avec le partenaire externe pour les services informatiques de E\_\_\_\_\_ SA depuis septembre 2003, a immédiatement posé des problèmes, mais le climat entre les deux sociétés se serait surtout détérioré à partir du mois de novembre, en raison d'une querelle de personnes. C'est L\_\_\_\_\_, manager informatique et subordonnée de T\_\_\_\_\_, qui était responsable du dossier K\_\_\_\_\_; elle était leur interlocutrice et devait s'assurer de la qualité de leurs prestations. Celles-ci étant lamentables, elle s'en est plainte à T\_\_\_\_\_, visiblement trop surchargé pour s'en occuper, puis très rapidement à A\_\_\_\_\_, du fait qu'elle pouvait prendre les décisions nécessaires. Le problème a été résolu le 12 janvier 2004, après l'intervention d'A\_\_\_\_\_. K\_\_\_\_\_ est encore partenaire d'E\_\_\_\_\_ SA à ce jour, alors que L\_\_\_\_\_ est restée employée de cette dernière jusqu'en 2005.

Les détails relatifs à l'élaboration du plan social 2003, ainsi que les reproches consécutifs dont a fait l'objet T\_\_\_\_\_ ont déjà été décrits; il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

Dans le cadre de la restructuration 2003, il incombait à T\_\_\_\_\_, en tant que directeur juridique et des Ressources humaines, de faire en sorte que tous les documents nécessaires soient fournis aux autorités compétentes de chaque pays. Or, à Dublin, quatre employés licenciés n'auraient pas reçu les formulaires RP1 nécessaires pour percevoir leurs allocations de chômage, lesquels avaient pourtant été transmis à T\_\_\_\_\_ le 18 août 2003. Leur situation n'a été régularisée qu'en janvier 2004. Ce retard n'a toutefois engendré aucun dommage financier pour E\_\_\_\_\_SA; l'impact était au niveau de l'image.

r) Quels qu'aient été les manquements de T\_\_\_\_\_ durant le 4<sup>e</sup> trimestre 2003, A\_\_\_\_\_ a déclaré qu' "en décembre 2003, il n'y avait pas de raison objective pour licencier M. T\_\_\_\_\_" (pv du 6 avril 2006); de même, "le 7 janvier 2004, E\_\_\_\_\_ n'avait aucune intention de licencier T\_\_\_\_\_, dès lors qu'il était convié à un week-end avec les directeurs financiers fin janvier" (mémoire de réponse dem. *ad.* 78 p. 18). La décision de licencier T\_\_\_\_\_ aurait donc été prise en une semaine, pendant laquelle A\_\_\_\_\_ se trouvait d'ailleurs au siège mondial d'E\_\_\_\_\_ Corporation.

S'agissant de l'influence éventuelle du plan social sur le licenciement de T\_\_\_\_\_, les propos tenus par A\_\_\_\_\_ sont les suivants:

*"Le plan social n'a pas du tout influencé ma décision de licencier M. T\_\_\_\_\_. Je l'aurais de toute façon fait le 14 janvier 2004. Maintenant, si le plan social avait toujours été en vigueur, je ne sais pas, parce que je ne suis pas juriste, si M. T\_\_\_\_\_ en aurait profité, peut-être, mais j'hésite parce qu'il n'a pas été licencié pour raison économique mais pour un problème de performance.*

*Le plan social était avantageux pour les employés ayant plus de 50 ans, avec un long rapport de service et un salaire élevé. M. T\_\_\_\_\_ était la seule personne qui réunissait ces 3 critères. M. T\_\_\_\_\_ n'a jamais figuré dans le plan social, mais s'il l'avait été il aurait été particulièrement avantagé. Il aurait dû nous faire remarquer ce point parce qu'à l'époque il ne savait pas mes intentions et ne pouvait pas être à 100% sûr qu'il ne figurait pas sur la liste, même si à l'époque je n'avais pas l'intention de l'y inclure." (PV du 6 avril 2005)*

s) Le 10 mai 2004, T\_\_\_\_\_ a, sous la plume de son conseil, formé opposition au congé qui lui a été signifié.

t) T\_\_\_\_\_ a été en incapacité totale de travailler du 9 mars au 19 avril 2004, puis à compter du 10 juin 2004. Pour ces raisons, son contrat de travail a pris effectivement fin le 31 octobre 2004 seulement, suite à l'expiration de la période de protection dont il bénéficiait.

Le premier arrêt de travail a été décidé par le Dr M\_\_\_\_\_, son médecin traitant, en raison de l'hypertension artérielle et du burn-out que présentait T\_\_\_\_\_ . Il a fixé

cet arrêt du 9 au 31 mars 2004, sans s'inquiéter outre mesure de l'état de son patient, considérant le stress comme inhérent aux hommes d'affaires. Le Dr N\_\_\_\_\_, consulté à la demande de E\_\_\_\_\_SA qui souhaitait un deuxième avis médical, a prolongé cette incapacité de travail jusqu'au 19 avril 2004, pour cause de fatigue et de surmenage.

Le 10 juin 2004, le Dr M\_\_\_\_\_ a revu son patient; lors de cette consultation, il a détecté un élément dépressif réactionnel évident. Il lui a alors prescrit un traitement particulier, tout en l'orientant vers l'un de ses collègues psychiatres. Il lui a également donné à ce moment un arrêt de travail d'un mois.

T\_\_\_\_\_ a consulté pour la première fois le Dr O\_\_\_\_\_, psychiatre, le 1<sup>er</sup> juillet 2004. A l'instar de son confrère, ce dernier a diagnostiqué une grave dépression. A l'audience du 17 mai 2006, le médecin a confirmé que T\_\_\_\_\_ avait été en incapacité de travail jusqu'au mois de décembre 2005. Il a également déclaré qu'à son avis, le licenciement avait eu un effet détonateur sur l'hypertension et sur la dépression, mais qu'il lui était difficile de certifier un lien causal entre l'hypertension et la dépression.

u) Le 28 juillet 2004, T\_\_\_\_\_ a réclamé à E\_\_\_\_\_SA le remboursement des frais inhérents aux honoraires de la fiduciaire chargée d'établir ses déclarations fiscales, sous prétexte que le recours à de tels services avait été nécessité par le fait qu'il avait été le seul employé de la société à ne pas être imposé à la source. Après divers échanges de courriers, E\_\_\_\_\_SA a, par l'intermédiaire de P\_\_\_\_\_, refusé sa demande, s'appuyant sur « l'accord de relocation international » signé par T\_\_\_\_\_ le 17 octobre 1996, prévoyant qu' « E\_\_\_\_\_SA paiera les frais fiscaux pour une année jusqu'à un maximum fixé par la société ».

v) A l'audience du 26 octobre 2005, E\_\_\_\_\_SA a déposé à l'attention de T\_\_\_\_\_ un certificat de travail résumant l'ensemble de ses fonctions et procédant à une évaluation positive de son travail, de ses compétences et de sa personnalité.

w) A l'audience du 6 avril 2005, E\_\_\_\_\_SA excipa de compensation pour un montant de 16'569.90 fr., correspondant au montant des déductions opérées par l'assurance perte de gain parce que T\_\_\_\_\_ n'avait pas retourné son "questionnaire santé".

T\_\_\_\_\_ n'a en effet jamais rempli le questionnaire santé exigé pour les personnes dont les salaires dépassent 250'000.- fr., de sorte que ses indemnités ont été plafonnées à ce montant. A l'audience du 17 mai 2006, Q\_\_\_\_\_, courtier en assurances de E\_\_\_\_\_SA, a expliqué avoir recommandé à sa personne de contact au sein de la société, R\_\_\_\_\_, mais non pas à T\_\_\_\_\_ directement, de ne pas remplir ledit questionnaire s'il existait une potentialité de problèmes graves de santé, dans la mesure où l'employé risquait alors d'être totalement exclu de la couverture d'assurances.

x) Par demande déposée au greffe de la Juridiction le 7 décembre 2004, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_SA en paiement de la somme nette de 706'065 fr. 40 et de la somme brute de 80'631 fr. 75, à titre d'application du plan social 2003, d'indemnités pour licenciement abusif, pour tort moral et pour vacances non prises en nature, de salaire pour le mois de novembre 2004 et de remboursement de ses frais de fiduciaire.

Par mémoire de réponse parvenu au greffe de la Juridiction le 22 février 2005, E\_\_\_\_\_SA a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions.

y) T\_\_\_\_\_ a retrouvé du travail depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006.

z) Le groupe E\_\_\_\_\_Corporation, y compris E\_\_\_\_\_SA, a subi des restructurations annuelles depuis 2003. Celle de 2004 a touché 141 personnes, dont 5 employés européens. En Suisse, le plan social 2004 a notamment concerné C\_\_\_\_\_.

Dans un communiqué daté du 26 juillet 2005, E\_\_\_\_\_Corporation a annoncé qu'elle prévoyait de licencier 120 personnes, soit environ 30% de son personnel, dans le cadre d'une prochaine restructuration. Celle-ci a touché G\_\_\_\_\_, S\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_ et L\_\_\_\_\_, qui ont toutes bénéficié du plan social 2005.

Le 18 juillet 2005, le Conseil d'administration de E\_\_\_\_\_Corporation a conclu deux accords particuliers avec respectivement F\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_, prévoyant que le montant de leurs indemnités en cas de licenciement sans motif s'élèverait à 9 mois de salaire.

A\_\_\_\_\_ne travaille plus pour E\_\_\_\_\_SA depuis le 30 juin 2006. Elle n'a pas été licenciée au bénéfice d'un plan social, mais a effectivement reçu, conformément à l'accord susmentionné, une indemnité de départ correspondant à 9 mois de salaire, versée par E\_\_\_\_\_Corporation dont elle dépendait.

F\_\_\_\_\_ aurait été licenciée par E\_\_\_\_\_Corporation le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel est recevable.

Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319ss. CO. La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu (art. 24 et 34 al. 1 de la LFors), Genève étant le lieu du siège de l'intimée et celui où l'appelant exerçait habituellement son activité professionnelle.

Conformément à l'art. 109 LPC, applicable à titre supplétif à la procédure prud'homale en vertu de l'art. 11 LJP, la Caisse de chômage peut intervenir au procès qui oppose son assuré et l'employeur. En sa qualité d'intervenante principale, elle peut y prendre ses propres conclusions.

2. Chaque partie doit, à défaut de prescriptions contraires, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC, 186 LPC).

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; 127 III 519 consid. 2a p. 522). On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 114 II consid. 2a; 130 III 591 consid. 5.4 p. 601 s. et l'arrêt cité).

Cette répartition du fardeau de la preuve ne régleme toutefois pas l'appréciation des preuves, qui relève de l'intime conviction du juge, auquel l'art. 8 CC n'interdit pas, lorsque les moyens de preuve ordinaires font défaut, de procéder par indices ou de se fonder sur une très grande vraisemblance (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 1 ad art. 186 LPC et les références citées; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 1978, p. 123 no 3), ou encore sur l'expérience générale de la vie et du cours ordinaire des choses, sorte de présomption naturelle facilitant l'apport de la preuve (ATF 117 II 256 consid. 2b et les références).

3. L'appelant allègue que son licenciement est de nature essentiellement économique et avait été décidé dès novembre 2003, moment où sa hiérarchie s'était soudainement préoccupée de l'éventuel coût qui en résulterait, mais qu'elle l'avait retardé afin de s'éviter le paiement de l'indemnité prévue par le plan social 2003, trop généreuse à ses yeux. Il réclame donc, en vertu des principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi, l'application du plan social à son cas et, partant, le paiement de 450'133.60 fr.

**3.1.** Le plan social est un concept intégré dans notre ordre juridique, bien qu'il ne fasse l'objet d'aucune réglementation expresse par le droit suisse (Wyler, Droit du travail, p. 564). La conclusion d'un tel plan n'est d'ailleurs pas un devoir juridique imposé à l'employeur (Klingenberg, Der Sozialplan, in ArbR 1989, p. 39ss.; Aubert, Commentaire romand, n. 3 ad art. 335f CO; Carruzzo/Sandoz/Jaccard/Monticelli, Le contrat de travail, XI A 14; Vischer, Kündigung und kollektives Arbeitsrecht, in Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, p. 123). Aussi peut-on définir le plan social comme visant à permettre l'allocation de prestations supplémentaires, dépassant les exigences légales dans le cadre d'un licenciement collectif, que ces prestations soient spontanément et volontairement offertes par l'employeur, ou qu'elles résultent d'une négociation avec la représentation des

travailleurs (Wyler, *op. cit.*, p. 360). Son but est donc d'atténuer les effets, pour les personnes concernées, de la décision d'une entreprise de réduire son personnel (Klingenberg, *Die Betriebsschliessung*, p. 140).

Eu égard à ce but, la notion de plan social doit être comprise dans un sens extensif. Ainsi, outre des aides financières de toutes sortes, il comprend aussi d'autres mesures sociales, telles que le remplacement ou la reconversion, propres à accompagner les licenciements économiques et à favoriser la réintégration du travailleur licencié dans la vie active. Comme son nom l'indique, le plan social procède d'une démarche planifiée et il est toujours destiné à une pluralité de travailleurs. On est donc généralement enclin à y voir une forme particulière de convention collective de travail (ATF 132 III 32 consid. 6, et les références citées).

La qualification juridique du plan social dépend toutefois de son contenu et de son processus d'élaboration. En pratique, il est le plus souvent le fruit d'une consultation entre partenaires sociaux, ce qui l'assimile à une CCT (ATF 132 III 32 consid. 6; ATF 130 V 18 consid. 2.3. et les références citées; Klingenberg, *op. cit.*, p. 168ss; Vischer, *Commentaire zurichois*, n. 65 *ad art.* 357a CO; Wyler, *op. cit.*, p. 361 et 565). Cependant, il peut également résulter d'une négociation avec la représentation de travailleurs et prendre une forme bilatérale ou présenter une modification conventionnelle des contrats de travail. Enfin, il peut être adopté unilatéralement par l'employeur et prendre la forme d'un acte gratuit, soumis ou non à acceptation, lequel acte pourrait être sui generis (Wyler, *op. cit.*, p. 361 et les références citées).

Cela dit, quelle que soit la qualification juridique retenue, le plan social a pour effet de faire naître de véritables prétentions juridiques à ses bénéficiaires. Chaque travailleur peut donc invoquer directement les droits qui en découlent pour lui, dès lors qu'il entre personnellement dans son champ d'application (ATF 130 V 18 consid. 2.3; arrêts du Tribunal fédéral du 5 janvier 1999 en la cause 4C.264/1998 du 5 janvier 1999, consid. 6a = JAR 2000, p. 387 et du 2 juillet 2002 en la cause 4C.115/2002).

**3.2.** En l'occurrence, le plan social 2003 de l'intimée n'a pas fait l'objet d'un accord passé avec une association de travailleurs, de sorte qu'il ne constitue pas une forme particulière de convention collective (cf. arrêts du Tribunal fédéral du 5 janvier 1999 dans la cause 4C.264/1998 consid. 6a et du 13 juin 2001 dans la cause 4C.94/2001 consid. 2b). Il n'en demeure pas moins que le plan adopté ne se présente pas comme une offre transactionnelle, mais bien comme une manifestation de volonté inconditionnelle destinée à produire des effets juridiques. Il constitue donc un engagement contractuel qui lie l'intimée (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2001 dans la cause 4C.94/2001 consid. 2b).

**3.3.** Pour déterminer si l'appelant a droit, comme il le prétend, aux indemnités prévues par le plan social 2003, il convient donc, en premier lieu, d'examiner si les conditions d'application du plan social étaient en l'espèce réalisées.

Selon ses termes, le plan social 2003 élaboré par E\_\_\_\_\_SA prévoyait trois conditions cumulatives: être employé sur une base permanente par E\_\_\_\_\_ ou E1\_\_\_\_\_Sàrl, être licencié en raison du processus de restructuration 2003 et pendant la période d'août 2003 au 31 décembre 2003.

A noter que cette clause conventionnelle définissant le champ d'application du plan social doit être interprétée conformément au principe de la confiance, c'est-à-dire selon le sens que son destinataire pouvait lui donner de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (sur le principe de la confiance: cf. ATF 126 III 375 consid. 2e/aa).

**3.3.1.** La réalisation de la première condition ne fait aucun doute, dans la mesure où l'appelant occupait au sein de E\_\_\_\_\_SA le poste de directeur administratif depuis 2001.

**3.3.2.** C'est principalement au sujet de la deuxième condition que les parties ont des avis divergents, l'appelant estimant que son licenciement a répondu à des impératifs purement économiques, alors que l'intimée soutient au contraire fermement qu'il est intervenu pour la seule raison de l'insuffisance des prestations de l'appelant. Trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces opinions exige, au préalable, de circonscrire la notion de "licenciement en raison de restructuration". Celle-ci peut être rapprochée de l'expression plus usuelle de "licenciement pour motifs économiques".

**3.3.3.** Le droit suisse tient compte de tels motifs dans deux cas seulement, à l'art. 335a al. 2 CO, qui permet des délais de congé plus courts en faveur du travailleur dont le contrat a été résilié pour des motifs d'ordre économique, et à l'art. 335d al.1 CO, qui définit le licenciement collectif. Ainsi, le licenciement est qualifié de collectif quand les congés sont donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre atteint un certain seuil. Il convient toutefois de préciser que, contrairement à ce que peut laisser entendre cette disposition, le critère du délai de trente jours est uniquement pertinent pour définir un licenciement de collectif, mais ne saurait être pris en compte, même à titre indicatif, pour déterminer la nature des motifs des congés donnés, dans la mesure où rien n'interdit à l'employeur d'échelonner les licenciements sur une période plus longue que celle prévue par la loi en matière de licenciement collectif. Aussi, les motifs économiques se définissent-ils exclusivement comme des motifs non inhérents à la personne du salarié, c'est-à-dire des raisons liées à la situation économique de l'entreprise, comme sa fermeture totale ou partielle, sa restructuration ou sa rationalisation, qui rendent nécessaires la suppression ou la modification de postes de travail (FF V 1992 390ss, notamment p. 402; Aubert, Commentaire romand, n. 8 *ad* art. 335d CO; Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprise, *in* Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 87ss.; Müller, Die neuen Bestimmungen über Massentlassungen, ArbR 1995, p. 113; Senti, Der Schutz vor Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen im schweizerischen Arbeitsrecht, p. 18s.; Brühwiler,

Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd., n. 2 *ad art.* 335a; Brunner/Bühler/Waerber, n. 3 *ad art.* 335d; Meyer, Die Massenentlassung, p. 87ss.; Stahelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3<sup>e</sup> éd., n. 5 *ad art.* 335d CO; Wyler, *op. cit.*, p. 354). En revanche, doivent être considérés comme inhérents à la personne du salarié les motifs relatifs à ce dernier (indiscipline, grève illégitime) ou à son inaptitude à remplir ses obligations contractuelles (Aubert, *op. cit.*, n. 8 *ad art.* 335d CO). À noter que, lorsque le congé est donné à la fois pour des motifs inhérents à la personne et pour d'autres raisons, il faut déterminer lesquels ont été prépondérants pour le licenciement (Wyler, *op. cit.*, p. 354; Brühwiler, *op.cit.*, n. 1 *ad art.* 335d-e CO).

**3.3.4.** Il s'agit donc, en l'espèce, de déterminer la nature des véritables raisons ayant, de manière prédominante, conduit l'intimée à se séparer de l'appelant. Cela nécessite d'analyser successivement les différents motifs invoqués pour expliquer le licenciement de l'appelant, en partant des arguments développés par chacune des parties à l'appui de sa thèse respective, puis d'évaluer leur pertinence, et enfin d'apprécier, au vu de l'ensemble de la situation, lesquels ont joué un rôle prépondérant.

S'agissant des motifs fournis par l'intimée pour justifier le licenciement de l'appelant, deux remarques préliminaires s'imposent. D'une part, on ne constate guère, dans l'ensemble des griefs faits à l'appelant, un manquement assez important pour entraîner à lui seul le licenciement d'un haut responsable qui avait donné, pendant ses sept années de service et jusqu'à peu de temps encore avant son renvoi, pleine satisfaction à l'intimée. Celle-ci a d'ailleurs admis qu'en "décembre 2003, il n'y avait pas de raison objective pour licencier T\_\_\_\_\_ ; le verre n'était pas encore plein". Son licenciement résulterait donc plutôt de l'addition de plusieurs déficiences et échecs de gravité moyenne. D'autre part, et compte tenu de ce qui vient d'être dit, les manquements reprochés ont essentiellement trait à la période du second semestre, plus justement à celle du 4<sup>e</sup> trimestre de l'année 2003, mis à part quelques problèmes antérieurs en matière de communication. Ce deuxième constat mérite d'être précisé, dans la mesure où les premières critiques formulées à l'encontre de l'appelant peuvent être datées avec exactitude. Elles remontent en effet au 26 octobre 2003, date à laquelle A\_\_\_\_\_ lui reprochait par e-mail de n'avoir pas communiqué efficacement sur les spécificités du plan social 2003, par rapport à celui de 2001, et d'avoir omis de mentionner que les modifications apportées engendraient une augmentation substantielle des indemnités auxquelles il aurait droit s'il lui était appliqué.

Plusieurs des motifs invoqués par l'intimée pour expliquer sa décision de licencier l'appelant ont trait à la personnalité et à l'attitude globale de ce dernier. Il lui a ainsi été reproché sa communication déficiente, son manque de disponibilité, particulièrement aux périodes critiques, et l'encadrement inadéquat de ses subordonnés. Or, ces griefs n'ont pas été confirmés par les témoignages recueillis au cours de la procédure, desquels il ressort que l'appelant était au contraire considéré comme un bon manager, disponible, à l'écoute et ouvert à la discussion par la majorité de ses collaborateurs - l'unanimité étant toujours difficile à obtenir

pour un dirigeant. De même, les reproches formulés au sujet de sa mauvaise communication laissent dubitatifs, étant donné que l'intimée connaissait ce problème, révélé par l'évaluation 2002, mais n'avait pas hésité depuis lors à offrir à l'appelant diverses récompenses pour ses prestations et à lui confier d'importantes responsabilités supplémentaires, telles que la conduite de la restructuration 2003 et la charge de deux nouveaux départements après le licenciement de G\_\_\_\_\_ en septembre 2003. Finalement, l'ensemble des motifs relatifs à la personnalité et l'attitude générale de l'appelant apparaissent douteux, compte tenu de sa nomination au Conseil d'administration de l'intimée en octobre 2003, sur proposition de sa supérieure hiérarchique, A\_\_\_\_\_.

En revanche, les absences plus fréquentes de l'appelant durant le 4<sup>e</sup> semestre 2003, qui ont pu être perçues par l'intimée comme une baisse de son engagement, doivent être considérées comme pertinentes, bien qu'il faille y mettre un bémol assez conséquent, dans la mesure où, par un malheureux hasard de circonstances, l'appelant a vu survenir à cette période les maladies de ses deux parents et de son épouse. Étant donné les moments difficiles qu'il vivait, l'appelant était en droit d'attendre, de la part de l'intimée, une certaine empathie et indulgence à son égard, l'ayant jusque-là fidèlement servi pendant plus de sept années, au point, l'année en cause, de ne prendre que 15 jours de vacances, précisément à cette période.

Quant aux manquements et échecs identifiés de manière précise par l'intimée, plusieurs se révèlent manifestement mal fondés. En premier lieu, s'agissant de l'approbation des commandes effectuées tardivement le 12 décembre 2003, il semble difficile de tenir pour responsable l'appelant, alors directeur administratif, soit numéro 2 de E\_\_\_\_\_SA, du fait qu'il n'ait pas été joignable au moment où l'assistante exécutive originellement chargée de cette tâche avait soudainement voulu s'en décharger auprès de lui. Il irait d'ailleurs à l'encontre du bon sens d'admettre une telle responsabilité, dans la mesure où il est généralement du devoir des assistantes exécutives d'accomplir les tâches qui leur sont confiées par leur chef, et non l'inverse.

Concernant le prestataire de service H\_\_\_\_\_, la détérioration brutale de ses performances au cours du second semestre 2003 ne peut raisonnablement pas être imputée à l'appelant, puisqu'aucune amélioration n'a été notée suite au licenciement de l'appelant et à la reprise du dossier par son successeur, ce qui a conduit l'intimée à opter pour un nouveau prestataire. Il ne peut pas non plus lui être reproché d'être resté sans réaction, étant donné qu'il a fait pression sur la société en question et qu'il est à l'origine du remplacement de son directeur général. Il est normal que la mesure radicale d'opter pour un nouveau prestataire de service ne se soit pas imposée de suite pour une société jusqu'alors pleinement performante.

La question des locaux de la société à Dublin n'a plus été évoquée par A\_\_\_\_\_ lorsqu'elle a été invitée à s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement de l'appelant. De fait, le problème de la reprise desdits locaux s'est révélé être délicat et de longue date. Compte tenu de la lettre de l'agent immobilier du 10

avril 2003, faisant état d'un marché immobilier commercial saturé et comportant, à la demande de l'appelant, divers conseils destinés à augmenter les chances de trouver un repreneur, étant également donné que les pertes engendrées par les locaux irlandais s'élevaient encore à USD 300'000.- en 2005, du fait que la reprise du bail n'avait pu avoir lieu en 2004 comme prévu, il semble difficile d'imputer un tel échec à l'appelant, ce d'autant plus qu'un directeur du siège américain était coresponsable du dossier. Le seul reproche admissible serait que l'appelant n'ait pas usé de tous les moyens adéquats pour accroître les chances de trouver un repreneur et de n'avoir pas traité ce dossier avec tout le zèle qu'il nécessitait.

Il est encore fait grief à l'appelant de ne pas être intervenu pour remédier aux problèmes posés par K\_\_\_\_\_, en raison des prestations lamentables de cette société et à une querelle de personnes. Or, chez E\_\_\_\_\_SA, son interlocutrice et la personne chargée de s'assurer de la qualité de ses performances était L\_\_\_\_\_, manager informatique, laquelle a conservé son poste jusqu'en 2005. Il apparaît dès lors plutôt étrange d'exempter la personne directement responsable du dossier de tout blâme, pour ensuite concentrer les reproches sur son supérieur hiérarchique.

Enfin, c'est certainement au sujet de l'élaboration du plan social 2003 que les critiques s'avèrent le plus mal fondées. En effet, il ressort des courriers électroniques entre l'appelant d'une part, et F\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ d'autre part, que la finalisation du projet a été conduite en toute transparence et conformément aux instructions de cette dernière. Dans son e-mail du 26 juin 2003 notamment, l'appelant a exposé à F\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ les détails du plan social, tout en leur fournissant les moyens de procéder elles-mêmes à des simulations au cas par cas. Elles disposaient par conséquent de tous les éléments nécessaires pour effectuer les vérifications commandées par les circonstances et pour s'assurer que le plan, dont il faut souligner la simplicité et la parfaite lisibilité, était conforme à leurs attentes. Il leur appartenait également de formuler des critiques et d'exiger d'éventuelles corrections au moment opportun, ou en tout cas avant de donner leur approbation, et non pas trois mois plus tard, comme cela a été fait. Si, malgré l'ensemble des informations fournies, la direction mondiale n'a pris conscience qu'en octobre 2003 des véritables implications du plan social 2003, notamment dans le cas de son application à l'appelant, il est malvenu de sa part de faire supporter les conséquences de ses propres négligences à ce dernier, sous prétexte qu'il aurait mal communiqué ou qu'il aurait omis de mentionner la potentialité d'un conflit d'intérêts. A ce sujet d'ailleurs, le reproche fait à l'appelant est difficilement compréhensible, dans la mesure où il n'était pas question qu'il soit concerné par la restructuration 2003, et qu'il n'avait pas de raison de se douter de l'être un jour, jouissant d'une position confortable et bien établie au sein de l'intimée, et n'ayant conclu aucun accord particulier comme cela avait été fait avec son prédécesseur B\_\_\_\_\_. Ainsi, la potentialité d'un conflit d'intérêts résulterait du seul fait qu'il soit employé de l'intimée, ce que cette dernière ne pouvait manifestement pas ignorer; on comprend dès lors que l'appelant ait jugé superflu de mentionner expressément une telle information.

Finalement, les motifs inhérents à la personne du travailleur qui peuvent être retenus comme pertinents en l'espèce sont les suivants : ses absences plus fréquentes durant le 4<sup>e</sup> trimestre 2004 en raison de problèmes familiaux, son manque de zèle dans le traitement du dossier des locaux irlandais, son inaction face aux problèmes posés par K\_\_\_\_\_ et, enfin, la transmission tardive à 4 employés irlandais de documents nécessaires à l'obtention de leurs allocations-chômage. Ces griefs apparaissent somme toute assez faibles, compte tenu de l'ensemble des fonctions et des tâches dévolues à l'appelant. Il convient toutefois de les mettre en relation avec les motifs économiques qui peuvent être déduits des circonstances entourant son licenciement.

**3.3.5.** À ce titre, plusieurs éléments viennent appuyer la thèse de l'appelant, selon laquelle son licenciement serait de nature essentiellement économique.

En premier lieu, il convient de relever que le groupe E\_\_\_\_\_Corporation, dont fait partie l'intimée, a subi, depuis 2001, des restructurations quasi-annuelles, entraînant chaque fois une réduction drastique de ses effectifs, à tous les niveaux organisationnels et fonctionnels.

En outre, les circonstances dans lesquelles a été licencié l'appelant apparaissent plutôt étranges, étant donné que, fin juillet 2003, il était félicité pour le travail accompli dans la mise en place du plan social 2003, qu'en octobre, il était nommé au Conseil d'administration de l'intimée, qu'en décembre, selon les déclarations de A\_\_\_\_\_, il n'y avait toujours pas de raison objective de le licencier, et qu'enfin, le 7 janvier 2004, son licenciement n'était soi-disant même pas envisagé, puisqu'il était invité à participer à un week-end avec les directeurs financiers pour la fin du mois. Par conséquent, à moins d'admettre que l'insuffisance des prestations de l'appelant ait pu soudainement prendre une ampleur telle qu'une semaine ait suffi à l'intimée pour faire le choix conséquent de se séparer de son numéro 2, lequel lui avait donné pendant 7 années, et lui donnait encore le mois précédent, entièrement satisfaction, il est sans doute préférable de reconnaître que d'autres motifs aient pu jouer un rôle.

A ce propos, il faut relever que les premiers reproches faits à l'appelant ont été formulés par A\_\_\_\_\_ en octobre, à son retour des USA, où s'était tenue une réunion de la Direction générale de E\_\_\_\_\_Corporation afin d'évaluer la restructuration 2003, et que c'est à nouveau à son retour du siège américain qu'elle a convoqué l'appelant pour lui remettre sa lettre de démission. Dans le même sens, A\_\_\_\_\_ a admis implicitement s'être fait l'écho, dans ses premiers reproches, de la Direction générale, laquelle venait de prendre conscience que les spécificités du plan social 2003 n'avaient pas été suffisamment communiquées et que l'appelant avait passé sous silence la potentialité d'un conflit d'intérêts. Il faut également rappeler que les documents relatifs au licenciement de l'appelant ont été préparés et rédigés aux USA et que l'entretien du 14 janvier 2004 a été tenu en présence de F\_\_\_\_\_, responsable des ressources humaines pour le groupe. Il apparaît donc très vraisemblable que le licenciement de l'appelant ait été décidé par la Direction mondiale, pour des raisons autres que les divers manquements constatés à l'échelle

locale. Ceci expliquerait notamment la quasi-simultanéité de deux événements a priori contradictoires: la nomination de l'appelant au Conseil d'administration sur proposition de A\_\_\_\_\_ d'une part, et les premières critiques à son encontre, formulées par cette dernière à la demande de la Direction générale, d'autre part.

Enfin, il convient de souligner que les fonctions de l'appelant ont été réparties entre trois personnes suite à son licenciement, G\_\_\_\_\_ étant rappelée pour prendre la tête de la "Relation avec la clientèle" et de la "Chaîne des fournisseurs", tandis que P\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ devenaient respectivement responsables du Département juridique et des Ressources humaines. A cela s'ajoute la suppression du poste de directeur administratif qui a eu lieu à cette occasion, faisant ainsi disparaître l'échelon intermédiaire entre la directrice générale et les différents responsables de département. Il s'agit bien là d'une restructuration, aussi petite soit-elle.

Au vu de ce qui précède, les échecs et les failles de l'appelant qui ont été relevés par l'intimée pour expliquer son licenciement manquent cruellement d'épaisseur, une fois mis en relation avec les autres impératifs auxquels il a manifestement répondu. Par conséquent, les motifs économiques doivent à l'évidence être considérés comme prépondérants dans le cas d'espèce. La deuxième condition d'application du plan social 2003 est dès lors réalisée.

**3.4.** Il reste à examiner si les exigences temporelles sont respectées. Or, le licenciement de l'appelant est intervenu le 14 janvier 2004, alors que le plan social expirait fin décembre 2003. Toutefois, il apparaît, a posteriori et au vu de l'ensemble des circonstances, que le licenciement de l'appelant a en réalité été envisagé bien avant. En effet, les contenus de l'e-mail du 26 octobre 2003 et de l'avertissement écrit du 10 novembre 2003 démontrent assez clairement que la Direction mondiale souhaitait se séparer de l'appelant à ce moment déjà. Il serait difficile de trouver une autre explication à la soudaineté des reproches formulés quant à l'élaboration du plan social, plus de trois mois de silence complet après son approbation. En outre, dans les correspondances susmentionnées, A\_\_\_\_\_ n'a eu de cesse d'appliquer, soi-disant de manière théorique, le plan social au seul cas de l'appelant, alors qu'il n'était pas même sensé être concerné par celui-ci. On comprend également mal pour quelles raisons auraient été effectués le calcul des indemnités auxquelles l'appelant pouvait prétendre en vertu du plan social 2003, et la comparaison avec celles prévues dans la version de 2001, si ce n'était pas dans l'optique de le lui appliquer. Et le fait que l'appelant n'ait pas été inscrit sur la liste des personnes touchées par la restructuration 2003, communiquée à l'autorité suisse compétente, conformément aux exigences légales en matière de licenciement collectif, n'est pas propre à faire naître une incertitude, dans la mesure où il n'est pas interdit à l'employeur d'échelonner les licenciements sur une période plus longue que celle prévue à l'art. 335d CO et, par voie de conséquence, de ne pas communiquer les identités des personnes licenciées isolément hors du délai de 30 jours.

Ainsi, il y a lieu de se demander si, dans le cas d'espèce, il est possible de considérer la condition temporelle comme réalisée, par application des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'abus de droit.

**3.4.1.** Le principe de l'égalité de traitement dans les rapports de travail a pour effet que l'employeur ne saurait placer arbitrairement ou sans motif justifié certains travailleurs dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable (ATF 129 III 276; JAR 1999, p. 193; Wyler, *op. cit.*, pp. 360 et 567; Carruzo/Sandoz/Jaccard/Monticelli, *op. cit.*, V B 10). L'interdiction de l'arbitraire constitue ainsi une sorte de "soupape de sécurité" que le juge peut utiliser au profit d'un employé victime d'une discrimination (Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, n. 15ss. *ad art.* 328 CO; Carruzo/Sandoz/Jaccard/Monticelli, *op. cit.*, V B 10; JAR 2001 p. 203). Dans la mesure où il s'oppose au principe de la liberté contractuelle, le principe de l'égalité de traitement ne doit l'emporter que dans les situations collectives, soit celles où l'employeur apporte un traitement collectif à ses employés, même si ce traitement est différencié en fonction de groupes ou catégories de travailleurs (Wyler, *op. cit.*, p. 567). La doctrine et la jurisprudence reconnaissent qu'un tel principe trouve application en matière d'allocation de prestations convenues dans un plan social, de sorte que l'employeur ne peut pas désavantager l'un de ses employés par rapport aux autres sans raison (JAR 1999, p. 193; BJM 1998, p. 271; ATF 130 V 18 consid. 3.3; Trachsel, Das privatrechliche Gleichbehandlungsgebot, p. 60; Rehbinder, Berner Kommentar, pp. 415 ss., n. 8 à 10 *ad art.* 328 CO; Rehbinder/Portmann, *op. cit.*, n. 16 *ad art.* 328 CO; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, n. 1.20 *ad art.* 328 CO; Wyler, *op. cit.*, pp. 563ss.). En particulier, l'employeur ne peut pas exclure un travailleur congédié d'un plan social préparé pour d'autres employés qu'il s'apprête à licencier pour réduire son effectif (BJM 1991, p. 245 Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.20 *ad art.* 328 CO).

Ce droit à l'égalité de traitement est traditionnellement reconnu comme étant fondé sur la protection de la personnalité d'une part, et sur l'art. 4 aCst, repris à l'art. 8 nCst d'autre part (JAR 1999, p. 193; ATF 130 V 18 consid. 3.3; Trachsel, *op. cit.*, p. 60; Rehbinder, *op. cit.*, pp. 415 ss., n. 8 à 10 *ad art.* 328 CO; Rehbinder/Portmann, *op. cit.*, n. 16 *ad art.* 328 CO; Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.20 *ad art.* 328 CO; Wyler, *op. cit.*, pp. 563ss.). Toutefois, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est affranchi de ce fondement, en jugeant suffisant que la volonté d'assurer une égalité de traitement entre les employés ressorte clairement de l'accord des parties pour que l'employeur y soit tenu. Dans un tel cas, il était donc parfaitement vain de se demander si et à quelles conditions la garantie constitutionnelle de l'égalité, contenue à l'art. 8 Cst., pouvait être invoquée dans des rapports entre particuliers; de même, il était totalement inutile de se demander si et dans quelle mesure le principe de l'égalité de traitement était implicitement contenu dans l'art. 328 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2001 en la cause 4C.94/2001, consid. 2b).

**3.4.2.** L'obligation de se conformer aux règles de la bonne foi implique notamment de s'abstenir de tout comportement visant à empêcher de manière frauduleuse la réalisation d'une condition. A teneur de l'art. 156 CO, une condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. Cette disposition suppose que l'on soit en face d'une condition, que son avènement ait été empêché par l'une des parties, que cet empêchement viole les règles de la bonne foi et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le comportement et le défaut de réalisation de la condition (Ehrat, Basler Kommentar, n. 1ss. *ad* art. 156 CO, Pichonnaz, Commentaire romand, n. 1ss. *ad* art. 156 CO; sur le principe de l'interdiction de l'abus de droit: ATF 118 II 157 consid. 4b/cc).

**3.4.3.** En l'espèce, et comme dit précédemment, il apparaît assez clairement que l'intimée, en établissant un document unique, sans aucune référence nominative, pour régir de façon générale l'octroi de l'indemnité de départ aux employés montre qu'elle entendait traiter ceux-ci de la même manière en fonction de critères objectifs. La volonté d'assurer une égalité de traitement entre les employés ressort donc clairement de la démarche choisie (cf. arrêt du Tribunal fédéral en la cause 4C.94/2001 du 13 juin 2001).

Il apparaît tout aussi clairement que l'intimée a voulu se séparer de l'appelant pour des raisons de restructuration dès la fin du mois d'octobre 2003, mais que, réalisant le coût d'une telle opération, elle a préféré attendre l'expiration du plan social 2003 pour mettre à exécution son projet, et que l'appelant ne puisse prétendre aux prestations auxquelles il aurait normalement eu droit. Quand bien même ces prestations étaient particulièrement généreuses, l'intimée aurait dû assumer les conséquences de sa propre négligence. Par son comportement donc, elle a violé non seulement les règles élémentaires de la bonne foi mais également le principe de l'égalité de traitement, dans la mesure où sa manœuvre abusive a eu pour seul but d'exclure de manière arbitraire l'appelant du plan social 2003. Par conséquent, il y a lieu d'accorder à ce dernier les indemnités auxquelles il aurait eu droit si le plan lui avait été appliqué comme il aurait dû l'être.

**3.5.** La fixation du montant des indemnités pose un problème particulier, étant donné que le plan social 2003, selon sa version finale produite par les parties, comporte une lacune. En effet, une personne de 51 ans, soit l'âge de l'appelant pendant la durée d'application du plan social, ne rentre dans aucune classe d'âges, nécessaire à la computation des points y relatifs. Le plan social doit donc être interprété sur ce point.

**3.5.1.** Pour apprécier la forme et les clauses d'une convention, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1<sup>er</sup> CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'une des parties n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de

volonté réciproques; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance; ATF 125 III 435, consid. 2a; ATF 122 III 118, consid. 2a; ATF 118 III 342, consid. 1a; ATF 112 II 245, consid. II/1c).

Le juge doit partir de la lettre de la convention et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 125 III 305, consid. 2b; ATF 115 II 264, consid. 5a). Selon la jurisprudence, il convient de ne pas attacher une importance décisive au sens des mots, même clairs, utilisés par les parties (abandon de la "Eindeutigkeitsregel"); même si la teneur d'une clause paraît claire et indiscutable à première vue, il peut résulter du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que la lettre ne restitue pas exactement le sens de la convention (ATF 128 III 212, consid. 2b/bb et 3c, p. 221; ATF du 28 février 2002 en la cause 5C.305/2001, consid. 4b; ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 125 III 305, consid. 2b; ATF du 9 juillet 1998 en la cause 4C.436/1997, consid. 2; ATF du 2 mars 1998 en la cause 4C.24/1997, consid. 1c; Chappuis, Le texte clair du contrat, *in* Pour un droit pluriel, pp. 3ss.).

**3.5.2.** Dans ses écritures, l'appelant considère, dans l'établissement des faits, être inclus dans la catégorie inférieure (49 à 50 ans = 10 points), fixant ainsi son indemnité à 12.8 mois de salaire, avant de s'intégrer, au moment de chiffrer ses prétentions, dans la catégorie supérieure (52 à 55 ans = 18 points), élevant ainsi ses prétentions à un montant correspondant à 16 mois de salaire. L'incohérence critiquable de cette démarche ne saurait être suivie.

Si l'on considère le projet du plan social 2003 et les rectifications manuscrites de A\_\_\_\_\_ qu'il contient, les personnes ayant entre 49 et 52 ans pouvaient entrer dans trois classes d'âges différentes: de 45 à 50 ans (8 points, rectifié 10 points), de 50 à 52 (12 points, sans rectification), de 52 à 55 ans (18 points, sans rectification). La version finale du plan étant généralement plus généreuse que son projet, il ne se justifierait pas d'inclure l'appelant dans la catégorie des 49-50 ans du plan social et de lui accorder en conséquence un nombre de points inférieur à celui auquel il aurait eu droit selon le projet. Toutefois, il ne semble pas, compte tenu de l'absence de rectifications les concernant, qu'A\_\_\_\_\_ ait voulu modifier ou fusionner les deux classes d'âges supérieures. Ainsi, il y a lieu de considérer que la lacune du plan social 2003 résulte essentiellement d'une omission de retranscription de la classe d'âges "50-52 = 12 points".

Par conséquent, l'appelant, qui avait 51 ans, 7 ans d'ancienneté et un salaire de 324'000.- fr., au moment de l'application du plan social 2003, se serait vu octroyer un total de 34 points (10 + 12 + 12). Il aurait donc eu droit à une indemnité correspondant à 13.6 mois de salaire (34/2.5). A noter que c'est également ce chiffre que retient A\_\_\_\_\_ lorsqu'elle applique théoriquement le plan social à l'appelant dans son e-mail du 26 octobre 2003.

**3.6.** L'appelant peut donc prétendre au paiement de 382'613.55 fr., correspondant à une indemnité de 13.6 mois de salaire, à titre d'application du plan social 2003. Le jugement entrepris doit être réformé en ce sens.

4. L'appelant fait valoir que le procédé de l'intimée, consistant à retarder son licenciement pour l'exclure du plan social, constitue une violation de l'interdiction de l'abus de droit, de sorte que son licenciement doit être qualifié d'abusif. A ce titre, il exige la somme de 56'266.70 fr., correspondant à une indemnité de deux mois de salaire.

**4.1.** Aux termes de l'art. 335 al. 1<sup>er</sup> CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif. Est abusif le congé donné pour un des motifs énumérés à l'art. 336 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et y assortit les conséquences juridiques adaptées au contrat de travail (ATF 125 III 70 ; ATF 123 III 246 consid. 3b).

En principe, la licéité d'une résiliation ne présuppose pas que soient avancés des motifs particuliers, dès lors que le droit du travail repose sur le principe de la liberté de donner congé (Stahelin/Vischer, *Zürcher Kommentar*, n. 3 *ad* art. 336 CO ; Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, p. 159).

La résiliation est valable même si l'employeur ne la motive pas, la motive faussement ou incomplètement. Lorsque le travailleur exige de son employeur qu'il motive le congé et que celui-ci ne s'exécute pas ou imparfaitement, il n'en découlera que des sanctions indirectes dans le cadre d'un procès portant sur la protection contre le congé au niveau de l'appréciation des preuves et, le cas échéant, des frais et dépens. En revanche, le législateur n'a pas prévu de sanctions telles que la nullité de la résiliation ou la présomption d'abus au sens de l'art. 336 CO (ATF 121 III 60 = JdT 1996 I, p. 47).

La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC ; ATF 123 III 246). Cependant, la preuve ayant souvent pour objet des éléments subjectifs, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme fictif le motif avancé par l'employeur, et le motif abusif plus plausible. Cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve. La partie demanderesse doit alléguer et offrir un commencement de preuve d'un motif abusif de congé. De son côté, l'employeur ne saurait alors demeurer inactif ; il doit apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF du 7 juillet 1994 en la cause 4P.334/1994 ; SJ 1993, p. 360 ; ATF 115 II 484, consid. 2b ; Streiff/von Kaenel, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., n. 16 *ad* art. 336 CO ; SJ 1993, p. 360).

**4.2.** Pour fonder sa prétention, l'appelant s'appuie sur l'art. 336 al. 2 let. c CO, selon lequel le congé est abusif s'il est donné par l'employeur sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs à l'art. 335f

CO. A noter que, dans un tel cas, l'indemnité ne peut dépasser un montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 3 CO).

C'est à tort que l'appelant invoque un tel fondement. En effet, l'art. 335f al. 1 CO impose à l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. Plus précisément, il doit leur donner la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés, d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences (335f al. 2 CO); il est également tenu de leur fournir tous les renseignements utiles à cet effet, dont en tout cas, par écrit, les motifs du licenciement collectif, le nombre des travailleurs touchés et celui des travailleurs habituellement employés, ainsi que la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés (335f al. 3 let. a-d CO). Il est à préciser que la disposition, bien qu'absente de la liste contenue à l'art. 362 CO, est de nature relativement impérative en ce sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment des travailleurs (art. 2 LPart; Duc/Subilia, Commentaire du contrat de travail, p. 384; Wylér, *op. cit.*, p. 357; Staehelin, *op. cit.*, p. 542 n. 6 *ad* art. 335f CO). En revanche, selon la doctrine majoritaire, l'obligation d'informer l'office du travail, contenue à l'art. 335f al. 4 CO, ne fait pas, à proprement parler, partie de la procédure de consultation. Cette obligation a essentiellement un caractère de droit public, de sorte que sa violation ne peut faire l'objet que de sanctions pénales administratives prévues par le droit cantonal (Brunner/Bühler/Waeber, p. 194 n. 5 *ad* art. 335f CO; Staehelin, *op. cit.*, p. 545 n. 2 *ad* art. 335g CO; Wylér, *op. cit.*, p. 186; *contra*: Meyer, *op. cit.*, p. 186).

Ainsi, la procédure de consultation impose à l'employeur qui envisage un licenciement collectif une double obligation, à savoir informer et consulter les travailleurs ou leurs représentants, et ceci en vue d'aboutir à un accord (FF 1992 V 405). Cette procédure, et les devoirs de l'employeur qu'elle induits, a essentiellement pour but de favoriser la négociation d'un plan social, sans que la conclusion et la mise en œuvre d'un tel plan soient obligatoires (Aubert, *op.cit.*, n. 3 *ad* art. 335f CO; Klingenberg, *op.cit.*, p. 39ss.; Carruzzo/Sandoz/Jaccard/Monticelli, Le contrat de travail, XI A 14; Vischer, *op.cit.*, p. 123 et 132s.). L'obligation de consultation, dont la violation est sanctionnée à l'art. 336 al.2 let. c CO, concerne donc uniquement le processus propre à l'établissement du plan social, à l'exclusion de ses effets ou de sa mise en œuvre.

**4.3.** Aussi, s'agissant d'une application inégalitaire du plan social ou, comme dans le cas d'espèce, d'une manœuvre de détournement des termes du plan social pour en exclure l'un de ses bénéficiaires, apparaîtrait-il, à première vue du moins, plus approprié de se fonder sur le principe général de la prohibition de l'abus de droit concrétisé par l'art. 336 CO, voire sur l'art. 336 al. 1 lit. a CO sanctionnant le congé discriminatoire. Cette disposition qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte, sur un point essentiel, un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'appartenance

religieuse, l'âge, l'homosexualité, le statut familial, les antécédents judiciaires, ou encore la maladie ou la séropositivité (ATF 127 III 86, consid. 2a ; ATF du 11 novembre 1993, publié *in* SJ 1995, p. 798 et les références citées ; SJ 1993, p. 357 ; Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, *in* FF 1984 II, pp. 622 et 623 ; Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996 ; Streiff/von Kaenel, *op. cit.*, 5<sup>ème</sup> éd., n. 5 *ad* art. 336 CO).

L'art. 336 CO, dont l'énumération n'est pas exhaustive (ATF 123 III 246; 121 III 60; etc.), vise à punir les congés donnés par des employeurs poursuivant un but considéré comme contraire aux mœurs (Barbey, Les congés abusifs selon l'art. 336 al. 1 CO, *in* Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 75). En principe donc, les seuls éléments déterminants pour qu'un congé soit abusif sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même : le congé ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection (FF 1984 II 622 ; ATF du 11 novembre 1993 W. S.A. c/ M., pp. 6 et 7).

En l'espèce, le licenciement de l'appelant, comme il a été analysé précédemment, a été motivé par des considérations essentiellement économiques. Or, le congé donné en raison d'une restructuration de l'entreprise n'est pas considéré comme abusif (JAR 1995 p. 158; Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.21 *ad* art. 336 CO, Barbey, *op. cit.*, p. 77).

Toutefois, le Tribunal fédéral considère que le caractère abusif peut également résulter de la manière dont une partie exerce son droit de donner le congé. Même quand elle l'exerce de manière licite, elle doit le faire avec ménagement et ne pas contrevenir de manière grossière au principe de la bonne foi ('kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht) (ATF 118 II 157 c. 4b/cc; Favre/Munoz/Tobler, *op.cit.*, n. 1.4 *ad* art. 336 CO).

Au vu de cette interprétation extensive de l'art. 336 CO, il y a lieu de considérer le congé de l'appelant comme abusif. En effet, l'intimée a contrevenu de manière grossière au principe de la bonne foi en envisageant dès octobre 2003 le licenciement pour des raisons de restructuration, mais en attendant, pour cela, l'expiration du plan social, puis en s'en prenant, pour justifier le congé, aux prestations de l'appelant de manière infondée, et cela uniquement en vue de s'épargner le paiement d'indemnités jugées trop généreuses à ses yeux, bien qu'approuvées par elle quelques mois auparavant. Le principe de l'abus de droit étant admis, il convient à présent de se prononcer sur l'indemnité.

**4.4.** Selon l'art. 336a al. 1<sup>er</sup> CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. Le législateur n'a ainsi pas entendu sanctionner la partie qui agit de manière abusive par la nullité ou l'annulabilité du congé. L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne

peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO ; FF 1984 II 624).

L'indemnité prévue à l'art. 336a al. 2 CO a une double finalité, punitive et réparatrice. La finalité en partie réparatrice de l'indemnité résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité) ; elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'État, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, l'indemnité ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC). Dès lors que la loi lui impose de tenir compte de toutes les circonstances, il ne saurait faire abstraction, entre autres éléments, de la durée des rapports de travail, des effets économiques du licenciement, qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur, de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne congédiée et du comportement des parties lors de la résiliation du rapport contractuel (ATF du 8 janvier 1999, publié *in* SJ 1999 I, p. 277 ; ATF 123 III 391 ; SJ 1995, p. 802).

Pour la fixation de l'indemnité, le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation qui n'est limité que dans la mesure où cette indemnité ne doit pas dépasser l'équivalent de six mois de salaire au maximum (ATF 119 II 157 c.2a).

En l'espèce, il s'agit de savoir si une indemnité doit être accordée à l'appelant en supplément de celle résultant du plan social que le présent arrêt lui octroie. Or, la violation de l'interdiction de l'abus de droit a déjà été sanctionnée et réparée par le présent arrêt, par lequel l'appelant se voit bénéficier des prestations prévues par le plan social et l'intimée condamner à lui verser des indemnités correspondant à 13.6 mois de salaire. La double finalité, punitive et réparatrice, de l'art. 336a CO a donc déjà été atteinte par un autre biais. Par conséquent, le cumul des indemnités prévues par le plan social et celles prévues à l'art. 336a CO doit être refusé, à l'instar de l'impossibilité de cumuler les indemnités pour congé abusif et pour licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 2; Favre/Munoz/Tobler, *op.cit.*, n. 2.6 *ad* art. 336a CO).

**4.5.** Le jugement sera donc confirmé sur ce point.

- 5.** L'appelant réclame, en raison de la dépression et des souffrances subies du fait de son licenciement, une indemnité pour tort moral à hauteur de 10'000 fr.

**5.1.** Aux termes de l'art. 328 al. 1<sup>er</sup> CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

L'art. 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les art. 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321d CO), aux droits de la personnalité du

travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (Wylér, *op. cit.*, p. 220 ; Aubert, *op. cit.*, § 2 *ad art.* 328 CO, p. 1728), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001 ; Rehbinder, *op. cit.*, n. 4 *ad art.* 328 CO ; Rehbinder/Portmann, *op. cit.*, n. 3 *ad art.* 328 CO ; Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, p. 83 ; Saillen, *La protection de la personnalité du travailleur*, thèse Lausanne 1981, pp. 72 ss).

**5.2.** L'atteinte à la personnalité du travailleur peut provenir directement de l'employeur lui-même, l'employeur étant une personne physique, ou d'un organe de la société, l'employeur étant une personne morale (art. 55 al. 2 CC), ou encore, par application de l'art. 101 CO, d'un auxiliaire de l'employeur (supérieur du travailleur, collègue), voire d'un tiers (client, fournisseur). L'art. 328 CO crée donc une responsabilité propre de l'employeur, opposable à lui seul, pour des actes qui peuvent être le fait de tiers (JAR 1992, p. 169 ; Wylér, *op. cit.*, p. 220 ; Rehbinder, *op. cit.*, p. 83 ; Saillen, *op. cit.*, p. 63).

**5.3.** En cas de violation de l'art. 328 CO par l'employeur, le travailleur a en principe droit à des dommages-intérêts dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des art. 97 ss et 41 ss CO (SJ 1984, p. 556).

Dans la mesure où l'atteinte à la personnalité du travailleur n'entraîne en principe aucun dommage matériel, une telle action ne sera toutefois pas propre à en réparer directement les conséquences. Tout au plus est-elle utile si cette atteinte s'accompagne de dommages matériels (Saillen, *op. cit.*, p. 104).

L'inexécution du contrat emporte présomption de faute (art. 97 CO) ; l'employeur n'est libéré que s'il prouve n'avoir pas commis de faute. Le travailleur doit prouver, quant à lui, l'existence du contrat de travail, la violation dudit contrat par l'employeur, le dommage et le lien de causalité (Saillen, *op. cit.*, p. 103).

**5.4.** En cas d'atteinte illicite grave à sa personnalité, le travailleur peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 97, 99 al. 3 et 49 al. 1<sup>er</sup> CO ; ATF 102 II 224, consid. 9 ; ATF 87 II 143 ; Aubert, *op. cit.*, § 7 *ad art.* 328 CO, p. 1729 ; Saillen, *op. cit.*, p. 104).

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (Gauch/Schluep/Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703 ; Deschenaux/Steinauer, Personne physique et tutelle, n. 624 ; Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

Une faute particulièrement grave de l'auteur de l'atteinte n'est pas requise. Par ailleurs, s'agissant d'une responsabilité contractuelle, la faute est présumée (art. 97 CO ; FF 1982 II, p. 703 ; Deschenaux/Steinauer, *op. cit.*, n. 613 et 619).

**5.5.** S'agissant de savoir si, et le cas échéant, à quelles conditions une indemnité pour tort moral peut être octroyée à un employé exclu arbitrairement et abusivement d'un plan social, il convient de distinguer selon que les souffrances ont été ressenties en raison du licenciement abusif même, ou qu'elles résultent des circonstances y relatives, notamment de la manière de procéder de l'employeur.

**5.5.1.** En principe, les souffrances causées directement et uniquement par un licenciement abusif ne justifient pas l'octroi d'une indemnité pour tort moral. En effet, dans la mesure où l'art. 336a CO vise non seulement la punition de l'auteur du congé abusif, mais aussi la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié (ATF 123 III 391, consid. 3), l'indemnité prévue dans cette disposition ne laisse guère de place à l'application cumulative de l'art. 328 al. 1<sup>er</sup>, en combinaison avec l'art. 49 CO, car elle embrasse toutes les atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat (ATF du 12 août 1997 en la cause 4C.459/1996). Demeure réservée l'hypothèse dans laquelle une telle atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer. Sous cette réserve, l'application de l'art. 49 CO, parallèlement à l'art. 336a CO, ne saurait entrer en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles. On songe ici, par exemple, à des reproches de caractère diffamatoire, n'ayant aucun lien de connexité avec la relation de travail, que l'employeur adresserait au travailleur à l'occasion de son licenciement, ou encore au dénigrement du second par le premier vis-à-vis de tiers, et notamment des employeurs potentiels du travailleur congédié (ATF du 8 janvier 1999, publié *in* SJ 1999 I, p. 277 ; ATF 123 III 391).

**5.5.2.** En revanche, le travailleur conserve le droit de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé. En effet, l'art. 336a al. 2 *in fine* CO réserve les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre,

Dans le même sens, le Tribunal fédéral a estimé que, dans le cas où les circonstances entourant le licenciement entraînaient une atteinte d'une gravité objective suffisante, le plan social n'était pas propre à compenser cette souffrance, et que, partant, une indemnité pour tort moral se justifiait (arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 2004 dans la cause 4C./259/2004).

**5.5.3.** En l'espèce, il est admis que l'appelant a souffert d'une dépression et que celle-ci a pour origine et cause directe son licenciement. Toutefois, cela ne justifie pas en soi l'octroi d'une indemnité pour tort moral. D'une part, comme il a été dit précédemment, le caractère abusif de son congé a été réparé par l'application du plan social à son cas et l'octroi des indemnités conséquentes qu'il prévoyait. Ces indemnités remplaçant en quelque sorte celles prévues à l'art. 336a al. 1 CO, on peut dès lors considérer que, comme ces dernières, elles embrassent elles aussi les atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat. D'autre part, il faut souligner que le plan social, en tant qu'il intègre des mesures sociales d'accompagnement, sert à atténuer les conséquences néfastes, non seulement financières mais également en termes d'insécurité et de sentiment d'abandon, qui résultent d'un licenciement collectif. On peut dès lors admettre que les indemnités offertes par un plan social ont partiellement pour but de compenser les souffrances psychiques et morales ressenties par un employé licencié pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Toutefois, il y a lieu de se demander si les circonstances dans lesquelles l'appelant a été licencié, et notamment la façon de procéder de l'employeur, ont entraîné une atteinte d'une gravité objective suffisante pour justifier une indemnité pour tort moral. Force est de constater en l'espèce que le comportement de l'intimée n'est pas exempt de tout reproche. Il est notamment à regretter le double jeu de l'intimée, la manière abrupte avec laquelle l'appelant s'est vu remercié et libéré de venir travailler, ainsi que le caractère mensonger de l'annonce de son départ. Toutefois, ce message, tout aussi mensonger qu'il soit, n'était pas propre à nuire à la réputation professionnelle de l'appelant, dans la mesure où il présentait son départ comme étant de son initiative et motivé par de nouvelles opportunités de carrière. Aussi, l'appelant n'a pas démontré avoir été victime d'une atteinte suffisamment grave pour justifier une indemnité pour tort moral, en supplément de celles octroyées par le plan social.

**5.6.** Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

- 6.** L'appelant estime avoir connu deux épisodes distincts d'incapacité de travail, avec des causes différentes (hypertension et stress, puis dépression), ouvrant chacun une période de protection propre. Sur cette base, il réclame ses salaires de novembre et décembre 2004, soit 56'266.70 fr..

**6.1.** La protection du travailleur contre la résiliation du contrat par l'employeur en temps inopportun est assurée par l'art. 336c CO. Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. b CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service.

L'alinéa 2 précise que le congé donné pendant l'une des périodes mentionnées au premier alinéa est nul; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.

L'art. 336c al. 2 CO vise à accorder au travailleur le bénéfice d'un délai de congé complet, afin qu'il ait la possibilité de chercher un nouvel emploi, sans risquer de voir cette période compromise par une possible maladie (ATF 109 II 330, consid. 2b, et les références citées; cf. FF 1967 II 249ss.).

En conséquence, le délai de congé ne commence pas à courir dès la réception de la résiliation, mais doit être calculé rétroactivement à partir de l'échéance du contrat. Si le licenciement est intervenu dans un délai plus long que le délai de congé minimum prévu par la loi, ce dernier délai est seul déterminant sous l'angle d'une résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO ; ainsi, le temps écoulé entre le début du délai de congé ouvert par la résiliation et le début du mois où commence le délai de congé minimum ne compte pas (ATF du 20 juillet 1994, publié *in* SJ 1995, p. 801 ; ATF 119 II 449, consid. 2a et 3b, et les références citées = JdT 1995 I, p. 27 ; ATF 115 V 437).

**6.2.** Le Tribunal fédéral admet le cumul des protections lorsque celles-ci ont des origines différentes (ATF 124 III 474 = JT 2000 I 137 = JAR 1999, 266; ATF 120 II 124 = JT 1995 I 156 = JAR 1995, 185).

Ainsi, les diverses éventualités mentionnées aux lettres a à d de l'art. 336c al. 1<sup>er</sup> CO font chacune courir une période de protection indépendante l'une de l'autre (cumul dit « interlittéral » ; ATF 120 II 124). En outre, lorsqu'un employé est incapable de travailler pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux, chaque nouvelle maladie ou chaque nouvel accident fait courir un nouveau délai légal de protection durant lequel l'employeur ne peut valablement résilier le contrat de travail (cumul dit « intralittéral » ; ATF 120 II 124). En revanche, en cas de rechute consécutive à une maladie ou à un accident, la période de protection ne peut excéder, respectivement 30, 60 ou 90 jours (ATF 120 II 124; Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, n. 1.18 *ad* art. 336c CO). Dans un tel cas, il convient donc d'additionner les différentes absences jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé (Wyler, *op. cit.*, p. 426).

**6.3.** En l'espèce, l'appelant a été licencié le 14 janvier avec effet au 30 avril 2004. Ses sept ans de service auprès de l'intimée lui conféraient une période de protection de 180 jours, dont il a entièrement bénéficié, en raison de ses problèmes de santé survenus au cours du délai de résiliation. Il convient cependant d'examiner les liens entre sa première incapacité de travail, décidée par le Dr M\_\_\_\_ et prolongée par le Dr N\_\_\_\_, et le second arrêt de travail fixé par le Dr O\_\_\_\_, pour déterminer si, comme le soutient l'appelant, ces deux épisodes sont suffisamment distincts pour ouvrir chacun une période de protection propre.

Il est à préciser que seule l'absence de liens entre ces maladies successives pourrait faire courir un nouveau délai légal de protection.

Le Dr M\_\_\_\_\_ a indiqué que l'appelant était venu le consulter le 9 mars 2004 pour des problèmes de pression artérielle et de stress. Il a décelé à ce moment chez son patient un burn-out assez sérieux pour justifier un arrêt maladie de trois semaines. Il ne s'est toutefois pas inquiété davantage, dans la mesure où un état de stress est assez fréquent chez les personnes gravitant dans le monde des affaires. Le second médecin consulté, le Dr N\_\_\_\_\_ a jugé bon de prolonger cet arrêt jusqu'au 18 avril 2004, en raison de la fatigue et du surmenage dont souffrait l'appelant.

Ce n'est qu'au moment où il a revu son patient, soit le 10 juin 2004, que le Dr M\_\_\_\_\_ a diagnostiqué un état dépressif réactionnel. A son avis, cet état était directement lié à ses soucis professionnels. Le Dr O\_\_\_\_\_, psychiatre qui suit l'appelant depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004, a confirmé le diagnostic de son confrère et a également précisé que la dépression de l'appelant avait pour origine son licenciement.

Au vu de ce qui précède, et rejoignant en cela l'avis du tribunal, il est difficile de concevoir les deux épisodes d'incapacité de travail comme étrangers l'un à l'autre. Il est en effet connu que le burn-out peut fréquemment déclencher une dépression, ou qu'inversement, on fasse remonter, rétrospectivement, l'origine d'une dépression dans un burn-out. Il faut également relever en ce sens que les médecins, tout en utilisant des dénominations différentes au sujet de l'état du patient (stress, surmenage, burn-out, puis dépression), s'accordaient sur le fait qu'il trouvait son origine dans les soucis professionnels de l'appelant et, plus particulièrement, dans son licenciement. Aussi, les arguments développés par l'appelant à l'encontre de cette thèse ne sont pas convaincants. Entre autres, le fait qu'il ait consulté des spécialistes différents n'est pas relevant en l'espèce, dans la mesure où le Dr M\_\_\_\_\_ officiait comme médecin traitant et qu'il a dirigé son patient vers le spécialiste adéquat dès le moment où il a pu saisir la gravité de son état. De même, l'hypertension artérielle dont souffrait l'appelant n'est pas d'une nature et d'une ampleur propre à rendre dérisoire l'autre cause de ses maux, à savoir le stress et le surmenage. Enfin, il apparaît, au vu de l'ensemble de la situation, que la dépression de l'appelant remonterait très vraisemblablement au mois de mars 2004, bien qu'elle n'ait été diagnostiquée avec certitude que plus tardivement; il n'est en effet pas rare qu'une telle maladie ne se déclare pleinement qu'après un certain temps de latence. Par conséquent, il y a lieu de considérer l'incapacité de travail du 10 juin 2004 comme la suite de celle de mars 2004, n'ouvrant pas la voie à une seconde période de protection.

Compte tenu des absences successives du recourant, le 27 octobre 2004 marque le dernier jour de la période de protection de l'appelant. Le délai de congé avait alors couru pendant 87 jours et arrivait à échéance le 30 octobre, de sorte que le contrat de travail prenait fin le 31 octobre 2004. L'appelant ayant reçu son salaire jusqu'à ce mois compris, l'intimée ne reste rien lui devoir à titre de salaire.

**6.4.** Les conclusions du demandeur relatives au paiement des salaires des mois de novembre et décembre 2004 doivent dès lors être rejetées.

**7.** L'appelant réclame le versement de la somme de 52'086.30 fr. à titre d'indemnités pour vacances non prises en nature.

**7.1.** L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1<sup>er</sup> CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1<sup>er</sup> CO). Selon l'art. 329a al. 3 CO, les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète.

La loi régit les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur, et non comme une simple restriction des prestations dues par le travailleur. Il appartient dès lors au travailleur de prouver l'existence d'une obligation contractuelle de l'employeur de lui accorder des vacances, et la naissance de cette obligation du fait de la durée des rapports de travail. Il incombe en revanche à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF du 15 septembre 1999 en la cause 4C.230/1999, consid. 4 ; Aubert, *op.cit.*, 2003, § 7 *ad art.* 329a CO, p. 1736).

**7.2.** L'art. 329b CO prévoit qu'en cas d'empêchement fautif de travailler, l'employeur peut, dans le cadre de chaque année de service, réduire le droit aux vacances d'un douzième correspondant à chaque mois entier d'absence (al. 1<sup>er</sup>). Si l'empêchement de travailler n'est pas fautif, l'employeur pourra opérer la même réduction, mais comptera un mois d'absence comme mois de travail (délai de grâce d'un mois ; al. 2). En cas de grossesse et d'accouchement, il comptera deux mois d'absence comme mois de travail (al. 3). Lorsque l'année de service est incomplète, il n'y a pas lieu de réduire, en proportion, les délais de grâce précités (CAPH du 10 septembre 1998, publié *in* JAR 1999, p. 167 ; Wyller, *op.cit.*, pp. 258 s.).

**7.3.** En l'espèce, l'appelant avait contractuellement un droit annuel aux vacances de 25 jours, correspondant à un droit mensuel de 2.083 jours. Pour 2003, le solde de son droit aux vacances s'élèverait à 17 jours. Pour 2004, étant considéré la fin de son contrat de travail au 31 octobre et son incapacité de travail durant 6 mois justifiant la réduction de 5/12, son droit aux vacances serait de 10.5 jours (10/12 - 5/12 x 25 jours). Théoriquement donc, son droit aux vacances correspondrait au total à 27.5 jours (17 + 10.5).

**7.4.** En principe, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent vaut également après la résiliation des rapports de travail. Elle peut cependant être limitée dans des cas d'espèce pour tenir compte des circonstances concrètes. La jurisprudence et la doctrine admettent ainsi que des prestations en argent peuvent remplacer les vacances, lorsque celles-ci ne peuvent être prises

avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut pas attendre qu'elles le soient (ATF 128 III 271, consid. 4aa = JdT 2003 I, p. 606, et les références citées).

Toutefois, le Tribunal fédéral considère d'une part que l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent ou d'autres avantages doit être respectée aussi pendant la durée de la libération de l'obligation de travailler et, d'autre part, que le travailleur libéré doit, en vertu de son obligation de fidélité, prendre en compte les intérêts de l'employeur en ce sens qu'il doit utiliser les jours de vacances qui lui restent selon ses possibilités même sans instructions expresses de l'employeur - le temps pour la recherche d'emploi conservant toutefois la priorité. A cet égard, un critère temporel ayant valeur générale ne saurait toutefois être fixé, l'opportunité de le faire devant être examinée de cas en cas en fonction du rapport entre la durée de la libération et le nombre de jours de vacances restants (ATF 128 III 271 consid. 4 = JdT 2003 I, p. 606). A titre indicatif, dans l'arrêt précité, une durée restante, après déduction des vacances, correspondant à 2 mois a été jugée suffisante.

**7.5.** En l'occurrence, l'appelant s'est vu libéré de travailler pour l'intimée le 14 janvier 2004, alors que son licenciement ne devait prendre effet qu'au 30 avril, soit trois mois et demi plus tard. Certes, il fut tenu de rester à disposition pour le passage de témoin à ses successeurs, mais il n'a pas démontré qu'il avait été très sollicité pendant cette période, ce d'autant plus que dès le mois de mars, il se trouvait déjà en incapacité de travail. Il faut également souligner qu'en raison de ses différents arrêts maladie, l'appelant n'a vu son congé prendre effet qu'à la fin octobre 2004.

Ce long délai de congé doit être mis en rapport avec le relativement faible nombre de jours de vacances auxquels il aurait pu prétendre. Ainsi, étant donné que l'appelant travaillait sur une base de 5 jours par semaine, le délai de congé de trois mois et demi correspond à 76.125 jours ( $21.75 \times 3 + 21.75 / 2$ ); il faudrait également ajouter à ce nombre les quelques jours de congé supplémentaires entre l'expiration de sa période de protection, le 27 octobre 2004, et la fin du contrat de travail, le 31 du même mois. Considérant cela, l'appelant a pu bénéficier au total d'environ 80 jours de délai de congé, durant lequel il était libéré de venir travailler. Dès lors, il est difficile de soutenir que les 17 jours de vacances auxquels il pouvait prétendre n'aient pu être pris durant cette période. Et même si l'on tient compte du fait qu'il soit resté un certain temps à disposition pour la transmission d'informations à ses successeurs, par téléphone ou e-mail, il n'apparaît pas que cette tâche ait requis plus d'une vingtaine de jours de travail à temps plein, si bien que l'appelant a largement bénéficié des deux mois complets nécessaires à la recherche d'un emploi.

**7.6.** L'appelant ne peut donc prétendre à aucune indemnité pour vacances non prises en nature, de sorte que jugement doit être réformé en ce sens.

8. L'appelant demande le paiement de la somme de 3'766 fr. à titre de remboursement de ses frais de fiduciaire.

**8.1.** Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

**8.2.** La déclaration d'impôt est une obligation de droit public, sans lien avec le droit du travail. L'employeur n'a donc aucune obligation quant aux frais résultant du choix délibéré d'un de ses employés de faire appel à une société fiduciaire pour ses déclarations fiscales, à moins que le contrat de travail, ou l'un de ses avenants, ne prescrive le contraire.

**8.3.** En l'espèce, le contrat de travail du 9 décembre 1996, tout comme son avenant du 9 octobre 2001, restent muets à ce sujet. En revanche, selon l'accord de relocation internationale signée en 1996 par les parties, l'intimée s'engageait à prendre à sa charge les frais fiscaux de l'appelant pour une année jusqu'à un maximum fixé par la société. Il ressort explicitement des termes de l'accord que l'intimée s'engageait pour une année seulement, sans rien prévoir au-delà.

Par ailleurs, il faut relever que l'appelant n'invoque, à l'appui de sa prétention aucune disposition contractuelle, de sorte que les exigences de preuve ne sont pas réunies. Par conséquent, il n'y a aucune raison pour que les frais de fiduciaire résultant d'une démarche volontaire de l'appelant soient imputés à l'intimée.

**8.4.** Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

9. L'appelant exige un nouveau certificat de travail conforme à ses attentes et tel que formulé dans son appel.

**9.1.** Conformément à 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 du travail et sa conduite (al. 1<sup>er</sup>). A sa demande expresse, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2).

Le travailleur a le choix, mais non une obligation de choix au sens de l'art. 72 CO, entre un certificat complet et un certificat limité ; après la délivrance d'une simple attestation, il peut exiger un certificat complet et inversement (ATF 129 III 177 = JdT 2003 I, p. 342 = SJ 2003 I, p. 420 ; Staehelin, *op.cit.*, n. 17 *ad* art. 330a CO ; Rehbinder, *op.cit.*, n. 4 *ad* art. 330a CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *op.cit.*, n. 4 *ad* art. 330a CO ; Brühwiler, *op.cit.*, n. 2 *ad* art. 330a CO ; Streiff/von Kaenel, *op.cit.*, n. 4 *ad* art. 330a CO ; Janssen, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgeber*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 24).

**9.2.** Le document prévu par l'art. 330a al. 1<sup>er</sup> CO répond à un double but, parfois contradictoire (Janssen, *op.cit.*, pp. 163 s.), consistant à favoriser les recherches du travailleur en vue de trouver un nouvel emploi, tout en permettant, dans le même temps, aux employeurs potentiels approchés de se forger une opinion sur les

aptitudes professionnelles et le comportement de l'intéressé (JAR 1998, p. 168 ; Stahelin, *op.cit.*, n. 1 *ad art.* 336a CO).

**9.3.** Le certificat complet doit donner des informations sur tous les points visés à l'art. 330a al. 1 CO : la nature du travail, soit la description précise et détaillée de l'activité exercée dans l'entreprise, la durée des rapports de travail, avec l'indication précise des dates de début et fin, ainsi que des appréciations sur la qualité du travail effectué et sur le comportement du travailleur dans l'entreprise (ATF 129 III 177 consid. 3 = JdT 2003 I, p. 342 = SJ 2003 I, p. 420; GE 12 octobre 1998 = JAR 1999, p. 212 ; Wyler, *op.cit.*, p. 271s. ; Duc/Subilia, *op.cit.*, n. 5 et 6 *ad art.* 330a CO).

Le contenu du certificat doit être exact, c'est-à-dire, de manière générale, être conforme à la réalité et complet (ATF du 4 juillet 2000 en la cause 4C.463/1999, consid. 10b ; JAR 1998, p. 167 ; Brühwiler, *op.cit.*, n. 4 *ad art.* 330a CO ; Stahelin/Vischer, *op.cit.*, n. 10 *ad art.* 330a CO).

La formulation du certificat incombe au premier chef à l'employeur (Janssen, *op.cit.*, p. 67). Une appréciation négative sur la qualité du travail ou la conduite du travailleur peut être exprimée, pour autant qu'elle soit pertinente et fondée (CAPH du 8 avril 2003 en la cause C/16779/2002-5 ; Wyler, *op.cit.* p. 272 ; Stahelin/Vischer, *op.cit.* n. 11 *ad art.* 330a CO ; Streiff/von Kaenel, *op.cit.*, n. 8 *in fine ad art.* 330a CO). Doctrine et jurisprudence admettent, d'autre part, que l'employé peut exiger judiciairement la correction d'un texte comportant des indications inexactes, respectivement incomplètes, ou des appréciations inutilement péjoratives (CAPH du 8 avril 2003 en la cause C/16779/2002-5, et les références citées).

En présence d'un certificat de travail incomplet ou ne reflétant pas la réalité, le travailleur peut s'adresser au tribunal pour demander sa rectification, en proposant lui-même une version de remplacement après que l'employeur a refusé la version modifiée. Dans un tel cas, le juge s'inspirera de la version proposée par le travailleur, après l'instruction des faits, pour déterminer la teneur exacte que doit contenir le certificat (Wyler, *op.cit.*, p. 274, et les références citées).

**9.4.** En l'occurrence, le certificat délivré par l'intimée le 26 octobre 2005 comporte les dates précises des début et fin des rapports de travail, une description succincte des fonctions et des responsabilités de l'appelant, ainsi qu'une évaluation positive de ses compétences et de sa personnalité.

Certes, le certificat aurait pu détailler plus exactement les tâches dévolues à l'appelant, ainsi que la qualité du travail effectué. Toutefois, la version de remplacement proposée par l'appelant ne précise pas davantage les responsabilités qu'il a dû assumer dans le cadre de son travail. Il y a également lieu de relever que le travailleur ne peut exiger la rectification de son certificat de travail par les juges, qu'après avoir essayé un refus de son employeur de procéder aux modifications demandées. Or, il ne semble pas que l'appelant se soit directement

adressé à l'intimée, afin d'obtenir un certificat conforme à ses attentes. En outre, le certificat ne s'écarte pas de la réalité et n'est pas à ce point lacunaire pour justifier sa modification, d'autant plus que la version de remplacement ne serait guère plus éloquente quant à la nature des activités du travailleur. Enfin, l'appelant ayant retrouvé du travail depuis le 1<sup>er</sup> mai 2006, il n'apparaît pas que ledit certificat ait nui d'une quelconque manière à sa recherche d'emploi et que sa correction réponde dès lors à une nécessité absolue.

**9.5.** Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point.

- 10.** L'intimée a excipé de compensation pour un montant de 16'569 fr. 90, correspondant au dommage qu'elle a subi du fait que l'appelant n'avait pas rempli son questionnaire de santé exigé par l'assurance perte de gains pour les personnes dont le salaire annuel excédait 250'000 fr.

**10.1.** Il n'est pas nécessaire de former une demande reconventionnelle, avec les contraintes de procédure que cela entraîne, pour exciper de compensation dans le cadre d'une procédure en justice (SJ 1975, p. 396). La partie qui entend s'en prévaloir peut ainsi le faire en audience, oralement, ou dans le cadre d'écritures responsables. Elle peut également, en cours de procédure, invoquer une déclaration de compensation antérieure au procès.

**10. 2.** Lorsqu'un débiteur et un créancier sont en même temps créancier et débiteur l'un de l'autre, l'art. 120 CO les autorise à compenser leurs dettes avec leurs créances.

La loi pose quatre conditions à la compensation (Engel, Traité des obligations en droit suisse, pp. 452 ss ; Gauch/Schluep/Tercier, *op.cit.*, n. 1969 ss) :

- identité juridique et réciprocité des sujets des obligations : débiteur et créancier de la dette compensée doivent être créancier et débiteur de la dette compensante (art. 120 al. 1<sup>er</sup> CO) ;
- les prestations dues doivent être de même nature, soit principalement des dettes d'argent (art. 120 al. 1<sup>er</sup> CO). En revanche, la loi n'exige pas que les dettes soient du même montant (art. 124 al. 2 CO *a contrario*), qu'elles soient incontestées (art. 120 al. 2 CO), ni qu'elles se trouvent dans une relation de connexité (ATF 63 II 133 = JdT 1937 I 566) ;
- la dette compensée et la dette compensante doivent être exigibles au moment de la compensation (art. 120 al. 1<sup>er</sup> CO) ;
- la compensation n'intervient pas de plein droit ; le débiteur doit l'invoquer par une manifestation de volonté (art. 124 al. 1<sup>er</sup> CO).

La compensation a pour conséquence d'éteindre les deux créances à concurrence du montant le plus faible avec effet rétroactif au moment où les deux créances pouvaient être compensées, soit généralement, dès qu'elles sont devenues exigibles (art. 124 al. 2 CO).

**10.3.** En l'espèce, il est établi que, l'appelant n'ayant jamais rempli son questionnaire santé malgré la requête de son employeur, ce dernier n'a pas été couvert en perte de gain pour l'intégralité du salaire de l'appelant, mais uniquement jusqu'à une valeur limite de 250'000 fr., et que l'intimée a dû payer la différence.

Toutefois, il convient de souligner que Q\_\_\_\_\_, courtier en assurances auprès de l'intimée, a indiqué avoir conseillé à sa personne de contact au sein de la société, R\_\_\_\_\_, de ne pas remplir ledit questionnaire s'il existait une potentialité de graves problèmes de santé, dans la mesure où la couverture d'assurance pouvait être entièrement exclue dans un tel cas. Bien qu'il n'ait pas informé à ce propos l'appelant directement, on peut supposer que R\_\_\_\_\_, conformément à ses devoirs de fonction, a transmis l'information à toutes les personnes concernées.

Par conséquent, il y a tout lieu de croire que la décision de l'appelant de ne pas remplir le questionnaire de santé a été largement induite par l'avis du courtier en assurances travaillant pour le compte de l'intimée. Cette dernière doit donc se laisser imputer cette négligence et ne peut l'attribuer à son employé qui n'a fait que suivre les instructions d'un spécialiste en la matière. Si, partant, l'intimée a bien subi un dommage s'élevant à 16'569 fr. 90, celui-ci ne résulte pas d'une violation contractuelle de l'appelant. Dès lors, l'intimée ne peut prétendre avoir une créance à ce titre. Elle ne peut donc pas exciper de compensation, puisque la dette qu'elle entendait compenser est inexistante.

**10.4.** Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

**11.** La Caisse cantonale de chômage \_\_\_\_\_ a déclaré être subrogée dans les droits de l'appelant à concurrence de 54'863 fr. 45, montant correspondant aux indemnités versées à celui-ci de janvier à novembre 2005.

**11.1.** Selon l'art. 29 al. 2 LACI, la caisse de chômage qui opère des versements en faveur d'un chômeur est subrogée dans les droits de celui-ci à concurrence du montant total versé à titre d'indemnités journalières. La caisse de chômage n'est subrogée qu'en ce qui concerne la période d'indemnisation et uniquement pour les créances de nature salariale ou similaire (par exemple, les dommages-intérêts, au sens de l'art. 337c al. 1<sup>er</sup> CO).

**11.2.** Etant donné que le présent arrêt accorde à l'appelant les indemnités auxquelles il aurait eu droit si le plan social 2003 lui avait été appliqué, comme il aurait dû l'être, et que, dans un tel cas, l'appelant n'aurait pu bénéficier des allocations chômage pendant les 13.6 mois suivant son licenciement, il y a lieu d'accorder la subrogation de la Caisse cantonale de chômage \_\_\_\_\_ dans les droits de l'appelant à concurrence de 54'863 fr. 45, plus intérêts à 5% l'an, à compter du 30 juin 2005, date moyenne des prestations effectuées.

**11.3.** Le jugement entrepris sera donc réformé en ce sens.

12. Compte tenu du résultat de l'appel, à savoir que l'appelant obtient gain de cause pour approximativement deux tiers de ses prétentions, l'émolument d'appel perçu, qui reste acquis à l'Etat, sera réparti à raison de 2'800 fr. à sa charge et de 6'000 fr. à la charge de l'intimée, qui devra donc rembourser cette somme à l'appelant.

Par ailleurs, les intérêts en présence - notamment au regard de la valeur litigieuse - la complexité de la cause et l'importance de l'activité déployée à la solution du litige justifient la mise à la charge de l'appelant d'un émolument complémentaire à celui de mise au rôle déjà perçu en vertu de l'art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (art. 24, 25 al. 1, 42A dudit Règlement). Comptent notamment pour la fixation de cet émolument, en sus de ce qui vient d'être relevé, les écritures conséquentes des parties et les nombreuses pièces produites, éléments qui accroissent notablement le travail devant être effectué.

Cet émolument complémentaire, fixé à 6'000 fr., sera réparti à raison d'un tiers à la charge de l'appelant et de deux tiers à la charge de l'intimée.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4 ,

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 8 septembre 2006 rendu en la cause n° C/27439/2004 - 4

Au fond :

- annule ledit jugement ;

Cela fait, statuant à nouveau :

- condamne E\_\_\_\_\_SA à verser à T\_\_\_\_\_ 382'613.55 fr. brut, plus intérêts à 5% l'an, à compter du 31 décembre 2003, sous déduction de la somme de 54'863 fr. 45 due à la Caisse cantonale de chômage \_\_\_\_\_ en vertu de sa subrogation dans les droits de T\_\_\_\_\_, laquelle porte intérêts à 5% l'an, à compter du 30 juin 2005;
- dit que l'émolument d'appel versé par T\_\_\_\_\_ reste acquis à l'Etat;
- condamne E\_\_\_\_\_SA à rembourser 6'000 fr. à T\_\_\_\_\_;
- condamne les parties au paiement d'un émolument complémentaire de 6'000 fr. en faveur de l'Etat, à concurrence de 2'000 fr. à la charge de T\_\_\_\_\_ et de 4'000 fr. à la charge de E\_\_\_\_\_SA. ;
- déboute les parties de toute autre conclusion ;
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;

La greffière de juridiction

Le président