



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**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 8 avril 2008

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 demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 7 décembre 2004, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ SA en paiement des sommes de 706'065 fr. 40 nets et 80'631 fr. 75 bruts. Il alléguait en substance que son licenciement avait été dicté par des impératifs essentiellement économiques et décidé dès novembre 2003, mais donné après l'expiration du plan social 2003, pour éviter le paiement d'une indemnité, de sorte qu'en vertu des principes de l'égalité de traitement et de la bonne foi, il réclamait l'application du plan social à son cas; en outre, le procédé de la défenderesse violant l'interdiction de l'abus de droit, son licenciement devait être qualifié d'abusif; il exigeait également une indemnité pour tort moral, dans la mesure où les circonstances entourant son licenciement l'avaient plongé dans une profonde dépression; s'agissant de ses problèmes de santé, il disait avoir consulté deux spécialistes pour des causes distinctes ouvrant chacune une période de protection propre; sur cette base, il réclamait ses salaires de novembre et décembre 2004, ainsi qu'une indemnité pour vacances non prises en nature; il demandait enfin le remboursement de ses frais de fiduciaire, ainsi qu'un nouveau certificat de travail.

Le 10 novembre 2006, la Caisse cantonale genevoise de chômage a déclaré intervenir à la procédure en vertu de sa subrogation légale dans les droits du demandeur pour une somme totale de 54'863 fr. 45 correspondant aux indemnités versées à celui-ci de janvier à novembre 2005.

- B.** Par jugement rendu le 7 août 2006, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 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, déboutant pour le surplus les parties de toutes autres conclusions.
- C.** Saisie par T\_\_\_\_\_ et statuant par arrêt du 14 mars 2007, la Cour de céans a annulé le jugement susvisé et condamné E\_\_\_\_\_ à lui verser 382'613 fr. 55 bruts (indemnité de 13.6 mois de salaire à titre d'application du plan social 2003) avec intérêt à 5 % dès le 31 décembre 2003, sous déduction de la somme de 54'863 fr. 45 due à l'intervenante, avec intérêt à 5 % l'an dès le

30 juin 2005. Au contraire du Tribunal des prud'hommes, elle a considéré que les motifs économiques de licenciement devaient à l'évidence être considérés comme prépondérants; en outre, E\_\_\_\_\_ avait indûment attendu l'expiration du plan social pour se séparer de T\_\_\_\_\_; par conséquent, il y avait lieu d'accorder à ce dernier les indemnités auxquelles il aurait eu droit si le plan social lui avait été appliqué; le licenciement revêtait un caractère abusif résultant de la manière dont E\_\_\_\_\_ avait exercé son droit de donner le congé, mais ne donnait toutefois pas lieu à l'allocation d'une indemnité fondée sur l'art 336a CO, dont la double finalité avait déjà été atteinte par le biais du versement de l'indemnité découlant du plan social; T\_\_\_\_\_ n'avait pas démontré avoir été victime d'une atteinte suffisamment grave pour justifier une indemnité pour tort moral en supplément de celle octroyée par le plan social; il y avait lieu de considérer sa seconde incapacité de travail comme la suite de la première, n'ouvrant pas la voie à une seconde période de protection; il convenait de réformer le jugement de première instance en ce sens que T\_\_\_\_\_ ne pouvait prétendre à aucune indemnité pour vacances non prises, dès lors qu'il avait pu prendre ses jours pendant le délai de congé; il n'y avait aucune raison pour que les frais de fiduciaire résultant d'une démarche volontaire du demandeur soient imputée à la défenderesse; enfin, il n'y avait pas lieu d'ordonner la rectification du certificat de travail du demandeur.

- D.** a) Tant E\_\_\_\_\_ que T\_\_\_\_\_ se sont pourvus au Tribunal fédéral contre cette décision.

Par arrêt du 13 septembre 2007, le Tribunal fédéral a partiellement admis les deux recours et renvoyé la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue dans le sens des considérants.

Le Tribunal fédéral a notamment considéré que la Cour avait négligé de discuter la question du rapport entre le salaire annuel brut précédemment versé à T\_\_\_\_\_, soit 337'600 fr. 20 (28'133 fr. 35 x 12), et celui pour lequel A\_\_\_\_\_ avait été réengagée en remplacement, soit 306'000 fr. représentant une diminution de la masse salariale à première vue très modeste, ce qui était un argument sérieux permettant de mettre en doute la qualification du

licenciement querellé comme économique. En ne discutant pas cette question, la Cour avait omis de prendre en compte un élément de preuve susceptible de modifier sa décision, procédant ainsi à une appréciation arbitraire des preuves. Le renvoi de la cause sur ce point, pour nouvel examen de la situation et nouvelle décision dans le sens des considérants, dispensait le Tribunal fédéral de se pencher sur la question de la réalisation de la troisième condition d'application du plan social, dont l'examen s'avérerait superflu si les juges cantonaux parvenaient en définitive à la conclusion que les motifs de licenciement de T\_\_\_\_\_ n'étaient pas économiques. Il en allait de même de la question du caractère abusif du licenciement, dont l'appréciation devait dépendre du motif de congé finalement retenu (consid. 4.2.3.5 et 4.3). La Cour avait également commis une erreur en n'allouant pas à T\_\_\_\_\_ ses vacances et en admettant trop largement la subrogation de la caisse de chômage. En revanche, la date de fin des rapports de travail était définitivement arrêtée au 31 octobre 2004 et le certificat de travail délivré était admissible.

**b)** Répondant, sur injonction de la Cour, aux questions restées en suspens après la décision de renvoi du Tribunal fédéral, T\_\_\_\_\_ relève que la caisse de chômage a admis le calcul de subrogation qu'il proposait et persisté à prétendre que son droit aux vacances s'élevait à 29,15 jours. S'agissant de l'application du plan social, il considère qu'E\_\_\_\_\_ SA, en le licenciant en dehors de l'application de ce plan et en réengageant A\_\_\_\_\_, qui devait en bénéficier, économisait en réalité environ 900'000 fr., en tenant compte notamment des bonus contractuels et des charges sociales. Ainsi, la seconde condition d'application du plan était réalisée et le licenciement était abusif, de sorte qu'il avait bien droit à la somme arrêtée par la Cour dans son arrêt du 14 mars 2007. En raison également du caractère abusif du licenciement, T\_\_\_\_\_ avait aussi droit à une indemnité que le plan social ne pouvait satisfaire. Il sollicitait pour ce poste un montant net de 56'266 fr. 70 net correspondant à deux mois de salaire. Enfin, la solution nouvelle devait entraîner une modification de la répartition des dépens.

**c)** E\_\_\_\_\_ SA considère, pour sa part, que le salaire de T\_\_\_\_\_ correspondait à 255 fr. près à celui de A\_\_\_\_\_, de sorte qu'elle n'avait

réalisé aucune économie en le licenciant, ce qui entraînait l'inapplicabilité du plan social et l'absence de licenciement abusif. S'agissant des vacances, E\_\_\_\_\_ SA rappelle qu'elle avait admis le paiement de 27,5 jours en faveur de T\_\_\_\_\_. Elle ne se prononce pas au sujet du droit de subrogation de la caisse de chômage.

**E.** Au regard des conclusions prises sur retour du dossier du Tribunal fédéral, les éléments pertinents suivants seront retenus, étant précisé que l'état de faits ci-après reprend pour l'essentiel celui de la Cour du 14 mars 2007, légèrement modifié au regard des critiques soulevées et des faits définitivement acquis, soit la date de fin des rapports de travail, l'établissement du certificat de travail, la réparation du tort moral et les frais de fiduciaire:

**a)** Par contrat signé le 9 décembre 1996, T\_\_\_\_\_, né le 5 janvier 1952, a été engagé auprès de E\_\_\_\_\_ SA en tant que directeur financier pour l'international, avec un salaire annuel de 264'000 fr. Auparavant, T\_\_\_\_\_ avait travaillé pour E\_\_\_\_\_ Europe GmbH du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 31 octobre 1996.

E\_\_\_\_\_ SA est une société anonyme dont le siège est à Lancy. Elle est aussi le siège européen d'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. B\_\_\_\_\_ 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.

Toutefois, 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 n° 2 dans le groupe pour l'Europe. Son salaire annuel brut s'est alors élevé à 324'000 fr., et son droit annuel aux vacances fut arrêté à 25

jours. Il devait en plus bénéficier d'un bonus de 20% et il disposait d'une voiture de fonction haut de gamme (BMW 540i ou équivalent - cf. pce 5 appellant).

Le dernier salaire mensuel brut versé s'est élevé à 28'133 fr. 35, sans la participation au bonus.

Dès 2001, en tant que directeur, T\_\_\_\_\_ a assumé la fonction d'organe au sein de plusieurs sociétés du groupe, telles que E\_\_\_\_\_ Sàrl, E\_\_\_\_\_ Overseas BV, E\_\_\_\_\_ GmbH, E\_\_\_\_\_ SA et C\_\_\_\_\_ SA. Par contrat du 25 août 2003, T\_\_\_\_\_ a été nommé Directeur général administratif, subordonné à B\_\_\_\_\_, Directrice et Vice-présidente pour les régions Europe, Moyen-Orient et Asie. Il ressort par ailleurs des lettres de démission que T\_\_\_\_\_ a dû signer à la suite de son licenciement survenu au début 2004 qu'il était engagé dans douze sociétés du groupe (cf. pce 56 appellant). A ce titre, il n'est pas contesté qu'il voyageait fréquemment.

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 des 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, D\_\_\_\_\_, lui-même touché par la restructuration. Pour éviter tout conflit d'intérêts, E\_\_\_\_\_ SA avait 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 D\_\_\_\_, n'était concerné par la restructuration.

**d)** Aux termes de l'évaluation de ses performances pour l'année 2002, effectuée par B\_\_\_\_, 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, impliquée 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 et qui devait concerner 31 personnes travaillant à temps plein en Europe.

Ce plan social a été élaboré dès juin 2003 par T\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, sur la base du plan social 2001 et d'une étude comparative effectuée par F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, 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 notamment 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.

Ce plan se différençait 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 d'B\_\_\_\_\_ 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 dont le salaire s'établissait entre 300'000 et 350'000 fr., âgée 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 deux ans de plus, pouvait prétendre à 16 mois de salaire. Par contre, le plan, toujours dans sa version finale, omettait de prendre en compte la classe d'âge intermédiaire, soit celle des employés de cinquante et un ans. 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'B\_\_\_\_.

Retenue pour des raisons familiales, cette dernière l'a chargé de se coordonner directement avec H\_\_\_\_, 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 courriel à H\_\_\_\_, avec copie à B\_\_\_\_, 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, B\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_ qu'H\_\_\_\_, pour E\_\_\_\_ Corporation, avait donné son accord formel à la mise en œuvre du plan social tel que présenté dans sa version finale.

Par courriel du 23 juillet 2003, T\_\_\_\_ a adressé à H\_\_\_\_, avec copie à B\_\_\_\_, la liste des employés susceptibles d'être licenciés.

Répondant le surlendemain, H\_\_\_\_ a remercié T\_\_\_\_ pour le travail accompli et lui a demandé une liste réactualisée des employés d'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)** Le plan finalisé en juillet 2003 prévoyait 38 licenciements pour une réduction de la masse salariale de l'ordre de 3,9 millions US\$. La majorité des résiliations a été annoncée fin août - début septembre 2003.

**i)** A\_\_\_\_, née le 11 octobre 1955, responsable des services "Informatique" et "Relation avec la clientèle", a été licenciée en août 2003, dans le cadre de

cette restructuration (cf. témoin I\_\_\_\_\_, pv du 17.05.06, p. 5), alors qu'elle travaillait au service d'E\_\_\_\_\_ depuis 1997. Il était prévu qu'elle reste en place jusqu'au 31 décembre 2003 (cf. pce 73 appelant). 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). Elle a été réengagée au moment de l'annonce du départ de T\_\_\_\_\_ (cf. témoin B\_\_\_\_\_, pv du 26.10.05, p. 4).

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

**k)** Par courriel du 26 octobre 2003, soit plus de trois mois après l'élaboration du plan social, B\_\_\_\_\_ a reproché à T\_\_\_\_\_ de ne pas s'être coordonné avec H\_\_\_\_\_ 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. Devant les premiers juges, B\_\_\_\_\_ a expliqué les raisons d'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 B\_\_\_\_\_ que les détails du plan social 2003 avaient été envoyés à H\_\_\_\_\_ et qu'aucune objection n'avait alors été soulevée. Deux jours plus tard, B\_\_\_\_\_ 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, par courriel du dimanche 2 novembre 2003 à 22 heures 08. Il

soulignait à nouveau que la conception et l'évolution du plan avaient été transparentes et régulièrement discutées avec toutes les parties intéressées. Il mentionnait également les différences qui étaient apparues entre le plan social de 2001 et celui de 2003. A ce titre, il relevait notamment que le plan précédent s'adressait à un public différent, dans la mesure notamment où il n'y avait que trois employés âgés de plus de 50 ans et aucun directeur en 2001, alors que les quinquagénaires étaient au nombre de 8 en 2003 et les directeurs au nombre de 3. Enfin, en 2001, il n'y avait que trois pays concernés alors que le plan de 2003 était censé s'appliquer à tous les pays.

D) Le 10 novembre 2003, T\_\_\_\_\_ a reçu un avertissement écrit d'B\_\_\_\_\_, daté du 6 novembre 2003, 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 H\_\_\_\_\_ 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 B\_\_\_\_\_ que le plan social 2003 « reflète la structure actuelle des employés de la société », et que l'âge était 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, B\_\_\_\_\_, 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 courriel du 7 janvier 2004, B\_\_\_\_\_ a convié les cadres d'E\_\_\_\_\_ SA, dont T\_\_\_\_\_, à un séjour festif à la montagne prévu du 20 janvier au soir au 22 janvier 2004, vers 15h30 - 16h00.

**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, B\_\_\_\_\_ 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 d'H\_\_\_\_\_ par "*conference call*", B\_\_\_\_\_ 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 témoin à ses successeurs.

Les fonctions de T\_\_\_\_\_ ont alors été réparties entre trois personnes. A\_\_\_\_\_ 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 ("*Il est exact de dire que Madame B\_\_\_\_\_ a été réengagée suite au départ de Monsieur T\_\_\_\_\_.* Elle a repris les fonctions liées à la logistique. Les autres fonctions qu'occupait Monsieur T\_\_\_\_\_ ont été reprises par d'autres personnes." cf. témoin I\_\_\_\_\_, pv du 17.05.06, p. 5). A\_\_\_\_\_ prenait également en charge la sous-traitance du processus informatique; son salaire était fixé à 306'000 fr. par an. Quant à la responsabilité du Département juridique, elle était désormais confiée à J\_\_\_\_\_, tandis qu'B\_\_\_\_\_ prenait la tête des Ressources humaines. Il n'est pas allégué que ces deux personnes auraient connu une modification de leur rémunération du fait de ces affectations supplémentaires.

**o)** Le 16 janvier 2004, B\_\_\_\_\_ a envoyé un courriel 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 K\_\_\_\_\_ de 2003;
- il n'avait pas résolu les problèmes liés au nouveau partenaire outsourcing L\_\_\_\_\_, 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 les précisions suivantes 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 effectuées tardivement le 12 décembre 2003, c'est M\_\_\_\_\_, assistante de T\_\_\_\_\_ puis d'B\_\_\_\_\_ 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 N\_\_\_\_\_ 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'offres, 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 O\_\_\_\_\_, 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, B\_\_\_\_\_ n'a pas évoqué ce dossier quand elle a été invitée à s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement de T\_\_\_\_\_.

Durant le second semestre de 2003, E\_\_\_\_\_ SA a soudainement eu à souffrir des mauvaises prestations de K\_\_\_\_\_, son partenaire logistique,

alors que, pendant des années, cette société néerlandaise n'avait posé aucun problème. Ce manque de performances de K\_\_\_\_\_ a été suffisamment important pour peser sur la réalisation du chiffre d'affaires d'E\_\_\_\_\_ SA. T\_\_\_\_\_ a réagi assez rapidement en faisant pression sur K\_\_\_\_\_, 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 K\_\_\_\_\_ a été prise de manière consensuelle, entre B\_\_\_\_\_ et la direction mondiale.

La collaboration avec L\_\_\_\_\_, partenaire externe pour les services informatiques d'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 P\_\_\_\_\_, manager informatique et subordonnée de T\_\_\_\_\_, qui était responsable du dossier L\_\_\_\_\_; 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 B\_\_\_\_\_, du fait qu'elle pouvait prendre les décisions nécessaires. Le problème a été résolu le 12 janvier 2004, après l'intervention d'B\_\_\_\_\_. L\_\_\_\_\_ est encore partenaire d'E\_\_\_\_\_ SA à ce jour, alors que P\_\_\_\_\_ 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, B\_\_\_\_\_ 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 moins d'une semaine, pendant laquelle B\_\_\_\_\_ 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 B\_\_\_\_\_ 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 avantage. 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) Compte tenu des incapacités de travail de T\_\_\_\_\_, son contrat a pris fin le 31 octobre 2004.

u) 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 une seule personne.

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 A\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_, qui ont toutes bénéficié du plan social 2005.

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

B\_\_\_\_\_ 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.

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

### **EN DROIT**

1. Il n'y a pas lieu de revenir sur la validité de l'appel, déjà admise par arrêt du 14 mars 2007.
2. Les condamnations prononcées par jugement du Tribunal, arrêts de la Cour et du Tribunal fédéral dont il n'a pas été fait appel, ou dont l'appel a été écarté, qu'il fut jugé non fondé ou irrecevable, sont définitives et n'ont donc pas à être reprises dans la présente décision. Il n'en sera par conséquent pas fait mention dans le dispositif ci-après, étant précisé que les montants dus par subrogation à la Caisse cantonale de chômage sont définitivement

arrêtés à 41'764 fr. 40, selon accord de cette dernière, de sorte que cette question, dont le Tribunal fédéral avait sollicité le réexamen, n'a plus à être débattue ci-après.

3. En cas de renvoi d'une cause par le Tribunal fédéral à la juridiction cantonale, l'instance à laquelle la procédure est renvoyée est liée par le dispositif, les considérants en droit et les instructions données par la juridiction fédérale. Le juge auquel la cause est renvoyée est non seulement lié par ce qui a été déjà tranché définitivement par le Tribunal fédéral, mais également par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui pour autant qu'elles n'aient pas été rectifiées en raison d'une inadvertance manifeste (ATF 131 III 91 consid 5.2; 104 IV 276 consid. 3, JdT 1980 IV p. 62; ATF 104 IV 276 consid. 3, JdT 1980 IV p. 62).

L'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée peut tenir compte de nouveaux allégués en tant que la procédure civile cantonale le permet (art. 66 al. 1 OJ, ATF 116 II 220 consid. 4a, JdT 1993 I p. 322).

A Genève, ce sont les règles évoquées à l'art. 312 LPC qui s'appliquent après le retour de la cause, par renvoi de la LJP.

4. La question des montants dus à la Caisse de chômage en raison de sa subrogation ayant été résolue, la Cour doit encore se pencher sur l'application du plan social à l'appelant et sur l'examen du caractère abusif du licenciement et ses conséquences. Enfin, elle devra examiner le nombre de jours de vacances devant être payés à l'appelant.
  - 4.1 S'agissant du plan social, le passage topique de l'arrêt du Tribunal fédéral que la Cour doit prendre en considération pour statuer à nouveau est le suivant,:

*"Examinant les éléments corroborant la thèse selon laquelle le licenciement litigieux reposerait sur des motifs essentiellement économiques, la cour cantonale a notamment retenu que les fonctions du demandeur avaient été réparties entre trois personnes suite à son licenciement; en particulier,*

*A\_\_\_\_\_, qui avait été licenciée dans le cadre de la restructuration intervenue en 2003, avait été rappelée pour prendre la tête de la « relation avec la clientèle » et de la « chaîne des fournisseurs ». Les précédents juges ont toutefois négligé de discuter la question du rapport entre le salaire annuel brut précédemment versé au demandeur, par (28'133 fr. 35 x 12 =) 337'600 fr. 20, et celui pour lequel A\_\_\_\_\_ avait été réengagée, dont il résulte effectivement du dossier qu'il s'élevait à 306'000 fr. Le fait que la diminution de la masse salariale ainsi obtenue apparaisse, à première vue, très modeste, est un argument sérieux permettant de mettre en doute la qualification du licenciement du demandeur comme économique. En tout état, la cour cantonale se devait de discuter cette question. En ne le faisant pas, elle a omis de prendre en compte un élément de preuve susceptible de modifier la décision attaquée, procédant ainsi à une appréciation arbitraire des preuves. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué doit être annulé sur ce point et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvel examen de la situation et nouvelle décision dans le sens des considérants."*

Ce passage fait suite à l'analyse par le Tribunal fédéral de différentes critiques de l'intimée, portant notamment sur l'appréciation par la Cour des témoignages recueillis, critiques qui furent écartées. En conséquence, les développements de l'arrêt de la Cour du 14 mars 2007 doivent être admis comme définitifs et doivent être repris sans modifications. Dès lors, par souci de simplification et en considération du fait que les principes juridiques posés par la Cour n'ont pas été contestés, les chiffres **3.1.** et suivants dudit arrêt (pp. 15 à 20) seront reproduits ci-après, jusqu'au passage qui doit être revu :

*"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 (Wylser, 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 (Wylér, 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; Wylér, 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 (Wylér, 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 E\_\_\_\_\_ Sarl, 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 d'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 collectif, mais ne saurait être pris en compte, même à titre indiciel, 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 Massenentlassungen, 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.; Staehelin, 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, pleinement 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 B\_\_\_\_ 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 A\_\_\_\_\_ 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, B\_\_\_\_\_.*

*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 relevantes, 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. Etant 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 servie 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 effectuée tardivement le 12 décembre 2003, il semble difficile de tenir pour responsable l'appelant, alors directeur administratif, soit n°2 d'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 K\_\_\_\_\_, 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 B\_\_\_\_\_ 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 corresponsable 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 L\_\_\_\_\_, 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 P\_\_\_\_\_, 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 les plus mal fondées. En effet, il ressort des courriers électroniques entre l'appelant d'une part, et H\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ 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 H\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ 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 D\_\_\_\_\_. 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.*

*Finally, 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 L\_\_\_\_\_ et, enfin, la transmission tardive à quatre 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 d'B\_\_\_\_\_, 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 n° 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 B\_\_\_\_\_ en octobre, à son retour des USA, où s'était tenue une réunion de la Direction générale d'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, B\_\_\_\_\_ 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 d'H\_\_\_\_\_, 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 d'B\_\_\_\_\_ 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, A\_\_\_\_\_ étant rappelée pour prendre la tête de la "Relation avec la clientèle" et de la "Chaîne des fournisseurs", tandis que J\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ 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."*

**4.2** Cela étant, il convient d'examiner, autant que faire se peut, et se doit, les conséquences financières directes du départ de l'appelant. Ces conséquences doivent notamment être appréciées globalement, par rapport à la finalité du plan social, qui était de réduire la masse salariale globale de l'intimée. Or, en licenciant en définitive T\_\_\_\_\_ en lieu et place de A\_\_\_\_\_, l'intimée parvenait effectivement à réduire la masse en question dans les proportions voulues lors de l'élaboration dudit plan. En ce sens, il s'agit bien d'un licenciement touchant à la fois aux motifs économiques et de restructuration et entrant dans le plan social défini en juillet 2003. Peu importe en effet l'identité des personnes concernées. Il s'agissait, compte tenu des difficultés que traversait le groupe E\_\_\_\_\_, de procéder à une restructuration importante impliquant une baisse drastique de la masse salariale. Or, A\_\_\_\_\_ était comprise dans le plan social et avait reçu son licenciement, de sorte que son cas entraînait manifestement dans la réalisation des objectifs que l'intimée cherchait à atteindre par son plan. Celle-ci, pour des raisons dont il sera débattu ci-après, a considéré, dès le 26 octobre 2003, que T\_\_\_\_\_ avait failli à sa tâche, et l'intimée laissait entendre qu'elle souhaitait sa mise à l'écart, mais qu'elle ne pouvait le faire en raison des avantages que procurait à cet employé le plan social. Elle lui a en effet clairement reproché d'avoir mis sur pied un plan social qui le favorisait. C'est bien là la démonstration du fait que l'intimée considérait elle-même que le départ de l'appelant devait intervenir et que son cas entraînait manifestement dans le plan social, ce dont elle ne voulait pas, pour des raisons économique-subjectives, trouvant à son goût l'application dudit plan à l'appelant trop favorable, ce d'autant qu'il en avait déterminé les contours. L'intimée s'est dès lors contentée de lui adresser un avertissement écrit, le 10 novembre 2003, qui préfigurait potentiellement une séparation, étant observé que les motifs de cet avertissement n'étaient pas fondés, comme cela a été relevé ci-dessus. L'intimée a eu ensuite l'occasion de dire, par son N° 1 européen, B\_\_\_\_\_ 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" (cf. ad r) supra). La décision de licencier l'appelant aurait donc été prise en moins d'une semaine, au siège mondial d'E\_\_\_\_\_ Corporation, pour des motifs qui seraient nés après le 7 janvier 2004, puisqu'il n'en existait pas avant, mais avant le jour de sa notification survenue le 14 janvier, soit dans un délai de six jours au cours desquels aucune activité spécifique de l'appelant n'a été mise en évidence, a fortiori aucun manquement à ses obligations. Il est dans ce contexte particulièrement étonnant que l'intimée, alors qu'elle reconnaît elle-même l'absence de motifs inhérents à la personnalité de l'appelant, décide néanmoins, les tous premiers jours ouvrables faisant suite à l'échéance du plan social, de signifier à un employé susceptible d'en bénéficier, son licenciement, et de "réengager" une employée qui, de fait, n'avait pratiquement jamais cessé ses activités à son service. En agissant ainsi, comme cela a déjà été observé, l'intimée diminuait sa masse salariale, dans la mesure arrêtée en juillet 2003, et évitait qu'un bénéficiaire potentiel important du plan puisse en profiter. Dans ce sens, il s'agissait réellement d'un licenciement économique. C'est également de ce point de vue qu'il y a lieu de considérer la différence de gain réalisée par l'intimée du fait de ce départ, en comparaison avec le réengagement de A\_\_\_\_\_. L'économie réalisée est, certes, peu importante, pouvant être évaluée, objectivement et prima facie, à 30'000 fr. Toutefois, ce montant est nécessairement plus élevé, en ce sens qu'il faut lui ajouter des charges sociales inférieures et, vraisemblablement, des avantages annexes également moins importants pour A\_\_\_\_\_ que pour l'appelant, affectant notamment les frais de déplacement ou de représentation, ainsi que les bonus. Au surplus, en maintenant le contrat de A\_\_\_\_\_, l'intimée économisait le bénéfice que cette employée devait retirer de l'application du plan social, compte tenu de son âge (49 ans) et de ses années de services (dès 1997 au service de l'intimée), soit plusieurs dizaines de milliers de francs, et, en licenciant l'appelant immédiatement après l'échéance du plan social, elle économisait également ce qu'elle aurait dû lui verser quelques jours plus tôt. En conséquence, si l'on met ces constats en perspective avec le point **3.3.3.** ci-dessus, à savoir que les motifs se définissent comme non inhérents à la personne du salarié, mais

à des raisons liées à l'entreprise, on constate que l'intimée a décidé de sortir un salaire important de son organisation, sans motif valable lié à la personne de cet employé, pour le remplacer par un autre, d'envergure légèrement moindre, tout en lui permettant de respecter les objectifs de réduction de la masse salariale définis en juillet 2003 et en réduisant substantiellement les indemnités liées à l'application du plan social.

Les circonstances ayant fait que ce licenciement serait trop onéreux s'il était réalisé durant le temps du plan social, l'intimée a différé de quelques jours l'annonce de ce départ, en adoptant à cette occasion une attitude faite de duplicité. On en veut encore pour preuve le fait que l'intimée a adressé à l'appelant des reproches infondés et tardifs, contraires à sa propre implication dans le dossier relatif au plan social (contacts avec H\_\_\_\_, approbation de cette dernière, en juin et juillet 2003 de l'activité de l'appelant, prétendus défauts de communication alors que ce domaine était de la compétence d'B\_\_\_\_) pour faire croire à l'existence de motifs inhérents à sa personne, alors que ce départ procédait de la restructuration voulue. La Cour persiste donc à considérer que la seconde condition liée à l'application du plan social à l'appelant est réalisée, étant encore observé que l'intimée savait, du fait de l'expérience acquise lors de l'élaboration du plan de 2001 (cf. ad c) supra), que l'auteur dudit plan pouvait en définitive en être un des destinataires, et qu'il lui appartenait donc de se prémunir vis-à-vis de l'appelant, comme elle l'avait fait en 2001 avec son prédécesseur, ce qu'elle n'a volontairement pas fait, en lui répétant en juin et juillet 2003 qu'il ne serait pas concerné par le plan qu'il élaborait. Le fait qu'elle ait changé d'avis ultérieurement ne saurait dès lors priver l'employé de ses droits.

- 4.3** La troisième condition, d'ordre temporel, n'a pas été examinée par le Tribunal fédéral, puisqu'elle était subséquente à l'analyse de la seconde, dont la motivation devait être reprise. Dans la mesure où la présente décision, après avoir comblé la carence de motivation dénoncée, arrive à la même conclusion qu'en mars 2007, il n'y a aucune raison objective pour que la motivation d'alors soit modifiée. En conséquence, l'argumentation développée lors de la précédente décision, s'agissant de cette condition temporelle, sera reprise ci-après, étant précisé que la nature du présent litige

impose d'examiner cette condition en même temps que celles liées au licenciement abusif :

*"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 (Staehelin/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.** *[(...) la motivation d'alors de l'appelant, fondée 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, qui a été écartée par la Cour dans son arrêt du 14 mars 2007, n'a pas été reprise par celui-ci, de sorte que les motifs développés à cette occasion n'ont pas à être repris]*

**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 une 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 éventuellement due à l'appelant, après avoir analysé les conséquences du licenciement abusif sur l'application du plan social."*

Le caractère abusif du licenciement retenu ci-dessus implique nécessairement l'admission du fait que l'intimée a agi ainsi pour éviter maladroitement l'échéance du plan social. En conséquence de cet abus, il y a lieu de retenir qu'elle a obvié à cette condition temporelle de telle manière que son comportement doit lui être opposé et que ladite condition du licenciement dans le cadre du plan social doit être considérée comme réalisée.

Ainsi, l'appelant a-t-il donc droit à l'application du plan social en sa faveur.

Etant donné qu'il avait 51 ans, 7 ans d'ancienneté et un salaire de 324'000 fr., au moment de l'application du plan social 2003, son droit s'élève à un total de 34 points (10 + 12 + 12) qui représente une indemnité correspondant à 13.6 mois de salaire (34/2.5), chiffre qu'il ne conteste désormais plus et qu'B\_\_\_\_\_ avait elle-même retenu lorsqu'elle appliquait théoriquement le plan social à l'appelant, dans son e-mail du 26 octobre 2003, et qui lui permet de prétendre au paiement de 382'613.55 fr. Le jugement entrepris doit être réformé en ce sens.

Il convient cela étant d'examiner si l'appelant a droit en sus à une indemnité en application de l'art. 336a CO. Là également, le Tribunal fédéral ne s'étant pas penché sur cette question, la Cour ne voit pas de raison d'adopter aujourd'hui un raisonnement différent de celui qu'elle avait appliqué au cas d'espèce un an plus tôt. Aussi reprendra-t-elle ses considérants d'alors :

*"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 condamnée 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)".*

Statuer différemment reviendrait à offrir à l'appelant un double bénéfice de l'abus commis par son adverse partie, ce qui serait à son tour constitutif d'abus.

5. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a retourné la cause à la Cour pour fixer l'étendue du droit aux vacances de l'appelant, sans se prononcer lui-même sur cette question. Selon l'intimée, qui ne conteste pas ce droit, l'appelant devrait bénéficier de 27,5 jours, alors que son ancien employé sollicite le paiement de 29,15 jours.
  - 5.1 L'art. 329b CO prévoit qu'en cas d'empêchement fautif de travailler, l'employeur peut, au cours de chaque année de service, réduire le droit aux vacances d'un douzième par mois complet d'absence (al. 1). 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). 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 ; Wyler, op. cit., pp. 258 s.).
  - 5.2 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, non contesté, s'élève 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, compte tenu d'un délai de grâce d'un mois, d'une réduction de 5/12, son droit aux vacances doit se calculer ainsi : 10/12 de 25 jours, soit 20,83 jours, auxquels s'applique le taux de 5/12 (0,416), ce qui donne une réduction de 8,66 jours et un total de 12,17 jours). Ainsi, son droit aux vacances correspond au total à 29.17 jours, soit 37'731 fr. (28'133.35 / 21.75 x 27.5).

6. Compte tenu du résultat de l'appel, après renvoi du Tribunal fédéral, à savoir que l'appelant obtient gain de cause pour un peu plus de la moitié de ses prétentions, l'émolument d'appel perçu, qui reste acquis à l'Etat, sera réparti à raison de 4'400 fr. à charge de chaque partie, de sorte que l'intimée devra 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 de moitié à charge de chaque partie.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **Statuant sur renvoi du Tribunal fédéral :**

#### **Au fond :**

Condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 382'613 fr. 55, plus intérêts à 5% dès le 31 octobre 2004, sous déduction de la somme de 41'764 fr. 40 due à la Caisse cantonale genevoise 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 ;

Condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 37'731 fr., plus intérêts à 5% dès le 31 octobre 2004 ;

Condamne T\_\_\_\_\_ au paiement d'un émolument complémentaire de 3'000 fr ;

Condamne E\_\_\_\_\_ SA au paiement d'un émolument complémentaire de 3'000 fr ;

Dit que l'émolument d'introduction de l'appel versé par T\_\_\_\_\_ reste acquis à l'Etat et condamne E\_\_\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ 4'400 fr. à titre de remboursement de la moitié dudit émolument ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions sur renvoi.

La greffière de juridiction

Le président