



R_____ AG

Dom.élu: Me THEVENAZ Alain
Rue du Grand-Chêne 5
Case postale 6852
1002 Lausanne

F_____

Dom.élu: Me FENIELLO Lucien
Rue Sénebier 20
Case postale 166
1211 Genève 12

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 19 août 2011

M. Pierre CURTIN, président

M. Pierre-Jean BOSSON, juge employeur

Mme Monique LENOIR, juge salariée

M. Didier PERRUCHOUD, greffier d'audience

FAITS

- A. a)** Par acte expédié le 15 octobre 2010 au greffe de la Cour de justice, R_____ AG (ci-après R_____) appelle d'un jugement rendu le 13 septembre 2010, reçu par elle le 16 septembre suivant, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, faisant partiellement droit à la demande de F_____, l'a condamnée à payer la somme de 67'604 fr. 60 avec intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2009.

En appel, R_____ conclut principalement au déboutement de F_____ de ses conclusions, sans toutefois requérir formellement l'annulation du jugement précité, avec suite de dépens. Subsidiairement, elle requiert que la somme qu'elle a été condamnée à payer soit ramenée à 16'254 fr. 10.

En réponse, F_____ sollicite que l'acte d'appel de sa partie adverse soit déclaré nul, subsidiairement irrecevable. Plus subsidiairement encore, il requiert que R_____ soit déboutée de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

b) Par acte expédié au greffe de la Cour le 23 décembre 2010, F_____ forme appel incident contre le jugement précité. Il conclut à la confirmation de la décision entreprise en tant qu'elle a constaté le caractère abusif de son licenciement et, cela fait, à ce que R_____ soit condamnée à lui verser la somme de 128'023 fr. 70 avec intérêts, sous suite de dépens.

R_____ propose le rejet de l'appel incident.

c) A l'issue de l'audience de comparution personnelle qui s'est tenue le 7 juin 2011 devant la Cour d'appel des Prud'hommes, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

- B.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure:

a) Antérieurement au contrat de travail faisant l'objet du présent litige, F_____ a été employé par D_____ HOLDINGS SA (ci-après D_____), société radiée du Registre du commerce le 26 septembre 2007.

A la suite de plusieurs fusions successives, les actifs et passifs de D_____ ont été repris par R_____, société anonyme zurichoise active notamment dans la distribution, le *leasing*, la location ainsi que l'installation, la réparation et l'entretien d'équipements de bureau.

Depuis le 20 mars 2006, R_____ et F_____ sont en litige devant la Cour civile du canton de Vaud au sujet de prétentions de droit du travail émises par chacune d'elles sur la base du contrat ayant lié F_____ et D_____.

b) Par contrat de travail écrit du 14 juillet 2005, F_____ a été engagé par I_____ SARL (ci-après I_____) en qualité de "*National Senior Sales Executive*", avec effet au 1^{er} novembre suivant. Cette société genevoise - qui avait notamment pour but social la vente, la location, la fourniture et le service de photocopieurs, télécopieurs et autres équipements de bureau - a été radiée du Registre du commerce le 28 septembre 2009, à la suite d'une fusion avec R_____, laquelle a repris les actifs et les passifs d'I_____ envers les tiers.

Aux termes du contrat de travail précité, le délai de congé convenu était d'un mois après la période d'essai.

La rémunération de F_____ se composait d'un salaire annuel brut de base de 99'000 fr., équivalant à 8'250 fr. par mois, ainsi que d'une part dite variable, fixée pour chaque exercice en fonction des objectifs convenus.

c) Entre le 1^{er} septembre 2008 et le 31 août 2009, F_____ a réalisé un revenu mensuel brut moyen de 17'431 fr. 15 (soit 13'809 fr. en septembre 2008 + 8'250 fr. le mois suivant + 22'030 fr. + 10'563 fr. 70 + 18'250 fr. en janvier 2009 + 8'250 fr.; 11'427 fr. 10 + 19'545 fr. au mois d'avril 2009 + 13'750 fr. + 14'750 fr. + 15'010 fr. 90 + 53'541 fr. 60 en août 2009 = 209'177 fr. 30/12 mois). Une somme de 500 fr. par mois lui était versée en sus de son revenu net, au titre de frais forfaitaires de représentation.

d) Pendant le processus de fusion d'I_____ avec R_____, une séance d'informations a notamment été organisée à l'intention des employés de ces sociétés, le 18 mai 2009.

A la suite de celle-ci, F_____ a, le 10 juin 2009, adressé un courriel à A_____, administrateur délégué de R_____. Il sollicitait des informations au sujet de son avenir professionnel au sein de R_____, la société s'étant engagée, lors de la réunion du 18 mai 2009, à proposer une place à tous les employés d'I_____. Par ailleurs, Z_____, associé-gérant et président d'I_____, lui avait indiqué que les employés de la société genevoise avaient déjà reçu une confirmation orale de leur engagement auprès de R_____.

Par lettre responsive du 17 juin 2009, A_____ et B_____, "*Director Management Services*" de R_____, ont exposé que la société n'entendait pas l'engager, compte tenu des incidents ayant émaillé leurs relations et du litige actuellement pendant devant la justice vaudoise. Une éventuelle collaboration ne pourrait être envisagée que dans l'hypothèse où les parties à la procédure vaudoise retireraient leurs demandes respectives et où F_____ s'engageait, au moyen d'une convention, à ne plus entamer, à l'avenir, de nouvelles procédures à l'encontre de

R_____. En cas d'acceptation, R_____ serait alors prête à négocier un nouveau contrat. Ne pensant cependant pas pouvoir parvenir à un accord avant la fin du mois de juin 2009, F_____ était prié de prendre note que son contrat de travail auprès d'I_____ prendrait fin le 30 septembre 2009.

Le 23 juin 2009, F_____ a informé R_____ qu'il considérait comme nul le congé qui lui avait été signifié, n'étant pas l'employé de R_____ mais celui d'I_____. Il affirmait sa volonté de trouver une solution amiable au litige judiciaire l'opposant à R_____ et sollicitait le respect, par cette société, de l'engagement pris à l'égard des employés d'I_____ de leur assurer une place de travail en son sein.

e) Le 22 juin 2009, I_____, sous la plume de Z_____, a délivré à F_____ un certificat de travail intermédiaire, aux termes duquel ce dernier était un *"collaborateur professionnel, très qualifié, digne de confiance et qui [avait] toujours atteint ses objectifs de ventes"*; de même, *"son attitude d'entrepreneur, son sens du service, et sa loyauté [étaient] toujours très appréciés [des] clients [d'I_____] qui lui renouvel[ai]ent régulièrement leur confiance"*; elle ne pouvait ainsi *"que recommander [F_____] à tout nouvel employeur"*.

f) Par courrier recommandé du 1^{er} juillet 2009, R_____ a adressé à F_____ un courrier-type, auquel était annexée une lettre d'I_____.

Aux termes de ce pli, daté du 25 juin 2009, I_____ résiliait le contrat de travail de F_____ avec effet au 31 août 2009. La cessation des rapports de travail était motivée par le constat que la confiance placée en lui s'était *"peu à peu rompue, à tel point que la poursuite d'une collaboration avec [lui] dans de bonnes conditions [n'était] aujourd'hui plus envisageable"*.

Le 10 juillet 2009, F_____ a fait opposition à ce congé, dont la motivation était en contradiction avec son certificat de travail du 22 juin 2009; le licenciement avait également pour conséquence de le priver de ses droits dans le cadre de la prochaine fusion.

g) Le 11 août 2009, I_____ a établi un certificat de travail final à l'intention de F_____, dont la teneur est similaire au certificat intermédiaire qu'elle a établi le 22 juin précédent (*cf.* lett. B.e ci-dessus).

C. a) Le 23 décembre 2009, F_____ a assigné R_____ devant le Tribunal des prud'hommes en paiement de 128'023 fr. 70 net avec suite d'intérêts, au titre d'indemnité pour licenciement abusif.

R_____ disposait de la légitimation passive, cette société ayant repris les obligations d'I_____ dans le cadre de la fusion. Or, I_____ l'avait licencié de manière abusive, la cessation des rapports de travail étant motivée par son refus de renon-

cer à ses prétentions de droit du travail pendantes devant les autorités vaudoises. La faute commise par I_____ était grave, compte tenu de son âge (48 ans), de sa difficulté pour retrouver un nouvel emploi ainsi que de la baisse significative de revenus à laquelle il avait dû consentir dans le cadre de son travail actuel. Une indemnité correspondant à six mois de salaire lui était ainsi due. Son revenu mensuel moyen entre les mois de mars et d'août 2009 se chiffrait à 21'337 fr. 40.

b) R_____ s'est opposée à la demande.

Elle a contesté disposer de la légitimation passive, en l'absence de relations contractuelles entre elle-même et F_____. Au surplus, I_____ n'avait jamais été en litige avec F_____ avant son licenciement, lequel était intervenu indépendamment de toutes instructions de sa part. Quant au revenu mensuel brut moyen du demandeur, il s'était élevé, entre le 1^{er} novembre 2005 et le 31 août 2009, à 16'254 fr.10. Enfin, elle a précisé ne pas avoir engagé F_____, aux triples motifs que ce dernier avait émis des critiques à l'égard de certains collaborateurs, de ses prétentions salariales et du litige qui les opposait devant la justice vaudoise.

c) Les premiers juges ont procédé à l'audition de témoins.

ca) L_____, technicien auprès de I_____ depuis l'année 2005 et collègue de F_____ depuis 1989, a déclaré avoir bénéficié d'informations concernant la fusion entre R_____ et I_____; dans ce cadre, il ne se souvenait pas qu'une garantie de reprise des contrats avait été offerte. F_____ avait des rapports très ouverts et conviviaux avec ses collègues de travail; il ne l'avait jamais entendu les critiquer, même lorsqu'ils travaillaient ensemble auprès de D_____.

cb) M_____, chef de vente jusqu'au mois d'août 2008 auprès d'I_____ et collègue de F_____ depuis l'année 1994, a indiqué que ce dernier atteignait ses objectifs de vente auprès d'I_____. Il n'avait jamais constaté de problèmes entre F_____ et ses collègues, ni que ce dernier aurait émis des critiques les concernant. Au contraire, il faisait appel à F_____ pour *coacher* les nouveaux vendeurs.

cc) S_____, chef de vente auprès de R_____ et ancien collègue de F_____ auprès de D_____, a exposé n'avoir eu que peu de contacts avec ce dernier. Des clients lui avaient rapporté, qu'après la fin de l'année 2005, F_____ critiquait son ancien employeur, D_____. Il s'agissait de deux ou trois clients et ce comportement avait dû durer quelques semaines. Selon lui, il ne "*s'agissait pas d'un travail de sape envers son ancien employeur*"; les critiques étaient dirigées contre la direction et non envers les collègues.

cd) Z_____, économiste et ancien président d'I_____, a déclaré que les contrats de travail liant I_____ avait été renégociés ou résiliés, avec effet à la fin du mois de septembre 2009 et ce, avant la fusion avec R_____. Cette dernière société n'avait jamais envisagé de reprendre le contrat de F_____ pour les raisons qui

avait été communiquées à ce dernier. Il avait entendu des "bruits" au sujet de F_____, selon lesquels l'employé critiquait son ancienne entreprise; aucun client ne lui en avait cependant parlé directement. Ces rumeurs lui avaient été rapportées par des concurrents directs. Il a confirmé avoir signé le certificat de travail intermédiaire remis à F_____ le 22 juin 2009 et la teneur de ce document; ce certificat avait été établi par l'employé, en vue de ses recherches d'emploi.

d) Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal des prud'hommes a retenu que R_____ disposait de la légitimation passive, cette société s'étant substituée de plein droit à I_____ (art. 181 al. 2 CO). Bien que formellement licencié par I_____, F_____ l'avait été, en réalité, sur instructions de R_____. En effet, R_____ avait tenté de licencier le précité au mois de juin 2009; de même, les motifs donnés par I_____ à l'appui du congé étaient en contradiction avec les certificats de travail que cette société lui avait délivrés; enfin, la résiliation était intervenue peu de temps avant la fusion. Le congé avait ainsi été motivé par les prétentions que F_____ avaient formulées devant la justice vaudoise à l'encontre de son ancien employeur, D_____, soit désormais R_____. Il s'agissait donc d'un congé-représailles (art. 336 al. 1 let. d CO). La faute d'I_____ étant grave, une indemnité équivalant à trois mois et demi de salaires était due; le revenu mensuel moyen de l'employé s'étant élevé à 19'315 fr. 60 entre les mois de janvier et d'août 2009, la pénalité serait fixée à 67'604 fr. 60, avec suite d'intérêts.

- D.** **a)** En appel, R_____ ne formule aucun grief précis à l'encontre de la décision entreprise et se contente d'énoncer certains faits pertinents pour l'issue du litige dans l'unique partie EN DROIT de son mémoire. En substance, elle reprend ses arguments de première instance.

Deux mois après le dépôt de son acte d'appel, elle a produit, sous chargé séparé, une copie du jugement querellé.

F_____ se prévaut de la nullité de l'acte d'appel, aux triples motifs que R_____ n'y désigne pas le jugement concerné par sa démarche, qu'il ne critique pas les considérants de cette décision, se contentant d'exposer "*sa propre version juridique de la cause*", et qu'il ne conclut pas formellement à l'annulation de la décision querellée. En ce qui concerne la qualification de son licenciement de congé abusif, il adhère à la motivation du jugement entrepris.

b) Sur appel incident, F_____ fait valoir que l'attitude d'I_____ et de R_____ justifiait le paiement d'une indemnité plus élevée que celle fixée par les premiers juges, équivalant à six mois de salaire. Le montant de sa rémunération devait se calculer sur la base des revenus qu'il avait perçus durant les six mois précédant la fin des rapports de travail.

En réponse, R_____ expose que l'indemnité aurait dû, "*compte tenu des circonstances*", être calculée sur la base du salaire des douze derniers mois, soit sur une période de quatre mois plus étendue que celle retenue par le Tribunal.

c) Lors de l'audience de comparution personnelle qui s'est tenue devant la Cour d'appel, F_____ a expliqué avoir retrouvé une activité le 1^{er} décembre 2009 dans le même domaine d'activités, pour un salaire mensuel brut de 7'000 fr. versés douze fois l'an, auquel s'ajoutait une prime annuelle de 2'000 fr. ainsi que diverses commissions liées à ses résultats. Ses résultats ne lui avaient cependant pas permis, jusqu'alors, de percevoir une rémunération aussi élevée que celle dont il bénéficiait auprès d'I_____.

EN DROIT

1. **1.1.** Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties avant le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure.

1.2. Les prétentions litigieuses portant sur une valeur supérieure à 1'000 fr., l'Autorité de céans est compétente pour statuer à leur propos (art. 56 aLJP).

1.3. L'appel principal a été interjeté dans le délai prévu par la loi (art. 59 al. 1 aLJP), de sorte qu'il est, de ce point de vue, recevable.

1.3.1. F_____ (ci-après l'intimé) conclut à la nullité, voire à l'irrecevabilité, du mémoire d'appel de R_____ (ci-après l'appelante), au motif que cet acte ne respecterait pas les exigences de formes prévues par la loi.

1.3.1.1. Conformément à l'art. 59 al. 2 aLPJ, l'appel est formé par une écriture motivée qui indique notamment les points de fait et de droit contestés du jugement ainsi que les conclusions en appel.

On ne saurait se montrer trop exigeant quant aux conditions formelles de recevabilité de l'appel. Toutefois, l'Autorité de céans doit être en mesure, en prenant connaissance de l'acte, de connaître le fondement des critiques de l'appelant, tant en ce qui concerne les faits que le raisonnement juridique élaboré par les premiers juges (CAPH du 22 mars 2001, cause n° C/19765/1999-4).

L'art. 11 aLJP rend applicable, à titre supplétif, les règles de la loi de procédure civile. L'art. 300 aLPC, qui traite des conditions formelles de l'appel, indique que l'appelant doit indiquer, sous peine de nullité, les griefs de fait et de droit. L'appelant doit articuler les critiques qu'il forme contre le jugement d'une manière suffi-

samment intelligible pour que l'intimé, à la lecture du mémoire et non dans un acte ultérieur (ATF 116 II 748 consid. 3 = JdT 1992 I 210; SJ 1986 p. 335), puisse se déterminer sur la position à adopter devant la Cour (acceptation totale, partielle des conclusions, contestation des conclusions). Pour le surplus, l'appelant bénéficie du principe qui veut que le juge applique d'office le droit et qu'il statue sur le mérite des conclusions qui lui sont soumises indépendamment de l'argumentation juridique des parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile, n. 8 *ad* art. 300).

Les conclusions doivent être formulées de manière précise; il n'est pas indispensable qu'elles soient désignées comme telles, il suffit qu'elles soient formulées clairement, de manière à éviter toute hésitation à leur sujet (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *op. cit.* n. 9 *ad* art. 300 et n. 8 *ad* art. 7).

1.3.1.2. En l'espèce, l'écriture examinée souffre, certes, d'imprécisions et ne met pas clairement en exergue les griefs invoqués à l'endroit du jugement attaqué. A lire attentivement ce mémoire, il est néanmoins intelligible que l'appelante conteste la décision des premiers juges en tant qu'elle n'a pas fait droit à ses arguments de première instance, qu'elle reprend succinctement dans cet acte. L'appel comporte ainsi des explications et des précisions suffisantes pour permettre à l'intimé de se déterminer à son sujet, ce qu'il a du reste fait, et à la Cour de céans de statuer à son propos.

Il en va de même en ce qui concerne l'absence de désignation formelle du jugement querellé dans l'acte d'appel, laquelle n'a emporté aucune conséquence.

Enfin, si le mémoire examiné ne contient, effectivement, aucune conclusion formelle en annulation du jugement entrepris, le déboutement de l'intimé de ses conclusions auquel l'appelante conclut ne peut se comprendre que comme la sollicitation de la mise à néant du jugement entrepris. L'annulation du jugement entrepris résulte d'ailleurs du corps du mémoire, l'appelante estimant infondées les prétentions que l'intimé a formulées en première instance et auxquelles les premiers juges ont fait droit.

Au vu de ce qui précède, l'appel principal sera déclaré recevable à la forme.

1.4. Interjeté dans les délais et forme prescrits (art. 59 et 62 al. 1 aLJP), l'appel incident est également recevable.

1.5. La procédure prud'homale réservant l'application de la maxime d'office (art. 29 LJP *cum* art. 66 LJP), la Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. L'appelante conteste, en premier lieu, disposer de la légitimation passive dans le cadre de la présente procédure.

2.1. En principe, seul est légitimé comme partie au procès celui qui est personnellement titulaire d'un droit ou contre lequel un droit est personnellement exercé (arrêt du Tribunal fédéral 4C.353/2004 du 29 décembre 2004, consid. 2.1; ATF 126 III 59 consid. 1a; 108 II 216 consid. 1 = JdT 1983 I 361; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4 *ad* art. 1 LPC). Cette question, qui doit être examinée d'office et librement par le juge (arrêt du Tribunal fédéral 4C.83/2007 du 7 juin 2007, consid. 3; ATF 126 III 59 précité), correspond à l'aspect subjectif du droit déduit en justice et relève du droit de fond, étant donné qu'elle a trait au fondement matériel de l'action (arrêts du Tribunal fédéral 4C.83/2007 et 4C.353/2004 précités; ATF 130 III 417 consid. 3.1; 126 III 59 précité; 125 III 82 consid. 1a).

Aux termes de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301; ci-après LFus), la fusion déploie ses effets dès son inscription au Registre du commerce; à cette date, l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante sont transférés de par la loi à la société reprenante (art. 22 al. 1 LFus). Le transfert des rapports de travail à la société reprenante est régi par l'art. 333 CO (art. 27 al. 1 LFus).

2.2. En l'espèce, il est constant que l'appelante ne s'est pas personnellement engagée envers l'intimé à lui fournir de prestations, soit directement, sur la base d'un contrat de travail ou d'une convention *ad hoc*, soit à titre subsidiaire, en cas de défaillance d'I_____ (porte-fort au sens de l'art. 111 CO; ATF 131 III 606 consid. 4.2.2). Les parties n'ont pas non plus conclu un contrat en vertu duquel l'appelante se serait substituée à un débiteur de l'intimé (reprise de dette externe au sens de l'art. 176 CO) et celle-là ne s'est pas davantage constituée débitrice de celui-ci aux côtés d'un autre obligé (reprise de dette cumulative au sens de l'art. 143 CO; ATF 129 III 702 consid. 2.1 = JdT 2004 I 535).

La légitimation passive de l'appelante ne résulte pas non plus de l'art. 333 CO, cette disposition s'appliquant uniquement aux relations de travail en cours à la date du transfert d'entreprise (ATF 136 III 552 consid. 3.1; 134 III 102 consid. 3.1.1); or, le contrat de travail de l'intimé a pris fin le 31 août 2009, soit antérieurement à la fusion de l'appelante et d'I_____, laquelle est intervenue le 28 septembre 2009.

Cela étant, les prétentions de l'intimé à l'égard d'I_____ constituent une dette de la société à l'égard de son ancien employé. Cette dette, née avant la fusion, a été transférée *ex lege* à l'appelante le 28 septembre 2009, date de l'inscription de la fusion au Registre du commerce. Partant, l'intimé était autorisé à assigner l'appelante en paiement de l'indemnité réclamée (art. 22 LFus).

L'appelante dispose, dès lors, de la légitimation passive dans le cadre de la présente procédure.

3. L'appelante conteste, en deuxième lieu, que le congé signifié par I_____ à l'intimé soit abusif.

3.1. Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste de cas dans lesquels la résiliation est abusive. Selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, est abusive la résiliation donnée par une partie parce que l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé-représailles ou congé-vengeance. Elle tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (art. 3 al. 1 CC) et il importe peu que les prétentions invoquées aient été réellement fondées. La réclamation ne doit toutefois être ni chicanière ni téméraire, car elle empêcherait alors une résiliation en elle-même admissible (arrêt du Tribunal fédéral 4A_665/2010 du 1er mars 2011, consid. 7.2; ATF 136 III 513 consid. 2.3 et 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_346/2009 du 20 octobre 2009, consid. 3.1).

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt du Tribunal fédéral 4A_665/2010 précité; ATF 136 III 513 consid. 2.3)

3.2. La liste de l'art. 336 al. 1 et al. 2 CO n'est pas exhaustive. Un congé abusif peut ainsi être admis dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_665/2010 précité; ATF 136 III 513 consid. 2.3).

Un licenciement lié au transfert du personnel selon l'art. 333 al. 1 CO ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences; le congé ne saurait alors être considéré comme valable. Ainsi, il n'est pas admissible que le cédant licencie une ou des personnes déterminées uniquement parce que le reprenant n'en veut pas. En revanche, la résiliation de contrats n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée (ATF 136 III 552 consid. 3.3 et 5.2).

3.3. Il appartient à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (art. 8 CC). Compte tenu toutefois des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve du motif réel du congé, le juge peut présumer l'existence d'un licenciement abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour

faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (arrêt du Tribunal fédéral 4A_665/2010 précité; ATF 130 III 699 consid. 4.1); cela étant, la motivation inexacte du congé ne constitue pas en soi un motif de licenciement abusif (arrêt du Tribunal fédéral 4A_346/2009 précité, consid. 3.2; ATF 130 III 699 précité).

3.4. En l'espèce, il ressort de la lettre de résiliation adressée à l'intimé que son licenciement était motivé par la dégradation progressive de la confiance qu'I_____ avait placée en lui, de sorte qu'une collaboration ne pouvait, du point de vue de cette société, plus être envisagée.

Cette motivation appert toutefois en contradiction avec la teneur élogieuse des certificats de travail intermédiaire et final délivrés par I_____ à l'intimé. En effet, d'après ces documents - dont Z_____ a confirmé la teneur devant les premiers juges -, l'employé avait toujours atteint ses objectifs de vente; il se comportait de manière loyale et bénéficiait de la confiance des clients de la société, dont il était apprécié; son "*attitude d'entrepreneur*" et "*son sens du service*" y étaient également soulignés.

Ces appréciations ont été corroborées par les déclarations des témoins L_____ et M_____, selon lesquelles l'intimé avait toujours entretenu des rapports cordiaux et conviviaux avec ses collègues et ils ne l'avaient jamais entendu émettre de critiques à leur sujet. M_____, chef de vente auprès d'I_____, a également confirmé que l'intimé atteignait ses objectifs de vente.

Si le témoin S_____ a exposé que certains clients lui avaient rapporté que l'intimé avait critiqué la société D_____ à la fin de l'année 2005, ce comportement n'avait, selon lui, duré que quelques semaines. Quant à Z_____, il n'a fait état que de rumeurs concernant les critiques prêtées à l'intimé. En tout état, il ne ressort pas de la procédure qu'I_____ serait intervenue auprès de son employé en raison de ces prétendus agissements, lesquels ont eu lieu, au surplus, au début des rapports contractuels et non au moment du licenciement.

Au vu des éléments qui précèdent, la Cour d'appel tient pour inexacte la motivation du congé signifié à l'intimé. Cet élément ne constituant cependant pas à lui seul un motif de licenciement abusif, il y a lieu de rechercher le motif réel à l'origine du licenciement.

A cet égard, il ressort de la chronologie des événements exposés à la lettre B EN FAIT que l'intimé s'est enquis, en juin 2009, après l'annonce de la fusion, de son avenir professionnel au sein de l'appelante. Cette société lui a répondu ne pas souhaiter l'engager, compte tenu du litige du droit du travail les opposant devant les autorités vaudoise, émettant toutefois une réserve dans l'hypothèse où l'intéressé renoncerait à ses prétentions judiciaires.

En signifiant à l'intimé, le 17 juin 2009, qu'elle mettait un terme à son contrat avec la société I_____ pour le 30 septembre suivant, l'appelante a clairement démontré qu'elle se considérait déjà comme le successeur d'I_____ et, partant, comme l'employeur de l'intimé.

Elle n'a pas agi différemment en adressant au précité, le 1^{er} juillet 2009, la lettre de résiliation des rapports de travail rédigée par I_____ le 25 juin 2009.

Le licenciement de l'intimé a ainsi été orchestré par l'appelante, au motif réel qu'elle souhaitait empêcher le transfert des rapports de travail avec ce dernier consécutif à la fusion (art. 27 al. 1 LFus et 333 CO), en raison du litige judiciaire qui les opposait.

Bien qu'elles ne réalisent aucun des cas énumérés par l'art. 336 CO - les prétentions du travailleur devant la justice vaudoise concernant ses précédents de rapports de travail et non son contrat avec I_____, hypothèse visée par l'art. 336 al. 1 let. d CO -, ces circonstances sont comparables, par leur gravité, au cas énumérés de manière non exhaustive par cette disposition.

La résiliation examinée doit donc être qualifiée d'abusive.

3.5. L'intimé ayant fait opposition à son licenciement dans le délai de congé (art. 336b al. 1 CO) et agi par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 336 b al. 2 CO), il peut prétendre au versement d'une indemnité fondée sur l'art. 336a al. 2 CO.

- 4.** Les parties critiquent le montant de 67'604 fr. 60 alloué au travailleur au titre d'indemnité pour résiliation abusive.

4.1. La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (art. 336a al. 1 CO). Celle-ci est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (art. 336a al. 2 CO).

L'indemnité prévue à l'art. 336a CO a une double finalité, punitive et réparatrice, quand bien même elle ne consiste pas en 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4C.370/2006 du 20 février 2007, consid. 3.1.1).

Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances (art. 4 CC; ATF 136 III 552 consid. 6.5; 123 III 246 consid. 6c = JdT 1998 I 300); il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle

faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (arrêt du Tribunal fédéral 4C.370/2006 précité; ATF 123 III 391 consid. 3c).

Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme les provisions ou le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou la moyenne des salaires de la dernière année (ATF 136 III 552 consid. 6.5; arrêt du Tribunal fédéral 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1).

4.2. En l'espèce, l'octroi de l'indemnité querellée correspond à un peu moins de quatre mois du salaire moyen perçu par l'intimé (soit 17'431 fr. 15 selon les chiffres exposés à lettre B.c EN FAIT, somme à laquelle s'ajoute le montant forfaitaire de 500 fr. versé mensuellement, ce qui porte à 17'931 fr. 15 son salaire moyen; 67'604 fr. 60 d'indemnité allouée/17'931 fr. 40 de revenus mensuels = 3,77 mois).

Ce montant est approprié aux circonstances de l'espèce, puisqu'il tient équitablement compte de l'âge de l'intimé lors du congé - 48 ans -, des quatre années d'activité qu'il a passées aux services d'I_____, de la période relativement brève qu'il a fallu au travailleur pour retrouver un emploi, soit trois mois après la fin des rapports contractuels, ainsi que des circonstances du licenciement et de ses motifs, la faute d'I_____ à cet égard ne pouvant être considérée comme étant de peu de gravité.

De surcroît, l'appelante ne soutient pas que sa situation économique ne lui permettrait pas de s'acquitter de cette somme. Quant aux allégués de l'intimé selon lesquels le licenciement aurait eu un impact significatif sur ses revenus actuels, lesquels seraient sensiblement moins élevés, ils ne sont étayés par aucun élément figurant au dossier.

Au vu de ce qui précède, la Cour parvient à la conclusion que l'indemnité allouée par les premiers juges n'est ni excessive, ni insuffisante, de sorte que le jugement entrepris peut être confirmé sur ce point.

- 5.** L'appelante et l'intimé sollicitent leur condamnation respective aux dépens de l'instance.

5.1. La procédure prud'homale genevoise consacre le principe de la gratuité (art. 76 aLJP), sous réserve de l'émolument de mise au rôle, comme en l'espèce, lorsque le montant litigieux excède 30'000 fr., ainsi que la compensation des dépens et des frais de justice.

Le juge peut toutefois mettre ceux-ci à la charge de la partie qui plaide de manière téméraire (art. 76 al. 1 *in medio* aLJP). La témérité sous-entend que la démarche du plaideur est dénuée de toute chance de succès ou qu'une partie se comporte de manière inadmissible pendant la procédure (*cf.* également l'art. 40 aLPC).

5.2 Dans la présente affaire, bien que les appels principal et incident aient été rejetés, les démarches des parties ne sauraient être qualifiées de téméraires; aucun des intéressés ne prétend d'ailleurs que tel serait le cas.

Partant, il ne sera pas alloué de dépens aux parties.

PAR CES MOTIFS

La Chambre des prud'hommes, groupe 3

A la forme :

Déclare recevable les appels principal et incident interjetés par R_____ SCHWEIZ AG et F_____ contre le jugement TRPH/643/2010 rendu le 13 septembre 2010 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/28719/2009 - 3.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le président

La greffière