

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 21 mai 2014

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : Mmes Favrod et Crittin Dayen
Greffière : Mme Bertholet

Art. 63 al. 1, 321e, 322 al. 1, 327a, 327b, 329c, 329d, 337, 337c al. 3, 340, 340a et 340b CO; 8 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **Q.**_____ **SA**, à Ballaigues, et sur l'appel joint formé par **R.**_____, à Gland, contre le jugement rendu le 22 février 2013 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant les parties l'une de l'autre et concernant également la **J.**_____, à Lausanne, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 22 février 2013, notifié aux parties le 19 avril suivant, la Cour civile du Tribunal cantonal a dit que la défenderesse Q._____ SA doit payer au demandeur R._____ les sommes de 17'914 fr. 50, sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006, de 42'791 fr. 80, sous déduction des cotisations légales et du montant alloué à l'intervenante J._____ selon chiffre II ci-dessous, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006, de 38'265 fr. 75, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006, de 7'500 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007 et de 7'532 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007, sous déduction de 5'000 fr., valeur au 11 juillet 2007 (I), dit que la défenderesse doit payer à l'intervenante la somme de 17'368 fr. 45, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006 (II), dit que l'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de 7'500 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007 (III), dit que l'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de 7'532 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007, sous déduction de 5'000 fr., valeur au 11 juillet 2007 (IV), arrêté les frais de justice à 3'665 fr. pour le demandeur et à 3'575 fr. pour la défenderesse (V), dit que la défenderesse doit verser au demandeur le montant de 17'143 fr. 35 à titre de dépens (VI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, l'autorité précédente a considéré que les parties étaient convenues, postérieurement à la conclusion du contrat de travail, que le demandeur recevrait une partie de sa rémunération en nature et qu'au regard des circonstances, celui-ci avait accepté que le cumul de ses rémunérations en espèces et en nature puissent atteindre une valeur inférieure ou supérieure à la prestation contractuellement due. Elle a

ensuite estimé que l'existence de motifs justifiant une résiliation immédiate du contrat de travail du demandeur n'avait pas été établie; elle a fixé son indemnité de remplacement de salaire en application de l'art. 337c al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220) et lui a alloué une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO correspondant à trois mois de salaire. L'autorité de première instance a rejeté la prétention du demandeur en paiement d'heures supplémentaires, mais a admis qu'il bénéficiait, à l'échéance de son contrat de travail, d'un solde de vacances de vingt-sept jours et demi pour son activité auprès de la demanderesse, l'existence d'un solde de vacances pour son activité au service de K._____ SA n'ayant en revanche pas été établie. L'autorité précédente a admis les conclusions du demandeur tendant au remboursement des montants de 7'500 fr. et de 7'532 fr., mais a rejeté sa conclusion tendant au remboursement du montant de 15'500 francs. S'agissant des conclusions reconventionnelles de la défenderesse, elle a retenu que le demandeur ne lui devait aucun montant à titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 321e CO, ni la somme de 1'499 fr. 95 correspondant à une facture qu'elle avait payée, mais qu'il lui devait le paiement d'un montant de 5'000 fr. à titre de remboursement d'un prêt. Elle a considéré qu'il y avait lieu de compenser la créance du demandeur de 7'532 fr. avec celle de la défenderesse de 5'000 francs.

B. Par acte du 22 mai 2013, Q._____ SA a fait appel de ce jugement en concluant, avec suite de frais, à sa réforme en ce sens que son dispositif est modifié comme il suit:

"I. Le demandeur R._____ doit payer à la défenderesse Q._____ SA la somme de CHF 1'467.95 (mille quatre cent soixante-sept francs et nonante-cinq centimes) avec intérêts à 5% l'an dès le 12 octobre 2007.

II. Le demandeur et l'intervenante doivent verser des dépens à la défenderesse, fixés à dire de justice.

III. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées."

à ce que la cause soit renvoyée à la Cour civile pour la fixation des dépens qui lui sont dus à raison de la procédure de première instance et à ce que l'intimé soit condamné aux frais et dépens de la procédure d'appel.

Par acte du 21 août 2013, R. _____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel et, par voie d'appel joint, à ce qui suit:

"Principalement:

- I. L'appel joint est admis.
- II. Le jugement rendu le 13 février 2013 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause N° [...] est modifié comme suit:
 - I. La défenderesse Q. _____ SA doit payer au demandeur R. _____ les sommes suivantes:
 - CHF 42'810.55, sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006;
 - Inchangé (soit CHF 42'791.80, sous déduction des cotisations légales et du montant alloué à l'intervenante J. _____ selon chiffre II ci-dessous, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006);
 - CHF 76'531.50, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006;
 - Inchangé (soit CHF 7'500, avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007);
 - Inchangé (soit CHF 7'532, avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007, sous déduction de CHF 5'000, valeur au 11 juillet 2007);
 - CHF 112'304.35, sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006;
 - CHF 15'500, avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007.
 - II. Inchangé.
 - III. Inchangé.
 - IV. Inchangé.
 - IV bis. L'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de CHF 15'500, avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007.
 - V. Les frais de justice sont mis entièrement à la charge de la défenderesse Q. _____ SA.
 - VI. Inchangé.
 - VII. Inchangé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance sont mis à la charge de la défenderesse Q. _____ SA.
- IV. Q. _____ SA doit verser à R. _____ une équitable indemnité à titre de dépens de deuxième instance.

Subsidiairement:

- V. L'appel joint est admis.
- VI. Le jugement rendu le 13 février 2013 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause N° [...] est annulé.
- VII. L'affaire est renvoyée à l'autorité précédente pour nouveau jugement dans le sens des considérants.
- VIII. Les frais judiciaires de deuxième instance sont mis à la charge de Q. _____ SA.
- IX. Q. _____ SA doit verser à R. _____ une équitable indemnité à titre de dépens de deuxième instance."

Dans ses observations du 6 septembre 2013, Q. _____ SA a pris position sur la réponse déposée par l'intimé.

Dans sa réponse du 10 octobre 2013, Q._____ SA a conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel joint.

Le 4 octobre 2013, la J._____ s'est déterminée sur l'appel joint, en déclarant maintenir sa position quant à ses prétentions découlant de la subrogation au sens de l'art. 29 LACI (loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837), à savoir qu'elle est subrogée à R._____ dans ses droits, y compris le privilège légal que ce dernier a contre Q._____ SA, ce à concurrence de 17'368 fr. 45 pour les mois de décembre 2006 à mars 2007. Elle s'est ralliée aux conclusions de l'appel joint quant au chiffre II du dispositif et a conclu à ce que Q._____ SA soit condamnée aux frais de la cause.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. La défenderesse Q._____ SA est une société anonyme dont le but est le suivant: "étude et développement de systèmes informatiques; courtage en assurances et réassurances; gestion et analyse de portefeuille d'assurances". Jusqu'à la modification de ses statuts le 23 juin 2006, elle avait pour but l'étude et le développement de systèmes informatiques et électroniques. Z._____ est directeur, administrateur et actionnaire majoritaire de la défenderesse.

2. Le demandeur R._____ a été employé, entre le 1^{er} mai 1997 et le 31 décembre 1999, par la société C._____ SA, à ce jour radiée, puis, entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2003, par la société K._____ SA, qui a pris en compte les années de travail du demandeur au service de C._____ SA. Le demandeur travaillait au service de gestion des salaires au sein des ressources humaines. Il utilisait un programme informatique créé par la défenderesse, qui avait concédé à K._____ SA une licence d'utilisation et lui assurait des services de maintenance et d'assistance. Au terme de ses rapports de travail auprès de K._____ SA,

le demandeur percevait un revenu annuel brut total de 157'635 fr., soit 136'056 fr. de salaire annuel brut, 17'007 fr. de bonus, 3'720 fr. de "caisse-maladie" et 852 fr. de "caisse-maladie - plan diff".

A la fin de l'année 2003, K._____ SA a décidé de transférer à la défenderesse son service de gestion des salaires. Elle a offert au demandeur de rejoindre les services de la défenderesse qui l'engagerait à des conditions comparables; en particulier, son salaire mensuel de base resterait inchangé jusqu'au 31 décembre 2005, il bénéficierait de vingt-cinq jours de vacances et son solde de vacances serait repris par la défenderesse.

3. Par contrat de travail du 9 décembre 2003, le demandeur a été engagé à 100% par la défenderesse en qualité de "HR Outsourcing Director" avec effet au 1^{er} janvier 2004 pour un salaire annuel brut de 153'063 francs. Il avait droit à cinq semaines de vacances par année. Le contrat prévoyait notamment les clauses suivantes:

"1.3. Non-concurrence

Après la fin du contrat, l'employé n'exercera pas une activité auprès d'un des clients de l'employeur ou de ses partenaires sans un accord écrit de Q._____ SA.

En cas d'activité indépendante, l'employé s'abstiendra de toute démarche auprès de la clientèle, des prospects et des partenaires de Q._____ SA.

Cette prohibition vaut pour une période de deux ans dès l'expiration du contrat."

"3.1. Horaire hebdomadaire

[...]

Pour le personnel cadre, il est entendu que les heures de travail supplémentaires ne sont pas compensées, étant considérées comme faisant partie de l'activité normale qu'implique la fonction."

"5.2. Partage des vacances

Vous devriez en principe prendre vos vacances durant l'année de service en cours. Dans la règle, ces vacances ne peuvent pas être reportées d'une année à l'autre. Tout au plus, avec l'accord de la direction, jusqu'au 30 juin de l'année suivante."

Pour calculer un éventuel délai de congé, la défenderesse a accepté de prendre en compte les années que le demandeur avait passées au service de K._____ SA. Ce fait peut être tenu pour établi, compte tenu du témoignage d' [...], une autre employée de K._____ SA,

qui a déclaré avoir bénéficié de cet avantage, et du fait que la défenderesse a admis que cette employée avait accepté le même transfert que le demandeur.

4. En 2004 et 2005, le demandeur a perçu un salaire annuel brut de 106'800 francs.

En 2006, il a touché un salaire annuel brut de 104'063 fr. 35, soit 8'900 fr. par mois de janvier à novembre et 6'163 fr. 35 en décembre (cf. infra c. 7c).

Un téléphone portable a été mis à disposition du demandeur. La défenderesse s'est acquittée des frais de téléphonie de ce dernier par 2'878 fr. 50 en 2004, 2'760 fr. 75 en 2005 et 3'319 fr. 05 en 2006.

Un véhicule de la marque Mercedes Benz a été mis à disposition du demandeur. La défenderesse était l'unique preneur de leasing de ce véhicule et l'unique cocontractante de [...]. Le 19 janvier 2004, le demandeur s'est acquitté d'un montant de 15'500 fr. à titre de participation initiale aux frais de leasing. Il résulte des pièces produites qu'à l'exception de la participation précitée, la défenderesse a pris en charge tous les frais relatifs à l'usage de ce véhicule (leasing, carburant, entretien, services, primes d'assurances), qui se sont élevés à 69'681 fr. au moins.

Il résulte des déclarations d'H._____ que le demandeur remettait avec beaucoup de retard les justificatifs nécessaires au remboursement de ses frais.

5. Le demandeur a payé deux factures adressées à la défenderesse, la première, le 1^{er} juin 2006, d'un montant de 7'500 fr. et la seconde, le 1^{er} septembre 2006, d'un montant de 7'532 francs. Ces deux montants ont été refacturés aux clients concernés et payés à la défenderesse.

6. Le 23 avril 2004, la défenderesse a reçu une facture de 1'499 fr. 95 pour l'achat de matériel.

Le 23 juin 2004, la défenderesse a versé au demandeur un montant de 5'000 fr., à titre de prêt, afin qu'il puisse régler une facture liée à une intervention ophtalmique.

7. Au mois de mai 2005, S._____ a été engagé par la défenderesse en qualité de courtier en assurance. Il avait pour tâche de vendre des polices d'assurances aux clients du département de la défenderesse dont le demandeur avait la charge. Il avait également pour fonction d'étendre son activité en s'adressant à des entités non encore clientes de la défenderesse. Par contrat de travail du 27 octobre 2005, il a été engagé à 100% par la défenderesse en qualité de "Directeur département Courtage" avec effet au 1^{er} novembre 2005.

La défenderesse a conclu des conventions de courtage avec certaines compagnies d'assurances, dont [...] en juin 2005, [...] en septembre 2005 et mars 2006 et le [...] en juillet 2006.

En cours d'engagement, S._____ est intervenu pour le compte de la défenderesse auprès de la compagnie [...], ainsi qu'auprès de la compagnie [...], à qui il a demandé un certain nombre d'offres.

En août 2005, S._____ a conclu en son nom propre une "Convention de commission" avec [...]. Il n'en a jamais parlé à la défenderesse. Les décomptes de commissions des mois de décembre 2006 et janvier 2007 ont été adressés par la société d'assurance à S._____.

Au début de l'année 2006, S._____ s'est inscrit au registre des intermédiaires d'assurance. Il a contracté une assurance responsabilité civile à titre personnel qui a pris effet le 18 mai 2006.

Le 11 avril 2006, la défenderesse a signé une police d'assurance responsabilité civile professionnelle auprès de la société [...]. Par la suite, S._____ a négligé de s'occuper du paiement de la prime du contrat d'assurance concernée, laquelle est parvenue à échéance le 11 mai 2006, ce malgré plusieurs rappels. De fait, il a conservé la facture et les rappels, sans les remettre à la comptabilité de la défenderesse pour règlement. Lorsqu'il a découvert, en octobre 2006, que la prime n'avait pas été payée, Z._____ a immédiatement rétabli la situation.

8. En 2005, Z._____ a acheté la totalité des actions de la société [...] et en a modifié la raison sociale, qui est devenue M._____ Sàrl. Cette dernière avait alors pour but le développement de systèmes informatiques, l'installation de ces produits ou de produits existants et leur maintenance.

Le 18 novembre 2006, le but de la société précitée a été modifié pour devenir "étude et développement de systèmes informatiques; courtage en assurance et en réassurance; gestion et analyse de portefeuilles d'assurances; conseils en ressources humaines".

Dans ses déclarations, Z._____ a exposé que la défenderesse avait dans l'idée de déployer ses activités à l'étranger et que M._____ Sàrl devait servir à cette fin. Il a également indiqué que les modifications statutaires avaient été entamées au mois de juin et étaient liées à la volonté de développement à l'étranger.

Pour l'heure, M._____ Sàrl demeure une société dormante.

9. Du fait du demandeur, la déclaration AVS d'une cliente de la défenderesse a été déposée tardivement, de sorte qu'elle s'est vu infliger une indemnité de retard de 10'000 francs. La défenderesse a pris en charge cette indemnité en adressant à sa cliente une note de crédit d'un montant de 10'000 fr. le 30 août 2007.

10. Entre le 7 novembre et le 8 décembre 2006, le demandeur et S._____ ont élaboré plusieurs business plans. La mention "confidentiel" apparaissait sur toutes les pages des documents.

Un projet (cf. pièce 151/3), de 20 pages, daté du 7 novembre 2006 et intitulé "Courtage Afrique de l'Est - Description du projet de lancement", indiquait en dernière page, sous adresse, " [...] Switzerland" ainsi que les numéros de téléphone et de télécopie de la défenderesse et, sous contact, " S._____ - Directeur Courtage" et " R._____ - Directeur Services" ainsi que les numéros de téléphone et de télécopie de la défenderesse, leurs numéros de portable et leurs adresses professionnelles "@ [...]".

Un projet (cf. pièce 21), de 15 pages, a été daté du 28 novembre 2006 et intitulé " [...] - Société de services". Son introduction prévoyait ce qui suit:

"L'objectif de cette société de services administratifs est de fournir aux entreprises une alternative, soit éviter l'engagement de personnel de support à la croissance de l'activité et ce, principalement dans le domaine de la gestion des Ressources Humaines et de la gestion d'assurance.

[...]

Notre activité de services est actuellement consolidée avec les activités de développement informatique de la société Q._____ SA à Nyon.

Le service outsourcing existe depuis janvier 2004 et le service courtage depuis septembre 2005.

Actuellement en pleine progression (acquisition de client [sic]) notre société recherche des fonds externes afin de se développer de manière constante et efficace.

La progression actuelle de l'activité outsourcing est de 5 nouveaux clients (entreprise) par année, l'activité courtage grandit quand [sic] à elle de 6 clients (entreprise) par année en moyenne.

[...]

Notre portefeuille de clients actuels se compose à 90% de société [sic] multinationales.

Le service outsourcing a actuellement 1500 employés sous gestion répartis dans 14 entreprises.

Le service courtage a actuellement 9 entreprises sous gestion représentant environ 8 millions de primes d'assurance.

Afin de soutenir ce service, nous employons actuellement 7 personnes à plein temps.

Etant donné notre position et la situation du marché, notre activité représente très peu de risques.

Nous avons l'intention d'ouvrir notre capital à un investissement externe. Le montant demandé est de CHF 650'000 ce qui correspond [sic] à un équivalent de 20 à 30% des parts de la société."

Sous le titre "forme juridique", il était indiqué: "Nous cherchons à créer une Société Anonyme avec un capital de CHF 700'000". Le but social était "Externalisation de services dans le domaine des Ressources Humaines et des salaires et Formation. Courtage d'assurances national et international, courtage immobilier, planification financière et gestion de Fonds de pension". La société devait être composée de onze employés, sous la direction de R._____, en qualité de directeur outsourcing, et d'S._____, en qualité de directeur courtage. Il était relevé que le prénommé était déjà inscrit en tant que personne auprès de l'Office fédéral des assurances privées. Selon le plan financier, sous charges, un montant de 101'700 fr. devait être alloué au poste "utilisation logiciel salaire Q._____ SA".

Deux projets ont été datés du 4 décembre 2006.

L'un (cf. pièce 22), de 24 pages, était intitulé " [...] - Société de services - Business Plan" et comportait la même introduction que le projet du 28 novembre 2006 précité.

Sous le titre "forme juridique", il était indiqué: "Nous cherchons à créer une Société Anonyme avec un capital de CHF 500'000". Le but social était "Externalisation de services dans le domaine des Ressources Humaines et des salaires et Formation. Courtage d'assurances national et international, courtage immobilier, planification financière et gestion de Fonds de pension". La société ne comprenait plus que sept employés et gardait à sa tête R._____, en qualité de directeur outsourcing, et S._____, en qualité de directeur courtage. Il était relevé que le prénommé était déjà inscrit en tant que personne auprès de l'Office fédéral des assurances privées. Le projet faisait en sus état des curriculums vitae des deux directeurs, dont l'en-tête précisait leurs adresse et coordonnées téléphoniques personnelles respectives. Selon les plans financiers, sous charges, un montant de 100'000 fr. devait être alloué au poste "utilisation logiciel salaire Q._____ SA" en 2007, un montant de 150'000 fr. en 2008 et un montant de 150'000 fr. en 2009.

L'autre projet (cf. pièce 151/7), de 28 pages, était intitulé " [...] - Société de services - Business Plan". Son introduction prévoyait l'adjonction d'un nouveau paragraphe et avait la teneur suivante:

"L'objectif de cette société de services administratifs est de fournir aux entreprises une alternative, soit éviter l'engagement de personnel de support à la croissance de l'activité et ce, principalement dans le domaine de la gestion des Ressources Humaines et de la gestion d'assurance.

[...]

Notre activité de services est actuellement consolidée avec les activités de développement informatique de la société Q. _____ SA à Nyon.

Le service outsourcing existe depuis janvier 2004 et le service courtage depuis septembre 2005.

Cette société ne pouvant plus soutenir notre croissance, nous cherchons à nous en dissocier et à créer une structure indépendante sous le nom de " [...]".

Actuellement en pleine progression (acquisition de client [sic]) notre société recherche des fonds externes afin de se développer de manière constante et efficace.

La progression actuelle de l'activité outsourcing est de 5 nouveaux clients (entreprise) par année, l'activité courtage grandit quand [sic] à elle de 6 clients (entreprise) par année en moyenne.

[...]

Notre portefeuille de clients actuels se compose à 90% de société [sic] multinationales.

Le service outsourcing a actuellement 1500 employés sous gestion répartis dans 14 entreprises.

Le service courtage a actuellement 9 entreprises sous gestion représentant environ 8 millions de primes d'assurance.

Afin de soutenir ce service, nous employons actuellement 7 personnes à plein temps.

Etant donné notre position et la situation du marché, notre activité représente très peu de risques.

Nous avons l'intention d'ouvrir notre capital à un investissement externe. Le montant demandé est de CHF 650'000 ce qui correspond [sic] à un équivalent de 20 à 30% des parts de la société."

Ce projet prévoyait également la création d'une société anonyme avec un capital de 500'000 fr. réparti comme suit: 30% pour R. _____, 30% pour S. _____, 30% pour des investisseurs et 10% pour "autres". Le but social était "Externalisation de services dans le domaine des Ressources Humaines et des salaires et Formation. Courtage d'assurances national et international, courtage immobilier, planification financière et gestion de Fonds de pension". La société devait être composée de sept employés et avoir à sa tête R. _____, en qualité de directeur outsourcing, et S. _____, en qualité de directeur courtage. Il était relevé que le prénommé était déjà inscrit en tant que personne

auprès de l'Office fédéral des assurances privées. Le projet faisait état des curriculum vitae des deux directeurs, dont l'en-tête précisait leurs adresse et coordonnées téléphoniques personnelles respectives. Selon les plans financiers, sous charges, aucun montant ne devait être alloué au poste "utilisation logiciel salaire Q._____ SA" en 2007, un montant de 18'000 fr. en 2008 et un montant de 21'600 fr. en 2009.

Un projet (cf. pièce 60), de 8 pages, était daté du 8 décembre 2006 et intitulé "Projet - Société de services". Son introduction était la suivante:

"L'objectif de cette société de services administratifs est de fournir aux entreprises une alternative, soit éviter l'engagement de personnel de support à la croissance de l'activité et ce, principalement dans le domaine de la gestion des Ressources Humaines et de la gestion d'assurances.

En effet, ces 2 domaines aussi différents que liés, se compliquent de jours en jours (nouveau certificat de salaires, nouvelles règles de frais de représentation, gestion des Stock Options, nouvelle réglementation LPP, gestion de Captive, création de "Master" d'assurances,...) et les entreprises se perdent souvent dans ces dédales administratifs.

Deux solutions s'offrent à elles, la première est d'engager des spécialistes internes et la deuxième et [sic] de confier cette gestion à une société externe spécialisée."

Il était indiqué que la société aurait à sa tête deux directeurs, A et B. Selon le plan financier, le montant affecté au poste "utilisation logiciel salaire Q._____ SA" s'élevait à 101'700 francs. Ce projet ne mentionnait aucun nom.

Le projet daté du 7 novembre 2006 concernant le courtage en Afrique de l'Est a été repris tel quel et daté du 8 décembre 2006 (cf. pièce 61).

Le demandeur et S._____ ont également élaboré un document intitulé "2007 [...] Budget" qui comprenait, sous la rubrique "Recettes", une liste de sociétés, dont la plupart étaient clientes de la défenderesse. Il dressait une liste de prénoms, qui correspondaient presque tous à des collaborateurs des départements outsourcing et courtage de la défenderesse. Ainsi, le prénom " [...]" faisait référence à S._____, " [...]" au demandeur, " [...]" à [...], ingénieur auprès de la

défenderesse, " [...]" à W._____ [...]" à [...], " [...]" à [...], et " [...]" à [...], toutes employées de la défenderesse. Z._____ ne figurait quant à lui nulle part dans ce document et sa nièce, [...], également employée au sein du département outsourcing de la défenderesse, n'y était pas mentionnée non plus. Il ressort de ce budget qu'un montant mensuel de 7'475 fr. devait être alloué au poste "Rétribution Q._____ SA".

Par courriel du 4 décembre 2006, le demandeur a adressé un business plan à S._____. Ce courriel a été envoyé depuis l'adresse privée du demandeur à l'adresse privée d'S._____. Z._____ n'a pas été mis en copie.

11. Le 21 décembre 2006, la défenderesse a convoqué le demandeur en présence de deux agents de sécurité et l'a licencié avec effet immédiat. Dans sa lettre de résiliation du même jour, la défenderesse indiquait notamment ce qui suit:

"Je découvre avec consternation qu'S._____ et vous-même préparez la mise sur pied d'une structure concurrente.

La société ne peut tolérer des violations aussi caractérisées de vos devoirs de fidélité, de diligence et de non-concurrence."

Elle le rendait également attentif à la clause de non-concurrence prévue sous chiffre 1.3 de son contrat de travail et le priait de restituer son véhicule de service ainsi que tous les documents et objets en sa possession lui appartenant, tels que clés de bureau, ordinateur portable et téléphone portable.

Le 21 décembre 2006, la défenderesse a également résilié le contrat de travail d'S._____ avec effet immédiat.

Dans sa lettre de résiliation du même jour, elle lui reprochait, outre de préparer la mise sur pied d'une structure concurrente, d'avoir négligé de contracter l'assurance de responsabilité civile professionnelle que la loi impose aux intermédiaires d'assurance. Elle précisait réserver

d'ores et déjà toutes prétentions en indemnisation du préjudice qui pourrait résulter de l'absence d'une telle couverture.

Le 29 décembre 2006, le demandeur a contesté son licenciement immédiat et déclaré se tenir à disposition de la défenderesse jusqu'à la fin du délai de congé.

12. Il ressort de la reproduction sur papier de l'agenda électronique du demandeur, qu'en 2004, il avait inscrit la mention "Vacances" sous les jours ouvrables suivants: 26 et 27 février, 25 et 26 mars, 21, 24, 25, 26, 27 et 28 mai, 1^{er} et 2 juin, 27, 28, 29, 30 et 31 décembre, la mention "Ferie" sous le 13 avril, la mention "Out of the office" sous les 1^{er} et 2 avril et du 28 juin au 2 juillet et la mention " [...] annual meeting (Location To be confirmed)" sous les 24 et 25 juin.

En 2005, le demandeur avait inscrit la mention "Vacances" sous les jours ouvrables suivants: 23, 24, 28 et 29 mars, 26, 27, 28 et 31 octobre, 28, 29 et 30 décembre, la mention "Congé" sous le 17 mai, la mention "Out of office" sous le 18 février et le 27 mai, la mention "Sortie K. _____ SA Geneva (Saanen)" sous les 22, 23, 26 et 27 septembre et la mention " [...]s Program" sous les 9 et 12 décembre.

En 2006, il avait inscrit la mention "Vacances" ou "MIB Vacances" sous les jours ouvrables suivants: 2 et 3 janvier, 6, 7 et 8 mars, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 juillet, 2 août, 1^{er}, 4, 5 et 6 décembre, la mention "Pont" sous le 26 mai 2006, la mention "Mariage [...] (Kampala)" sous les 1^{er}, 2, 3, 4, 5, 8, 9 et 10 mai, la mention "Mariage [...] (Lausanne)" sous les 10 et 11 août et la mention " [...] in town" sous les 26, 27, 30 et 31 octobre et les 1^{er}, 2 et 3 novembre.

Selon les déclarations d'H. _____, le demandeur ne remplissait pas ses rapports de vacances.

Z. _____ ne s'occupait pas du suivi des vacances.

13. Le 16 janvier 2007, Z._____ a signé un contrat de gestion externe des salaires.

14. Par courriel du 25 janvier 2007, [...], de la société A._____, a retourné à S._____ les projets de "convention particulière" entre A._____ et L._____, de mandat en faveur de L._____ et de lettre de résiliation du mandat de la défenderesse en lui précisant "Voilà les suggestions d' [...]". Le premier projet n'était ni daté, ni signé. Les deuxième et troisième projets étaient datés du 26 janvier 2007, mais non signés.

D'autres projets, datés des 25 et 26 janvier 2007, de mandat en faveur de la société L._____ et de lettre de résiliation du mandat de la défenderesse ont été préparés à l'attention de N._____, T._____, P._____ et [...].

Le 26 janvier 2007, les sociétés A._____ et T._____ ont résilié le mandat qui les liait à la défenderesse.

Par courriel du 27 janvier 2007, S._____ a indiqué à [...] de la société P._____ qu'il lui faisait parvenir la lettre de résiliation du mandat de la défenderesse et le mandat pour "L._____". Le 31 janvier suivant, [...] lui a répondu en ces termes:

"Ciao S._____, merci pour tes lettres. J'ai parlé de ces changements avec [...] et [...] et ils ne sont pas d'accord pour l'instant de bouger les choses. J'ai essayé de les convaincre mais pour le moment ça ne marche pas. Nous restons donc avec Q._____ SA pour l'instant mais nous avons résilié le [...] et [...] et nous nous sont plaint [sic] auprès de M. Z._____ qui est venu hier dans nos locaux. La peur de [...] et [...], qu'en partie je comprends, c'est que vous n'aurez pas bcp [sic] de temps au début pour gérer notre portefeuille d'une façon efficace. Donc pour l'instant laissons les choses comme elles sont, et je te tiendrai informé d'ici quelques mois si nous pouvons finalement abandonner Q._____ SA pour d'autres "horizons". ciao et bonne journée."

Par courriel du 29 janvier 2007, intitulé "VOILà LA LETTRE TYPE", le demandeur a envoyé à S._____ un projet de lettre en versions française et anglaise destinée à la société N._____. Dans cette lettre, ils confirmaient à cette dernière leur séparation de la défenderesse et lui

indiquaient ce qui suit: "Afin de continuer à donner un service de qualité, nous avons créé la société 'L._____'. Il est évident que nous vous garantissons que les avantages que nous avons négociés pour N._____ en 2006 seront maintenus et en particulier les points suivants: [...]. Votre personne de contact principal demeure Monsieur S._____ [...]"

Le 29 janvier 2007, [...] a informé la défenderesse qu'elle résiliait son contrat de travail.

Le 30 janvier 2007, W._____ en a fait de même.

Les 5 février, 12 février et 5 avril 2007, des projets d'offre de mandat de gestion de portefeuille d'assurances en faveur de L._____ ont été préparés à l'attention respectivement de la société [...], de la société [...] et d' [...].

Le 13 février 2007, le demandeur et S._____ ont élaboré un projet (cf. pièce 151/8), de 20 pages, intitulé " L._____ SA - Société de services - Business Plan". Son introduction prévoyait ce qui suit:

"L'objectif de cette société de services administratifs est de fournir aux entreprises une alternative, c'est-à-dire d'éviter l'engagement de personnel de support à la croissance de l'activité et ce, principalement dans le domaine de la gestion des Ressources Humaines et de la gestion d'assurances. En effet, ces 2 domaines aussi différents que liés, se compliquent de jours en jours et les entreprises se perdent souvent dans ces dédales administratifs. De plus, nous sommes dans un segment de marché à faible concurrence car nous sommes parmi les seuls à offrir une aussi grande palette de services. Les atouts principaux de nos services sont clairement la gestion d'expatriés et la consolidation de leurs Fonds de Pension. Bien que nous servions tous types de sociétés, nous privilégions les entreprises de plus de 30 personnes. Etant donné nos compétences et la situation du marché, notre activité représente très peu de risques."

Ce projet prévoyait la création d'une société anonyme avec un capital de 100'000 fr. réparti comme suit: 34% pour R._____, 33% pour S._____ et 33% pour des investisseurs. Le but social était "Externalisation de services dans le domaine des Ressources Humaines et des salaires et Formation. Courtage d'assurances national et international, courtage immobilier, planification financière et gestion de Fonds de

pension". La société devait avoir à sa tête deux directeurs, R._____ et S._____. Il était relevé que le prénommé était déjà inscrit en tant que personne auprès de l'Office fédéral des assurances privées. Selon les plans financiers 2007 à 2011, aucun montant ne devait être alloué au poste "utilisation logiciel salaire". Les plans faisaient état de trois postes et demi en 2007, quatre postes en 2008 et 2009 et cinq postes en 2010 et 2011.

Le 23 février 2007, [...] a informé la défenderesse qu'il résiliait son contrat de travail.

Selon le journal de la CVCI de mai 2007, L._____ -R._____, à Genève, était inscrite en qualité de nouveau membre.

Le 11 juillet 2007, la société L._____ Sàrl a été inscrite au registre du commerce. Le demandeur et S._____ en étaient les associés gérants; à ce jour, seul le prénommé est encore inscrit en qualité d'associé gérant. Le but de la société est "conseils et externalisation de services concernant les ressources humaines et la gestion administrative; prestations de service, développement et vente de produits y relatifs; conseils et courtage dans le domaine mobilier et immobilier et des assurances; financement et planification financière y relatifs".

Par contrat du 24 juillet 2007, W._____ a été engagée par L._____ Sàrl en qualité de "Brokerage Manager".

Le 17 décembre 2007, la société P._____ a résilié le mandat qui la liait à la défenderesse.

Par courrier du 2 septembre 2008 adressé au Juge d'instruction de l'arrondissement de La Côte, la société A._____ a déclaré qu'elle avait mis un terme au contrat de mandat la liant à la défenderesse car elle n'était pas satisfaite de la qualité des prestations de cette société et qu'elle avait mandaté la société [...] à Nyon.

15. Le 22 février 2007, l'intervenante J._____ a reçu de la part du demandeur une demande d'indemnité de chômage établie le 15 février 2007. En prenant en compte un gain assuré de 8'900 fr., la J._____ a fixé l'indemnité journalière de chômage à 287 fr. 10 brut, dont elle a déduit les charges sociales AVS/AI/APG (5.05%), la LAA (2.94%) et la LPP. Ainsi, pour les mois de décembre 2006 à mars 2007, elle a versé au demandeur le montant de 17'368 fr. 45, charges sociales déduites.

16. Le 15 février 2007, la défenderesse a déposé une plainte pénale contre S._____ pour abus de confiance. La plainte pénale a été ultérieurement étendue à l'encontre du prénommé et du demandeur pour concurrence déloyale.

L'enquête pénale a abouti à une ordonnance de non-lieu.

17. Le 19 mars 2007, dans le cadre des poursuites n^{os} [...], [...] et [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée, le demandeur a fait notifier à la défenderesse trois commandements de payer pour des montants respectifs de 7'500 fr., 7'532 fr. et 15'500 francs.

Le 30 mai 2007, la défenderesse a opposé les montants de 1'499 fr. 95 et 5'000 fr. en compensation de la somme de 7'532 fr. qu'elle a admis devoir au demandeur.

18. Par demande du 16 mai 2007, R._____ a pris contre Q._____ SA les conclusions suivantes:

"Condamner Q._____ SA à verser à M. R._____ la somme de CHF 442'272.85 brut, sous déduction des cotisations aux diverses assurances sociales, LPP comprise, plus intérêts à 5% l'an à compter du 22 décembre 2006;

Lever définitivement l'opposition formée par Q._____ SA aux commandements de payer qui lui ont été notifiés le 19 mars 2007 dans le cadre des poursuites N° [...], [...] et [...];

En conséquence dire que les poursuites N° [...], [...] et [...] iront leur voie;

Débouter Q._____ SA de toute autre conclusion;

Acheminer Monsieur R. _____ à prouver, par voie de droit utile, la véracité des faits allégués dans la présente écriture."

Par demande complémentaire du 12 juillet 2007, l'intervenante J. _____ a pris les conclusions suivantes:

I. L'intervenante, la J. _____, est subrogée au demandeur, R. _____, dans les droits, y compris le privilège légal, que ce dernier a contre la défenderesse, Q. _____ SA, ce à concurrence CHF 17'368.45 (dix sept mille trois cent soixante huit francs et 45 cts) avec intérêt à cinq pour cent l'an dès le 22 décembre 2006, représentant les indemnités de chômage versées à la demanderesse pour la période du 22 décembre 2006 au 31 mars 2007.

II. En conséquence, la défenderesse, Q. _____ SA, est débitrice de l'intervenante, la J. _____, et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 17'368.45 (dix sept mille trois cent soixante huit francs et 45 cts) avec intérêt à cinq pour cent l'an dès le 22 décembre 2006."

Dans sa réponse du 12 octobre 2007, la défenderesse a conclu principalement au rejet de la demande et reconventionnellement à ce qu'il soit dit que le demandeur est son débiteur et lui doit prompt paiement de la somme de 1'467 fr. 95 avec intérêt à 5% l'an dès le 12 octobre 2007. Elle a invoqué la compensation.

Dans sa réplique du 12 février 2008, le demandeur a confirmé les conclusions de sa demande.

Le 20 février 2008, la J. _____ a déposé une demande complémentaire confirmant les conclusions de son écriture du 12 juillet 2007.

Dans sa duplique du 29 avril 2008, la défenderesse a elle aussi confirmé ses précédentes conclusions.

Le 8 mai 2008, le demandeur s'est déterminé sur la duplique et a déclaré qu'il persistait dans les conclusions de ses demande et réplique.

Les 8 et 16 février ainsi que le 5 mars 2012, le Juge instructeur de la Cour civile a procédé à l'audition des témoins [...], [...], [...], [...], S. _____, H. _____, Z. _____, [...], [...], [...] et [...].

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions s'élève à 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]).

L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel, en l'occurrence la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC).

Formé en temps utile, par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable. Il en va de même de l'appel joint formé par l'intimé dans le délai imparti pour le dépôt de sa réponse.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et

doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135).

3. a/aa) L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir nié l'existence de justes motifs de résiliation. Selon elle, l'examen du contenu du business plan du 4 décembre 2006 (pièce 151/7) devait les amener à retenir que la structure mise sur pied par l'intimé et son collègue S._____ l'avait été à son insu. Tout d'abord, son directeur, Z._____, était totalement absent de la nouvelle entité; d'une part, les actions devaient être réparties à raison 30% pour l'intimé, 30% pour S._____, 30% pour des investisseurs et 30% pour des actionnaires minoritaires, d'autre part, Z._____ ne se voyait attribuer aucune fonction dirigeante et n'intervenait en aucune autre qualité, alors que l'intimé et son collègue se propulsaient seuls directeurs de la structure en création. Ensuite, il ne serait pas concevable que le directeur de l'appelante ait pu consentir à pareil projet qui impliquait la cession à deux de ses employés de la clientèle afférente à deux des trois départements de l'entreprise. Enfin, les redevances qui devaient être versées à la société appelante pour l'utilisation de ses logiciels étaient dérisoires compte tenu des chiffres d'affaires en jeu.

L'appelante se plaint de ce que les règles relatives à la répartition du fardeau de la preuve ont été méconnues. Les premiers juges auraient perdu de vue que l'on était en présence d'un fait négatif, à savoir son ignorance de la mise en place d'une société concurrente par deux de ses employés, dont la preuve est par nature impossible, et qu'il appartenait dès lors à l'intimé de coopérer en offrant la preuve du contraire, ce qu'il n'avait pas fait.

Pour l'appelante, il y a lieu de retenir que l'intimé a tenté de créer une structure concurrente et que ce fait justifiait une résiliation

immédiate de son contrat de travail dès lors que l'on était en présence d'un débauchage systématique, que le dommage potentiel était particulièrement important et que l'intimé avait, en sa qualité de directeur du département outsourcing, une obligation de fidélité accrue.

bb) Pour sa part, l'intimé estime que c'est à bon droit que les premiers juges ont nié l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat. Il leur reproche en revanche de lui avoir alloué une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO ne correspondant qu'à trois mois de salaire. Par voie de jonction, il conclut ainsi au versement d'une indemnité de 76'531 fr. 50 correspondant à six mois de salaire. Il fait valoir qu'il était au service de l'intimée par voie de jonction depuis plus de dix ans. Il soutient que la faute de la société devait être qualifiée de très grave, celle-ci ayant, sur la base de soupçons de concurrence déloyale, licencié son employé puis déposé une plainte pénale, qui a donné lieu à une procédure pénale longue de plus de trois ans avant d'aboutir à un non-lieu, ternissant ainsi définitivement sa réputation. Il relève également les conséquences économiques du licenciement, n'ayant réussi à retrouver du travail que sept mois plus tard, la manière dont la résiliation avait eu lieu, son directeur s'étant adjoint des services de deux agents de sécurité pour le mettre à la porte séance tenante, et les circonstances du congé, celui-ci étant intervenu quelques jours avant les fêtes de fin d'année alors que sa compagne était enceinte.

b) Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 213 c. 3.1; ATF 127 III 351 c. 4a et les références citées). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la

perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III précité; ATF 129 III 380 c. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat (ATF 130 III 28 c. 4.1), par exemple l'obligation de fidélité (cf. art. 321a al. 1 CO; ATF 117 II 72 c. 3 in fine).

Selon la jurisprudence, un employé peut, sans contrevenir à ses obligations découlant du contrat de travail, préparer une activité future en cours d'emploi. Il viole toutefois son devoir de fidélité lorsque ces préparatifs contreviennent au principe de la bonne foi ou encore à une clause de non-concurrence. Tel est avant tout le cas lorsque le travailleur commence d'effectuer une activité concurrente pendant le délai de congé ou qu'il cherche à débaucher ses collègues ou soustraire la clientèle de son employeur (ATF 117 II 72 c. 4a; ATF 104 II 28 c. 2, confirmé in TF 4C.98/2005 du 27 juin 2005 c. 3.1; TF 4C.221/2004 du 26 juillet 2004 c. 2.2 et les références citées).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210]). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 127 III 351 c. 4a). Le comportement des cadres doit ainsi être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise (ATF 130 III 28 c. 4.1; ATF 127 III 86).

C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (art. 8 CC; TF 4A_454/2007 du 5 février 2008 c. 2.1; ATF 130 III 213 c. 3.2 in fine). Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a précisé que la règle de

l'art. 8 CC s'applique en principe également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Cette exigence est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi qui obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire (ATF 119 II 305 c. 1/b/aa; ATF 106 II 31 c. 2). L'obligation, faite à la partie adverse, de collaborer à l'administration de la preuve, même si elle découle du principe général de la bonne foi (art. 2 CC), est de nature procédurale et ne touche pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci. C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve (ATF 119 II 305 c. 1/b/aa).

Il est admis que le licenciement immédiat est justifié lorsque l'employeur qui a résilié le contrat sur la base de soupçons parvient à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent mal fondés, l'employeur supporte les conséquences de l'absence de preuve, de sorte que le licenciement immédiat doit être considéré comme injustifié, à moins que le travailleur n'ait fait obstacle de manière déloyale à leur éclaircissement (TF 4C.325/2000 du 7 février 2001 c. 2a).

c) Il ressort de l'instruction qu'entre le 7 novembre et le 8 décembre 2006, l'intimé et son collègue S. _____ ont, en cours d'emploi, élaboré à tout le moins six business plans, deux d'entre eux concernant un projet d'extension des courtages en Afrique de l'Est et les quatre autres un projet de société de services d'outsourcing et de courtage en Suisse. Les premiers juges ont considéré qu'il n'avait pas été établi que l'intimé avait, durant son engagement, préparé une activité concurrente à celle de l'appelante. Un examen des business plans et des circonstances dans lesquelles ils ont été élaborés montrent cependant qu'il y a lieu d'infirmier cette appréciation.

On relève tout d'abord que les business plans avaient pour objectif la création d'une société dont le but était l'externalisation de services dans le domaine des ressources humaines et le courtage en assurances et immobilier, soit un but similaire à celui poursuivi par l'appelante. Aucun des projets ne mentionnait le nom du directeur de l'appelante, Z._____. Selon le projet daté du 4 décembre 2006 faisant 28 pages (pièce 151/7), les actions devaient être réparties à raison de 30% pour l'intimé, 30% pour S._____, 30% pour des investisseurs et 10% laissés pour "autres". Sous réserve du business plan du 8 décembre 2006 intitulé "Projet - Société de services" (pièce 60), les projets plaçaient systématiquement à la tête des sociétés à créer deux directeurs, soit l'intimé en qualité de directeur outsourcing et S._____ en qualité de directeur courtage. Par ailleurs, les échanges de business plans n'ont eu lieu qu'entre les seuls deux employés, d'une adresse électronique privée à l'autre, sans qu'aucune copie n'ait jamais été notifiée à Z._____. Le fait que les projets du 7 novembre 2006 (pièce 61) et du 8 décembre 2006 (pièce 151/3) mentionnaient les numéros de téléphone et de télécopie et les adresses électroniques professionnelles des deux employés ne saurait signifier que la structure parallèle aurait été élaborée avec l'accord de l'appelante. Cela pouvait être un argument de séduction pour attirer les futurs clients; il n'est en effet pas impossible que les employés voulaient profiter à ce moment-là de leur position au sein de l'appelante et tenter par ce biais de rendre leur projet attractif. On ignore au demeurant si ces documents ont été soumis à d'éventuels cocontractants intéressés.

Le document intitulé "2007 [...] Budget" qui dresse une liste de sociétés, pour la plupart clientes de l'appelante, ainsi qu'une liste de collaborateurs de cette dernière révèle que l'intimé et son collègue S._____ ont cherché, en cours d'emploi, à débaucher des clients et des collaborateurs de leur employeur.

Il apparaît en outre que l'un des deux employés initiateurs du projet parallèle avait conclu en son nom propre une "Convention de commission", sans en avoir jamais parlé à l'employeur, s'était enregistré

au registre des intermédiaires d'assurance et avait contracté une assurance responsabilité civile professionnelle à titre personnel.

S'agissant de la société M._____ Sàrl, on relève qu'aucun lien avec les projets de l'intimé et de son collègue S._____ n'a été établi. Le fait que, quelques jours avant le licenciement de ces derniers, le but de cette société, dont Z._____ était l'unique associé gérant, ait été modifié pour ajouter à son activité de développement de système informatique, une activité de courtage en assurances et en réassurances ainsi que de conseils en ressources humaines, notamment, n'est pas déterminant et ne permet pas de retenir que le directeur de l'appelante et ses deux employés avaient le projet commun d'étendre leurs services de courtage en Afrique de l'Est et de créer une nouvelle société de services.

Avec l'appelante, on doit encore constater le silence de l'intimé sur les circonstances dans lesquelles il aurait discuté du projet d'étendre à un autre continent les services de l'appelante et de créer une nouvelle société de services ou dans lesquelles des instructions lui auraient été données en ce sens. On ne dispose par ailleurs d'aucun titre ou témoignage attestant que l'appelante aurait donné son consentement à de tels projets.

Ce faisceau d'indices tendant à démontrer que l'intimé et son collègue S._____ ont tenté de mettre en place une structure concurrente à l'insu de l'appelante en cours d'emploi est corroboré par les événements qui ont suivi le licenciement et dont on peut tenir compte pour évaluer la volonté des intéressés. Le fait que la teneur du business plan du 13 février 2007 (pièce 151/8) était quasiment identique à celle des projets précédents est éloquent. Si l'on y ajoute le fait que l'intimé s'est adressé à plusieurs clients de l'appelante pour leur proposer un nouveau mandat et le fait que, le 11 juillet 2007, la société L._____ Sàrl a été inscrite au registre du commerce, avec pour associés gérants les deux intéressés, force est d'admettre que ces derniers étaient prêts à partir et à mener une activité concurrente.

En définitive, il y a lieu de tenir pour établi le fait que l'intimé a, en cours d'emploi, préparé une activité concurrente à celle de l'appelante sans l'accord de cette dernière. Il est incontestable que ce comportement doit être qualifié de particulièrement grave et constitutif d'un juste motif au sens de l'art. 337 al. 1 CO. Les faits reprochés à l'intimé étaient d'autant plus graves qu'il occupait une fonction de cadre, qu'il était par ailleurs lié par une clause de non-concurrence et que l'on se situe sur un marché très fermé où peu d'entreprises offrent les prestations qui faisaient l'objet du projet litigieux.

d) Au regard de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'allouer à l'intimé les indemnités fondées sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO. Il s'ensuit que les conclusions de la J._____, qui s'était subrogée à l'intimé à concurrence de 17'368 fr. 45, correspondant au montant versé à l'intimé pour les mois de décembre 2006 à mars 2007, doivent être rejetées.

Partant, le moyen de l'appelante principale est admis et celui de l'appelant par voie de jonction est rejeté.

4. a/aa) L'appelante considère que c'est à tort qu'un solde de vacances a été retenu en faveur de l'intimé. D'une part, le témoignage d'H._____, selon laquelle l'intimé "prenait les vacances auxquelles il avait droit", aurait dû être pris en considération. D'autre part, les décomptes produits par l'appelante, qui auraient été établis sur la base de l'agenda électronique de l'intimé, mentionnaient plusieurs jours qui auraient dû être considérés comme jours de vacances. Ainsi, le jour marqué "vacances" (28.03.2005), le jour marqué "congé" (16.05.2005), les jours marqués " [...]s Programm" (09.12.2005 et 12.12.2005), les jours marqués "Mariage [...] (Kampala)" (01.05.2006 au 05.05.2006 et 08.05.2006 au 10.05.2006) et " Mariage [...] (Lausanne)" (10.08.2006 et 11.08.2006), les jours marqués " [...] in town (Gland)" (26.10.2006, 27.10.2006 et 30.10.2006 au 03.11.2006), les jours marqués "out of office" (01.04.2004, 02.04.2004, 28.06.2004 au 02.07.2004, 18.02.2005 et 27.05.2005), les jours marqués " [...] annual meeting" (24.06.2004 et

25.06.2004) et les jours marqués "Sortie K._____ SA Geneva (Saanen) " (26.09.2005 et 27.09.2005). En outre, selon le contrat de travail de l'intimé, les vacances ne pouvaient être reportées d'une année à l'autre, sauf accord de la direction pour une période maximale de six mois. L'appelante ajoute que, même sans clause contractuelle spécifique, il devait en aller ainsi du fait de la fonction de cadre de l'intimé, l'autonomie temporelle dont dispose un directeur impliquant une obligation de sa part de ne pas laisser les vacances s'accumuler.

bb) Pour sa part, l'appelant par voie de jonction fait valoir dans son appel joint qu'il appartenait à l'intimée par voie de jonction de démontrer qu'elle avait accordé ou rémunéré les vacances auxquelles il avait droit. Il relève que le directeur de la société a admis qu'il ne s'était pas occupé du suivi de ses vacances et ignorait où il en était dans son décompte, d'une part, et que les pièces produites par la société sont des tableaux de vacances qui ont été établis par celle-ci, après la fin des rapports de travail, pour les besoins de la cause et sur la base de son agenda électronique qui n'est pas représentatif du nombre de jours de vacances qu'il a pris, d'autre part. Au regard de ces éléments, seules ses affirmations devaient être considérées comme établies. Il soutient que son solde de vacances s'élève à cinquante-trois jours s'agissant de son activité auprès de Q._____ SA et à vingt jours s'agissant de son activité auprès de K._____ SA, que l'intimée par voie de jonction s'était engagée à reprendre (cf. pièce 4). Il conclut ainsi au versement d'un montant de 42'810 fr. 55 à titre de vacances non prises pendant les rapports de travail.

b/aa) A teneur de l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Le versement du salaire afférent aux vacances a pour but de sauvegarder les revenus du travailleur pendant ses vacances; le repos du travailleur n'est alors pas menacé par la nécessité de se procurer d'autres revenus en vue d'assurer son existence pendant cette période (Cerottini, Le droit aux vacances, thèse, Lausanne 2001, p. 179). Il en découle que le salaire afférent aux

vacances doit correspondre au montant qui permet au travailleur de ne pas se trouver, lors des vacances, dans une situation financière moins favorable que celle dont il bénéficie lorsqu'il travaille (Cerottini, *ibidem*).

Aux termes de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. La doctrine et la jurisprudence admettent ainsi que des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 128 III 271 c. 4a/aa, traduit in JT 2003 I 606).

Le fardeau de la preuve du nombre de jours de vacances pris par le travailleur durant la période déterminante incombe à l'employeur (ATF 128 III 271 précité c. 2a/bb). S'il n'est plus possible de prouver ce nombre de jours de vacances déjà pris, le juge peut appliquer par analogie l'art. 42 al. 2 CO pour en estimer la quotité (ATF 128 III 271 précité c. 2b/aa). Une réduction des exigences en matière de degré de la preuve suppose cependant qu'une preuve stricte ne soit pas possible ou ne puisse pas raisonnablement être exigée en fonction de la nature de l'affaire et ne doit pas conduire en pratique à un renversement du fardeau de la preuve. La partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve doit alléguer et établir toutes les circonstances qui permettent de conclure à la réalisation de l'état de fait prétendu (ATF 128 III 271 précité c. 2b/aa; ATF 122 III 219 c. 3a, traduit in JT 1997 I 246).

bb) Selon l'art. 329c CO, en règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante; elles comprennent au moins deux semaines consécutives (al. 1). L'employeur fixe la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage (al. 2).

Selon la doctrine, il incombe à l'employeur de fixer la date des vacances et de se préoccuper, le cas échéant, que le travailleur les prenne (Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Zurich/Bâle/Genève 2009, n. 1 ad art. 329c CO; Duc/Subilia, *Droit du travail*, Lausanne 2010, n. 15 ad art. 329c CO). Le droit aux vacances n'est pas prescrit du fait que celles-ci n'ont pas été prises pendant l'année de service correspondante; le droit aux vacances se cumule d'une année à l'autre (Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014, p. 408; Carruzzo, *op. cit.*, n. 1 ad art. 329c CO). Pour se libérer de son obligation, l'employeur peut fixer unilatéralement la date des vacances lorsque le travailleur s'abstient de les prendre, malgré plusieurs sommations. Tant que le droit aux vacances n'est pas prescrit, la clause qui figure dans certains contrats ou conventions collectives et qui prévoit, par exemple, que les jours de vacances non pris d'ici au 31 mars ou 30 avril de l'année suivante sont perdus est nulle (Carruzzo, *op. cit.*, n. 1 ad art. 329c CO).

c) En l'espèce, les premiers juges ont constaté que, bénéficiant contractuellement de cinq semaines de vacances par an, l'intimé avait droit, pour la durée totale de son engagement entre le 1^{er} janvier 2004 et le 21 décembre 2006, à un total de septante-quatre jours et demi de vacances (25 + 25 + [25 x 355 / 365]).

Il apparaît que le nombre de jours de vacances pris par l'intimé et appelant par voie de jonction ne peut être établi avec exactitude. En particulier, le témoignage d'H. _____, qui a déclaré "J'ai le souvenir que le demandeur prenait les vacances auxquelles il avait droit [...]", est très général et ne permet pas de retenir que l'employé aurait pris toutes ses vacances. Selon la jurisprudence susmentionnée, il appartient à l'employeur d'alléguer et de démontrer le nombre de jours de vacances pris par ses employés. Le directeur de l'appelante a certes déclaré qu'il ne s'occupait pas du suivi des vacances. Celle-ci a en revanche allégué que son employé avait pris un certain nombre de jours de vacances en 2004, 2005 et 2006 et a produit une version papier de l'agenda électronique de l'intimé ainsi que trois décomptes annuels de vacances établis par ses soins sur la base de l'agenda de son employé (pièces 111 à 113). Les

premiers juges ont estimé que cet agenda, qui n'avait pas été établi pour les besoins de la cause, paraissait probant et ont retenu comme jours de vacances pris par l'employé durant son engagement les jours sur lesquels il avait mentionné "Vacances", "Ferie", "Congé" et "Pont", en excluant les jours fériés. Il s'ensuivait que l'intimé et appelant par voie de jonction avait pris dix-huit jours de vacances en 2004 (26 et 27 février, 25 et 26 mars, 21, 24, 25, 26, 27 et 28 mai, 13 avril, 1^{er} et 2 juin, 27, 28, 29, 30 et 31 décembre), douze en 2005 (23, 24, 28 et 29 mars, 17 mai, 26, 27, 28 et 31 octobre, 28, 29, et 30 décembre) et dix-sept en 2006 (2 et 3 janvier, 6, 7 et 8 mars, 26 mai, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 juillet, 2 août, 1^{er}, 4, 5 et 6 décembre), soit quarante-sept jours au total. Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique et le nombre de jours de vacances peut être confirmé.

Contrairement à l'opinion de l'appelante principale, les mentions " [...]s Programm", "Mariage [...] (Kampala), Mariage [...] (Lausanne)" " [...] in town (Gland)", "out of office", " [...] annual meeting" et "Sortie K. _____ SA Geneva (Saanen) " dans l'agenda de l'intimé ne suffisent pas à établir qu'il était en vacances aux dates correspondantes. Le 28 mars 2005 a été comptabilisé comme jour de vacances par l'autorité précédente (cf. jugement querellé, p. 11). Quant au 16 mai 2005, sous lequel figure la mention "Congé", c'est à bon droit que les premiers juges ne l'ont pas compté comme jour de vacances pris par l'intimé dès lors qu'il s'agissait du lundi de Pentecôte, soit d'un jour férié.

De même, on ne saurait suivre l'appelante principale lorsqu'elle soutient que les jours de vacances non pris ne pouvaient être reportés d'une année à l'autre, en se fondant sur la clause prévue par l'art. 5.2 du contrat de travail de l'intimé, d'une part, et sur la fonction de cadre de celui-ci, d'autre part. Comme cela ressort de la doctrine précitée, la seule limite dans le temps aux vacances est posée par le délai de prescription. Ni la clause susmentionnée, qui n'est au demeurant pas valable, ni la fonction de cadre de l'intimé n'ont fait perdre à l'intimé les jours de vacances qu'il n'avait pas pris dans l'année de service correspondante. L'appelante ne s'étant pas préoccupée que l'intimé

prenne régulièrement ses vacances, elle doit en assumer les conséquences.

Pour sa part, c'est en vain que l'appelant par voie de jonction réclame le paiement d'un solde de vingt jours de vacances qu'il n'aurait pas pris chez K. _____ SA. Il ne ressort en effet d'aucune pièce au dossier, ni d'aucun témoignage qu'il bénéficiait d'un quelconque solde de vacances lorsqu'il a été engagé auprès de l'intimée.

Les moyens de l'appelante principale et de l'appelant par voie de jonction s'agissant du droit aux vacances de ce dernier doivent dès lors être rejetés.

5. a) L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle avait renoncé à réclamer le remboursement de l'indemnité de retard de 10'000 fr. qui avait été infligée à l'une de ses clientes en raison d'une négligence de l'intimé et qu'elle avait pris en charge. Ils auraient fait une mauvaise application des art. 115 et 321e CO en considérant que son absence de réserve au moment de la résiliation valait renonciation tacite au remboursement précité. Par ailleurs, la créance serait postérieure au licenciement, dès lors que ce n'est qu'en août 2007 qu'elle a crédité à sa cliente un montant de 10'000 francs.

b) Aux termes de l'art. 321e CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1). La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (al. 2).

Les principes généraux applicables en matière de droit contractuel, notamment le comportement des parties interprété selon le principe de la confiance, peuvent conduire, selon le cas d'espèce, à une

renonciation implicite de l'employeur aux dommages-intérêts fondés sur l'art. 321e CO. Ceux-ci ne peuvent plus être réclamés lorsque, en raison de l'attitude adoptée par l'employeur à la fin de la relation contractuelle, le travailleur a pu admettre de bonne foi que l'autre partie ne revendiquerait aucun dédommagement; le travailleur est alors autorisé à se prévaloir d'une remise conventionnelle de dette. En effet, dans le cadre du contrat de travail, les partenaires se doivent des égards réciproques, au respect desquels ils peuvent s'attendre l'un et l'autre (TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c. 7.1.1; ATF 110 II 344 c. 2b; Duc/Subilia, op. cit., nn. 17 s. ad art. 321e CO).

Le travailleur qui arrive au terme de son contrat est ainsi en droit d'attendre que l'employeur, qui a des prétentions en responsabilité connues - dans leur quotité ou leur principe - à faire valoir contre lui, les lui fasse connaître avant d'accomplir les actes accompagnant la fin des relations de travail, tels que le paiement du dernier salaire ou d'autres règlements de compte, les formalités éventuelles relatives aux prestations de prévoyance, l'établissement d'un certificat de travail ou encore une cérémonie d'adieu. En règle générale, le silence de l'employeur à ce sujet peut être compris par le travailleur comme une renonciation à une telle prétention, exprimée par actes concluants. Il s'agit là d'une remise conventionnelle de dette dont le travailleur peut se prévaloir, l'acceptation d'une telle offre par le travailleur se présumant en application de l'art. 6 CO. Il appartient ainsi à l'employeur d'émettre une réserve à la fin des rapports de travail s'il entend faire valoir une créance en réparation du dommage causé par le travailleur. En revanche, le silence de l'employeur ne saurait impliquer la renonciation à des créances dont il n'a pas encore connaissance, du moins dans leur principe; ce silence n'est pas non plus décisif lorsque l'employeur n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur avant la fin des rapports de travail (TF 4C.8/2007 du 28 mars 2007 c. 2; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c. 7.1.1; ATF 112 II 500 c. 3a; ATF 110 II 344 c. 2b; Carruzzo, op. cit., n. 10 ad art. 321e CO; Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 121 s.).

c) En l'espèce, les premiers juges ont considéré qu'il n'était pas établi qu'à la fin des rapports de travail, l'appelante ait émis quelque réserve que ce soit à l'égard d'une éventuelle prétention en remboursement du montant de 10'000 fr. qu'elle a été amenée à créditer à l'une de ses clientes en raison du comportement de l'intimé. Ce dernier pouvait ainsi se prévaloir du silence de son employeur et en déduire une renonciation de sa part à toute prétention en dommages-intérêts de ce chef. Dans cette mesure, il n'était pas nécessaire de déterminer si l'intimé pouvait être reconnu responsable d'un préjudice causé à l'appelante. Ce point de vue doit être confirmé.

L'appelante ne conteste pas avoir eu connaissance, au moment du licenciement, de ce que l'une de ses clientes se soit vu infliger une indemnité de retard du fait de l'intimé et que cette indemnité se soit élevée à 10'000 francs. La connaissance de ces faits suffisait pour formuler une prétention en dommages-intérêts, voire pour émettre une réserve à ce sujet. Il n'était pas nécessaire que l'appelante ait déjà dédommagé sa cliente du montant de son indemnité de retard. On constate par ailleurs qu'elle a demandé à l'intimé, dans sa lettre de licenciement, de restituer son véhicule de service ainsi que tous les documents et objets en sa possession appartenant à la société, tels que clés du bureau, ordinateur portable et téléphone portable. Dans ces circonstances, il faut admettre que l'intimé pouvait considérer de bonne foi, selon le principe de la confiance, que l'appelante renonçait par actes concluants aux prétentions qu'elle pouvait avoir à son encontre en lien avec l'indemnité de retard infligée à l'une de ses clientes.

6. a) L'appelante considère qu'elle a droit à une indemnité à raison d'une violation de la clause de non-concurrence. Elle soutient que certaines des pièces perquisitionnées par la police dans le cadre de l'enquête pénale démontrent que plusieurs de ses clientes ont rejoint la société de l'intimé et d'S._____ (pièces 151/9 et 151/10; cf. pièce 87). Dans cette mesure, l'autorité de première instance aurait retenu à tort

qu'il n'était pas prouvé que des clientes avaient mis un terme à leur relation commerciale avec l'appelante et rejoint la société de ces derniers.

b) Un travailleur peut s'engager envers l'employeur à ne pas lui faire concurrence après la fin du contrat. Une telle convention requiert la forme écrite (art. 340 al. 1 CO). Elle n'est valable que si le travailleur a connaissance de la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces informations est de nature à causer à celui-ci un préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO). La clientèle comprend l'ensemble des personnes physiques qui entrent en relation avec l'employeur pour acheter des marchandises ou bénéficier de services et qui participent ainsi à la valeur de l'entreprise (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 721); par secrets d'affaires, il faut entendre les connaissances spécifiques que l'employeur veut tenir secrètes et qui touchent soit à des questions techniques soit à l'organisation de l'entreprise, comme la liste de clientèle (ibidem, p. 725). La prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité (art. 340a al. 1 CO).

Aux termes de l'art. 340b al. 1 CO, le travailleur qui enfreint la prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur. Il appartient à l'employeur de démontrer l'existence des quatre conditions cumulatives suivantes: l'existence d'une clause de prohibition de concurrence valable, la violation de cette clause, l'existence d'un dommage et le lien de causalité naturelle entre l'activité concurrente et le dommage (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 735).

c) En l'espèce, les premiers juges ont rejeté la prétention de l'appelante relative à une éventuelle violation de la clause de prohibition de concurrence au motif qu'il n'était pas établi que les sociétés A._____, T._____ et P._____, lesquelles ont quitté l'appelante, avaient mandaté la société de l'intimé et d'S._____.

Par courriel du 25 janvier 2007, [...], de la société A._____, a retourné à S._____ les projets de "convention particulière" entre A._____ et L._____, de mandat en faveur de L._____ et de lettre de résiliation du mandat de l'appelante en lui précisant "Voilà les suggestions d' [...]". Le premier projet n'était ni daté, ni signé. Les deuxième et troisième projets étaient datés du 26 janvier 2007, mais non signés. S'il a été établi que, le 26 janvier 2007, la société A._____ a résilié le mandat de l'appelante, il n'a en revanche pas été démontré qu'elle aurait par la suite donné un quelconque mandat à l'intimé. Bien au contraire, il ressort du courrier de cette société du 2 septembre 2008 à l'attention du Juge d'instruction de l'arrondissement de La Côte qu'elle avait mis un terme au contrat de mandat la liant à l'appelante car elle n'était pas satisfaite de la qualité des prestations de cette dernière et qu'elle avait mandaté la société [...] à Nyon (cf. pièce 30).

Par courriel du 29 janvier 2007, l'intimé a adressé à S._____ deux projets de lettre à l'attention de la société N._____ pour confirmer à cette dernière leur séparation de l'appelante et l'informer de ce qu'ils avaient créé la société L._____ Sàrl et lui garantissaient que les avantages qu'ils lui avaient négociés en 2006 seraient maintenus. Là encore, si l'on peut certes prendre acte du fait qu'après son licenciement l'intimé s'est adressé - avec S._____ - à la société N._____ aux fins de se voir confier un mandat, il n'est pas établi que dite société a effectivement mandaté l'intimé par la suite.

Le même constat s'impose s'agissant de la société P._____, laquelle a même expressément déclaré à S._____ dans son courriel du 31 janvier 2007 qu'elle n'entendait pas lui confier de mandat et qu'elle restait pour l'instant avec l'appelante.

Quand bien même, eu égard à ce qui précède, il n'est pas établi que les sociétés précitées ont quitté l'appelante pour mandater l'intimé, il apparaît en revanche que des démarches ont été entreprises par l'intimé et S._____ auprès de la clientèle de l'appelante, et cela en dépit de la clause de non-concurrence selon laquelle l'intimé s'engageait à

s'abstenir "de toute démarche auprès de la clientèle, des prospects et des partenaires de Q. _____ SA". A cela s'ajoute la création par l'intimé et S. _____ de la société M. _____ Sàrl, dont le but - "conseils et externalisation de services concernant les ressources humaines et la gestion administrative; prestations de service, développement et vente de produits y relatifs; conseils et courtage dans le domaine mobilier et immobilier et des assurances; financement et planification financière y relatifs" - était explicite. Dans ces circonstances, on ne peut exclure que l'intimé ait enfreint la clause de non-concurrence - à supposer qu'elle fût valable - qui le liait à l'appelante. Cette question peut toutefois demeurer indécise, l'appelante n'ayant ni allégué ni établi à satisfaction l'existence d'un dommage et le lien de causalité, qui ont été mentionnés pour la première fois dans le cadre de son mémoire de droit du 10 octobre 2012 (cf. ch. 45 à 47). Selon l'appelante, le dommage correspondrait à la perte de gain - chiffrée à 32'500 fr. - subie ensuite du départ des sociétés A. _____, N. _____, [...], T. _____ et P. _____. Les chiffres articulés par l'appelante ne sauraient toutefois être retenus pour un éventuel calcul du dommage, s'agissant de recettes tirées d'un budget prévisionnel d'une société autre que l'appelante et encore inexistante ainsi que d'une marge bénéficiaire arbitrairement fixée à 5%. Par ailleurs, il n'est pas établi, comme on l'a vu ci-dessus, que les sociétés visées par l'appelante ont mis fin à leurs relations contractuelles avec celle-ci pour mandater l'intimé; l'existence d'un lien de causalité doit dès lors être niée.

7. a) L'appelant par voie de jonction considère qu'il a droit à un montant de 112'304 fr. 35 à titre de complément de salaire. Il soutient tout d'abord que les faits ont été retenus de manière inexacte. Ainsi, il aurait perçu en 2006 un salaire de 103'628 fr. et non de 104'063 fr. 35. La part en nature qu'il devait recevoir aurait consisté en une prise en charge de ses frais de téléphone et de véhicule privé ainsi qu'en une attribution des actions d'une société destinée à reprendre les activités d'outsourcing et non en une participation aux bénéfices dégagés par l'activité d'outsourcing. Par ailleurs, l'autorité de première instance aurait omis de retenir qu'il avait consenti à une baisse de salaire, destinée à permettre

de réduire les charges sociales de son employeur, uniquement à condition qu'il reçoive des compensations équivalentes en nature. Finalement, l'état de fait aurait dû constater qu'il aurait dû percevoir en contrepartie de son activité au service de l'intimée par voie de jonction la somme de 455'229 fr. 75 (153'063 fr. + 153'063 fr. + 149'103 fr. 75) (cf. pièce 5), qu'il avait touché en espèces la somme de 317'228 fr. (106'800 fr. + 106'800 fr. + 103'628 fr.) (cf. pièces 12 à 14), de sorte qu'un solde de salaire de 138'001 fr. 75 lui était dû, lequel après déduction d'un montant de 20'000 fr. à titre de prise en charge des frais privé et d'un montant de 5'000 fr. à titre de prêt pour une opération ophtalmique, s'élevait encore à 113'001 fr. 75, réduit à 112'304 fr. 35 conformément aux conclusions de sa demande. En second lieu, l'appelant par voie de jonction se plaint d'une violation des art. 322, 327a et 327b CO. Il fait valoir que même si la somme de 78'639 fr. 30 avait été assumée par l'intimée par voie de jonction, il ne serait pas établi que ce montant concernait des dépenses privées, de sorte qu'il ne pouvait compenser la part de son salaire qui ne lui avait pas été versée en espèces. Il soutient par ailleurs que c'est à tort que la Cour civile a déduit de son silence qu'il aurait accepté une modification du contrat tant elle lui était défavorable.

b) Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. L'art. 341 al. 1 CO, qui exclut une renonciation de la part du travailleur, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de normes impératives, ne vise pas l'art. 322 CO, de sorte que le salaire du travailleur peut être modifié ou diminué en cours de contrat par accord des parties (TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 c. 4.2).

Si le contrat de travail doit être modifié, cela suppose une manifestation concordante de volontés des parties. Sauf cas particulier, celle-ci n'est subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière et peut notamment ressortir du comportement adopté par les parties, soit d'une modification tacite. Toutefois, c'est avec réserve que le juge peut inférer du silence du travailleur, à la suite d'une proposition de

modification du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de ces conditions. Celle-ci ne peut être admise que dans les situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit et de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (TF 4C.242/2005 précité c. 4.3; ATF 109 II 327 c. 2b; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 59). La jurisprudence se montre restrictive car, en général, on peut attendre d'un employeur qui entend modifier un contrat qu'il formule clairement son offre et impartisse à son cocontractant un délai pour se prononcer (Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, n. 2 ad art. 320 CO). Pour certains auteurs, il conviendrait d'admettre déjà la naissance d'une présomption de fait lorsque le travailleur a encaissé plusieurs fois (au moins trois) un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, sans formuler de réserve (Rehbinder/Stöckli, Commentaire bernois, 2010, n. 19 ad art. 322 CO, pp. 240 s.; Staehelin, Commentaire zurichois, 2006, n. 44 ad art. 322 CO; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 59). Selon eux, le travailleur qui entend déduire par la suite une créance de salaire en raison de cette réduction est tenu de prouver les circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur, malgré le silence durable du travailleur, n'aurait pas dû conclure à l'accord de son employé (Rehbinder/Stöckli, op. cit., n. 19 ad art. 322 CO, p. 241). D'autres auteurs sont d'avis qu'il n'est pas possible d'admettre de manière schématique une telle présomption (cf. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2004, n. 11 ad art. 320 CO; Portmann, Commentaire bâlois, 5^e éd., n. 9 ad art. 322 CO).

En vertu de l'art. 2 al. 1 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. De cette disposition découle le principe *venire contra factum proprium non valet*, selon lequel l'attitude d'une partie qui est contradictoire à son comportement antérieur n'est en principe pas protégé par la loi. Le fait d'adopter une certaine position peut, selon les circonstances, éveiller chez le partenaire une confiance légitime. Un changement d'attitude ultérieur peut alors heurter l'interdiction de l'abus de droit, même si le changement, en soi, est permis (Chappuis, Commentaire romand, Code civil I, Bâle

2010, n. 33 ad art. 2 CC et réf. citée). Selon la jurisprudence, "l'exercice d'un droit peut se révéler abusif si l'attitude de la partie qui agit contredit son comportement antérieur et que des attentes légitimes de l'autre partie s'en trouvent déçues" (ATF 133 III 61 c. 4.1, cité in Chappuis, op. cit., n. 33 ad art. 2 CC). L'interdiction de se contredire a en principe pour conséquence que l'exercice du droit dans ces circonstances n'est pas protégé (Chappuis, op. cit., n. 33 ad art. 2 CC).

c) En l'espèce, le contrat de travail de l'appelant par voie de jonction prévoyait un salaire annuel brut de 153'063 fr., mais ce sont des salaires annuels bruts de 106'800 fr. en 2004 et en 2005 et de 104'063 fr. 35 en 2006 qui lui ont été versés. S'agissant de ce dernier montant, on précise que c'est en vain que l'appelant par voie de jonction le conteste. Le montant de 104'063 fr. 35, retenu par les premiers juges, a été allégué et démontré par l'intimée par voie de jonction, qui a produit en première instance deux pièces y relatives, soit les décomptes "Compte salaire annuel: récapitulatif général 2006" et "Journal des salaires", datés du 1^{er} avril 2008 (pièces 66 et 67). Un montant inférieur n'ayant été établi ni en première instance, ni en appel, il sera dès lors retenu que l'appelant par voie de jonction a réalisé un salaire annuel brut de 104'063 fr. 35 en 2006. Il résulte des chiffres qui précèdent que l'appelant par voie de jonction a perçu pendant toute la durée contractuelle, soit pendant près de trente-six mois, un salaire en espèces réduit de 30%.

L'appelant par voie de jonction ne conteste pas qu'il avait été convenu avec l'intimée par voie de jonction, postérieurement à la conclusion du contrat de travail, qu'il recevrait une part de sa rémunération en espèces et une autre part en nature. Il soutient en revanche qu'il n'a jamais accepté que cette part de salaire en nature puisse être inférieure à la différence entre son salaire contractuel et celui qui lui était versé en espèces.

Il ressort de l'instruction que l'intimée par voie de jonction a mis à la disposition de l'appelant par voie de jonction un téléphone portable et un véhicule. Elle a pris en charge les frais de téléphonie mobile

de son employé par 2'878 fr. 50 en 2004, 2'760 fr. 75 en 2005 et 3'319 fr. 05 en 2006 et les frais relatifs à l'usage de son véhicule à hauteur de 69'681 fr. au moins. L'intimée par voie de jonction a donc assumé les frais de son employé pour une somme de 78'639 fr. 30. Il apparaît que, sur la durée d'engagement, ce dernier montant est inférieur à la différence entre le salaire contractuel et celui qui a été versé en espèces. Force est toutefois de constater, avec les premiers juges, qu'avant l'introduction de sa demande en justice, l'appelant par voie de jonction a toujours encaissé son salaire réduit et fait usage de son téléphone portable et de son véhicule. Il n'a jamais contesté le principe d'une rémunération partiellement en espèces et partiellement en nature, la quotité de la part de salaire versée en espèces ni les prestations comprises dans la part en nature et ne s'est jamais plaint de ce que les frais pris en charge par l'intimée par voie de jonction seraient trop bas. A aucun moment durant toute la durée de son engagement, il n'a réclamé quelque prestation supplémentaire que ce soit à titre de rémunération ni même formulé de réserve.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont considéré que l'appelant par voie de jonction avait accepté que l'intimée par voie de jonction s'acquitterait de son obligation d'employeur en lui versant une part de son salaire en espèces, soit 8'900 fr., et l'autre en nature, la somme des deux pouvant atteindre une valeur inférieure ou supérieure au montant du salaire contractuellement dû. Cela d'autant qu'au vu de la fonction dirigeante de l'appelant par voie de jonction, savoir responsable du département outsourcing, celui-ci ne se trouvait pas en position de faiblesse vis-à-vis de son employeur au moment de conclure cet accord et qu'il était parfaitement en mesure de s'exprimer au sujet de la réduction de son salaire en espèces au profit d'une rémunération en nature.

On précise qu'au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner si, comme le prétend l'appelant par voie de jonction, une partie des 78'639 fr. 30 assumés par l'intimée par voie de jonction couvrait des frais imposés par l'exécution de son travail, ce qui lui

appartenait, au demeurant, d'établir (Subilia/Duc, op. cit., n. 6 ad art. 327a CO).

Mal fondé, le moyen de l'appelant par voie de jonction doit être rejeté.

8. **a)** L'appelant par voie de jonction considère que l'intimée par voie de jonction doit lui rembourser la somme de 15'500 fr. qu'il a payée pour la première redevance du leasing de son véhicule. Il soutient qu'en vertu de l'art. 327a al. 3 CO, un accord de sa part sur la prise en charge de ses frais nécessaires était nul et qu'il ne s'est rendu compte de son erreur que lorsqu'il a consulté un avocat en vue du dépôt de sa demande.

b) Aux termes de l'art. 327a CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (al. 1). Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (al. 3).

L'art. 327b al. 1 CO prévoit que si, d'entente avec l'employeur, le travailleur utilise pour son travail son propre véhicule à moteur ou un véhicule à moteur mis à sa disposition par l'employeur, il a droit au remboursement des frais courants d'usage et d'entretien (soit notamment les dépenses concernant l'essence, l'huile, les services périodiques et les réparations; cf. TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 c. 6.1), dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail. Il en résulte que l'employeur ne répond des frais courants d'usage et d'entretien qu'en proportion de la part qui correspond à l'utilisation professionnelle du véhicule, de sorte que si le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule à titre privé, un partage des frais peut intervenir (Duc/Subilia, op. cit., n. 7 ad art. 327b CO; TF 4C.24/2005 précité c. 6.1). Pour le surplus, le caractère relativement impératif des art. 327a al. 1 et 327b al. 1 CO implique qu'en l'absence de convention écrite contraire, les autres frais incombent entièrement à

l'employeur, même lorsque le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule à des fins privées. Il en va notamment ainsi de l'amortissement - respectivement du leasing - du véhicule, de même que de la prime d'assurance contre la responsabilité civile (TF 4C.24/2005 précité c. 6.1).

L'art. 63 al. 1 CO régit la répétition de l'indu. Selon cette disposition, celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé. Il appartient à l'appauvri de prouver qu'il s'est exécuté par erreur, c'est-à-dire qu'il croyait à tort devoir payer ce qu'il a payé indûment. Savoir si et dans quelle mesure une partie se trouvait dans l'erreur est une question de fait (cf. ATF 118 II 58 c. 3a; TF 4C.161/2006 du 2 août 2006 c. 3.2).

c) L'instruction a permis d'établir que le 19 janvier 2004, l'appelant par voie de jonction s'est acquitté d'un montant de 15'500 fr. à titre de participation aux frais de leasing du véhicule que l'intimée par voie de jonction a mis à sa disposition.

En substance, l'appelant par voie de jonction fait valoir qu'il aurait payé ce montant, en croyant, par erreur qu'il avait pu valablement convenir avec l'intimée par voie de jonction qu'il supporterait une partie de ses frais nécessaires de véhicule, ce qui ne pouvait être le cas compte tenu de l'art. 327a al. 3 CO.

Ce raisonnement ne saurait être suivi. D'une part, il n'est nullement établi que les frais de leasing dont s'est acquitté l'appelant par voie de jonction à hauteur de 15'500 fr. constitueraient des frais imposés par l'exécution du travail. Il ressort en effet du considérant précédent (supra c. 7c) que les parties étaient convenues que l'appelant par voie de jonction reçoive une part de sa rémunération en nature, notamment par la mise à disposition d'un véhicule qu'il pourrait utiliser à titre privé et la prise en charge des frais y relatifs. Dans ce contexte, la convention des parties prévoyant que l'appelant par voie de jonction s'acquitterait d'une partie des frais afférents à son véhicule ne tombait pas sous le coup de

l'art. 327a al. 3 CO et était par conséquent valable. D'autre part, et à supposer que les frais de leasing pris en charge par l'appelant par voie de jonction soient régis par les art. 327a et 327b CO, il faut constater avec les premiers juges que celui-ci n'a pas établi qu'il croyait à tort devoir payer ce qu'il a indûment payé. La condition de l'erreur n'étant pas remplie, l'art. 63 al. 1 CO ne trouve dès lors pas application.

Partant, le dernier grief de l'appelant par voie de jonction doit être rejeté.

9. a) En définitive, l'appel principal doit être partiellement admis et l'appel joint rejeté.

S'agissant des dépens de première instance, il convient de considérer que Q._____ SA obtient majoritairement gain de cause, R._____ échouant sur l'ensemble des conclusions, sous réserve de trois points mineurs, savoir le paiement de vacances non prises à hauteur de 17'914 fr. 15 - alors qu'il réclamait à ce titre le paiement d'un montant de 31'081 fr. 75 - et le remboursement de deux factures qu'il avait payées à tort, la première à concurrence de 7'500 fr. et la seconde à hauteur de 7'532 fr, étant précisé que, s'agissant de ce dernier montant, la compensation objectée par Q._____ SA à concurrence de 5'000 fr. a été admise. Il se justifie dès lors, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble, de mettre à la charge de R._____ l'entier des dépens, qui peuvent être arrêtés à 25'000 fr., y compris le coupon de justice de la défenderesse, par 3'575 francs.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens en faveur de la J._____, dont les conclusions sont rejetées.

b) Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel principal seront arrêtés à 2'154 fr. et ceux de l'appel joint à 2'909 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]). Il y aura lieu de les mettre, s'agissant de l'appel principal, à la

charge de l'appelante à raison d'un tiers et à la charge de l'intimé à raison de deux tiers, aucune des parties n'obtenant gain de cause, mais celui-ci succombant dans une plus grande mesure (art. 106 al. 2 CPC). L'intimé versera ainsi à l'appelante la somme de 718 fr. à titre de restitution partielle de l'avance de frais de deuxième instance. Pour ce qui est de l'appel joint, les frais judiciaires devront être mis dans leur intégralité à la charge de l'intimé, celui-ci succombant entièrement (art. 106 al. 1 CPC).

c) La charge des dépens de deuxième instance est évaluée à 6'000 fr. pour chacun des appels (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]). Vu l'issue du litige, R. _____ versera à Q. _____ SA la somme de 2'000 fr. pour l'appel principal et la somme de 6'000 fr. pour l'appel joint, soit 8'000 fr. au total, à titre de dépens de deuxième instance. Les conclusions de la J. _____ étant rejetées, elle n'a pas droit à l'allocation de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel principal est partiellement admis.
- II.** L'appel joint est rejeté.
- III.** Il est statué à nouveau comme il suit:
 - I. La défenderesse Q. _____ SA doit payer au demandeur R. _____ les sommes suivantes:

- 17'914 fr. 50 (dix-sept mille neuf cent quatorze francs et cinquante centimes), sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 décembre 2006;
- 7'500 fr (sept mille cinq cents francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007;
- 7'532 fr (sept mille cinq cent trente-deux francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007, sous déduction de 5'000 fr. (cinq mille francs), valeur au 11 juillet 2007.

II. L'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite no [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de 7'500 fr. (sept mille cinq cents francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007.

III. L'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite no [...] de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de 7'532 fr. (sept mille cinq cents trente-deux francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2007, sous déduction de 5'000 fr. (cinq mille francs), valeur au 11 juillet 2007.

IV. Les frais de justice sont arrêtés à 3'665 fr. (trois mille six cent soixante-cinq francs) pour le demandeur et à 3'575 fr. (trois mille cinq cent septante-cinq francs) pour la défenderesse.

V. Le demandeur doit verser à la défenderesse le montant de 25'000 fr. (vingt-cinq mille francs) à titre de dépens.

VI. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel principal, arrêtés à 2'154 fr. (deux mille cent cinquante-quatre francs), sont mis à la charge de l'appelante par 718 fr. et de l'intimé par 1'436 francs.

V. Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel joint, arrêtés à 2'909 fr. (deux mille neuf cents neuf francs), sont mis à la charge de l'appelant par voie de jonction.

VI. L'intimé et appelant par voie de jonction R. _____ doit verser à l'appelante et intimée par voie de jonction Q. _____ SA la somme de 8'718 fr. à titre de dépens et de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Ralph Schlosser (pour Q. _____ SA),
- Me Cédric Aguet (pour R. _____),
- J. _____.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Cour civile du Tribunal cantonal.

La greffière :