

COUR CIVILE

Séance du 13 février 2013

Présidence de M. HACK, président
Juges : M. Muller et Mme Rouleau
Greffière : Mme Bourquin

Cause pendante entre :

M._____

(Me C. Aguet)

CAISSE Z._____

et

H._____

(Me R. Schlosser)

- Du même jour -

Délibérant à huis clos, la Cour civile considère :

En fait :

Remarques liminaires :

En cours d'instruction, plusieurs témoins ont été entendus, notamment [...], qui a été un employé de la défenderesse H._____ et qui a déclaré être en litige avec cette dernière et être un ami du demandeur M._____. Eu égard aux liens de ce témoin avec l'une des parties en cause et à son implication dans le présent litige, la cour ne prendra en considération sa déposition que dans la mesure où d'autres éléments du dossier la confirment. La cour appréciera avec la même circonspection les témoignages de [...], directeur, administrateur et actionnaire majoritaire de la défenderesse, et de [...], compagne du demandeur.

1. Initialement, la défenderesse H._____ avait pour but l'étude et le développement de systèmes informatiques et électroniques. Modifié en 2006, son but actuel est le suivant : "étude et développement de systèmes informatiques; courtage en assurances et réassurance; gestion et analyse de portefeuille d'assurances".

Pour des raisons avant tout comptables, la défenderesse comprend plusieurs centres de profit, dont les six principaux sont l'administration/marketing, le consulting, le développement, l'ASP, le courtage et l'outsourcing.

2. Le demandeur M._____ a travaillé, entre le 1^{er} mai 1997 et le 31 décembre 1999, auprès de la société [...], puis, entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2003, auprès de la société [...], à Genève, qui a

accepté de prendre en compte les années qu'avait passées le demandeur au service de [...]. Son activité consistait à travailler au service des ressources humaines, plus particulièrement dans le service de la gestion des salaires. Le demandeur utilisait alors un programme informatique créé par la défenderesse. Cette dernière avait en effet concédé une licence d'utilisation de ce programme à [...] et lui assurait des services de maintenance et d'assistance. A la fin de son emploi auprès de [...], le salaire annuel brut du demandeur - bonus inclus - s'élevait à 157'635 francs.

3. En fin d'année 2003, [...] a décidé de transférer à la défenderesse son service de gestion de salaires. Elle a proposé au demandeur l'alternative suivante : rejoindre les services de la défenderesse qui l'engagerait quasiment aux mêmes conditions en reprenant son solde de vacances non prises ou quitter son emploi en recevant une indemnité. Le demandeur a choisi la première proposition. Il a donc été engagé par la défenderesse avec effet au 1^{er} janvier 2004, en qualité de "HR Outsourcing Director". 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 [...]. Ce fait peut être tenu pour établi, compte tenu du témoignage d' [...], une autre employée de [...], 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. Le demandeur était responsable du département "Outsourcing" de la défenderesse. Son lieu de travail était à Nyon, dans les bureaux de la défenderesse.

Le contrat de travail du demandeur du 9 décembre 2003 prévoit un salaire annuel brut de 153'063 francs. Il indique que les heures supplémentaires des cadres ne peuvent pas être compensées par des congés et prévoit cinq semaines de vacances par année, soit vingt-cinq

jours ouvrables. Le contrat contient par ailleurs la clause de non-concurrence suivante :

"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 H._____.

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

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

5. En 2004 et 2005, le demandeur a perçu un salaire annuel brut total de 106'800 fr., soit un montant inférieur au salaire contractuel. Il a reçu un salaire mensuel brut de 8'900 fr. entre les mois de février et novembre 2006. Selon des documents produits par la défenderesse intitulés "Compte salaire annuel : récapitulatif, général 2006" et "Journal des salaires" datés du 1^{er} avril 2008 et non signés, la défenderesse a versé au demandeur un montant total de 104'063 fr. 35 à titre de salaire de base annuel brut pour l'année 2006.

Le demandeur allègue qu'il avait été convenu qu'il reçoive une partie de son salaire en espèces, l'autre en nature, sous forme de prestations de l'employeur et en parts d'une nouvelle société à créer. Il n'aurait jamais consenti à une réduction sans contrepartie de son salaire contractuel. De son côté, la défenderesse allègue que postérieurement à la conclusion du contrat de travail, le demandeur a approché son directeur pour proposer certains amendements à son contrat de travail, invoquant des considérations de nature fiscale. Les parties se seraient ainsi mises d'accord sur une baisse du salaire du demandeur contrebalancée par des avantages en nature (participation aux bénéfices dégagés par l'activité outsourcing, prise en charge par l'employeur des frais de téléphone portable et mise à disposition d'un véhicule de service). Les éléments suivants sont établis.

Un téléphone a effectivement été mis à disposition du demandeur. La défenderesse s'est acquittée des frais de téléphonie

mobile de ce dernier par 2'878 fr. 50 en 2004, 2'760 fr. 75 en 2005 et 3'319 fr. 05 en 2006.

Par ailleurs, la défenderesse a pris en leasing un véhicule de la marque Mercedes Benz qu'elle a mis à disposition du demandeur. C'est le demandeur qui a choisi ce modèle. La défenderesse était unique preneur de leasing du véhicule de fonction du demandeur. A ce titre, elle était l'unique cocontractante de [...].

Le 19 janvier 2004, à titre de participation initiale aux frais de leasing, le demandeur s'est acquitté d'un montant de 15'500 francs.

Il résulte des pièces produites qu'à l'exception de la participation précitée, c'est la défenderesse qui a pris en charge les frais relatifs à l'usage du véhicule de fonction du demandeur (leasing, carburant, entretien, services, primes d'assurances). Ceux-ci se sont élevés à 69'681 fr. au moins. Les factures de leasing étaient adressées directement à la défenderesse, qui s'en acquittait. Les certificats de salaire du demandeur établis par la défenderesse ne mentionnent pas de déductions pour redevances de leasing. Le demandeur payait l'essence de son véhicule de fonction avec la carte de l'entreprise. Ses dépenses étaient donc directement débitées auprès de la défenderesse. L'usage professionnel du véhicule de service du demandeur était toutefois très limité. En effet, il ne se déplaçait guère qu'une à deux fois par semaine en moyenne auprès de clients.

La défenderesse allègue qu'avant l'introduction de sa demande en justice, le demandeur n'a jamais protesté auprès de son employeur à raison des salaires perçus et le contraire n'est pas établi.

6. Le demandeur a payé deux factures adressées à la défenderesse. Il s'est en effet acquitté des sommes de 7'500 fr. et 7'532 fr., la seconde ayant été versée à la société [...].

La défenderesse a informé le demandeur qu'elle lui rembourserait le montant de 7'500 fr. et qu'elle en ferait de même en ce qui concerne celui de 7'532 fr. lorsqu'il aurait été établi qu'il a été répercuté sur le client.

Ces deux montants ont été refacturés aux clients concernés et payés à la défenderesse.

7. Au mois d'avril 2004, la défenderesse a reçu une facture de 1'499 fr. 95 pour l'achat de matériel.

Au mois de juin 2004, la défenderesse a prêté au demandeur un montant de 5'000 fr. afin qu'il puisse régler une facture liée à une intervention ophtalmique.

8. Au mois de mai 2005, la défenderesse a engagé comme courtier en assurances [...]. Celui-ci 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. Il a été directeur, depuis le 1^{er} novembre 2005, du département "Courtage" de la défenderesse.

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

Durant la période de son engagement, [...] est intervenu pour le compte de la défenderesse auprès de la compagnie [...]. Il a entretenu des contacts avec [...], collaborateur de [...], à qui il a demandé un certain nombre d'offres.

La défenderesse allègue que pendant la durée du contrat de travail qui la liait à [...], elle a réalisé un chiffre d'affaires de 106'391 fr. 29 en relation avec l'activité de courtage en assurances. A l'appui de cette allégation, elle a produit un décompte non signé de commissions qui auraient été versées entre le 19 décembre 2005 et le 15 novembre 2006 faisant état d'un total de 106'391 fr. 29. Ce document n'a pas de valeur probante.

[...] a contracté une assurance responsabilité civile à titre personnel qui a pris effet le 18 mai 2006. Il a en outre été inscrit au registre des intermédiaires en assurances.

Au mois d'avril 2006, la défenderesse a signé la police d'assurance no [...] contractée auprès de la société [...]. Par la suite, [...] a négligé de faire payer par la défenderesse la prime du contrat d'assurance concernée, laquelle était 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, [...] a immédiatement rétabli la situation.

[...] a conclu en son nom propre une convention de commission avec [...]. Il n'en a jamais parlé à la défenderesse. La défenderesse allègue qu'il a encaissé lui-même les commissions versées par [...] et les a conservées par-devers lui. Il est seulement établi que [...] a adressé à [...] des décomptes de commissions pour les mois de décembre 2006 et janvier 2007.

9. La société [...] était inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis l'année 2002. En 2005, [...] a acheté la totalité des actions de cette société. A cette occasion, il en a modifié la raison sociale, qui est devenue [...].

Initialement, le but de [...] était le "développement de systèmes informatiques, l'installation de ces produits ou de produits

existants et leur maintenance". A compter du 18 décembre 2006, ce but est devenu "étude et développement de systèmes informatiques; courtage en assurance et en réassurance; gestion et analyse de portefeuilles d'assurances; conseils en ressources humaines". Cette modification a eu lieu trois jours avant le licenciement du demandeur dont il sera fait état ci-dessous. Le but social de [...] est en partie le même que celui de la défenderesse.

Pour l'heure, [...] demeure une société dormante. Ses statuts ne mentionnent nulle part qu'il s'agirait pour cette société de développer ses affaires à l'étranger. [...] avait toutefois dans l'idée d'utiliser cette société pour gérer les activités qu'il déployait à l'étranger.

Le demandeur allègue ne jamais être devenu partenaire de cette société. Le contraire n'est pas établi.

10. [...] a constaté, dans le cadre de l'audit qui lui avait été confié par le directeur de la défenderesse, que le demandeur avait été négligent. Par sa faute, la déclaration AVS d'une cliente de la défenderesse, [...], a été déposée en retard. De ce fait, [...] s'est vue infliger une indemnité de retard de 10'000 fr., qui a été prise en charge par la défenderesse. [...] a par ailleurs constaté beaucoup d'erreurs dans l'alimentation des données de certains clients.

Par ailleurs, le demandeur ne remplissait pas ses rapports de vacances et remettait avec beaucoup de retard les justificatifs nécessaires pour le remboursement des frais.

Assez régulièrement, il est arrivé que des clients cherchent à joindre le demandeur et que ses collègues ne sachent pas où il se trouve. Le demandeur était toutefois disponible, même en congé.

11. En cours d'emploi, le demandeur a dû faire face à des difficultés résultant des problèmes de logiciels de la défenderesse. Il lui est arrivé de s'en plaindre. Ces carences informatiques ont occasionné des travaux supplémentaires de saisie à la main.

12. Le demandeur et [...] ont élaboré plusieurs business plans. Ceux-ci prévoyaient tous l'utilisation du logiciel salaire de la défenderesse. En revanche, aucun ne mentionnait nommément [...]. Le nom de l'entité à créer ne cessait de changer, passant de [...] à [...]. La lettre "S" (première lettre du nom de famille du directeur de la défenderesse) est absente du nom " [...]". Il existe déjà des sociétés comprenant les termes " [...]" dans leurs raisons de commerce. L'élément "Nova" de la dénomination " [...]" renvoie à une abréviation de la raison sociale utilisée par la défenderesse pour désigner certains de ses produits.

Un document intitulé "2007 [...] Budget" comprend, sous la rubrique "Recettes", une liste de sociétés, dont la plupart sont clientes de la défenderesse. Il dresse aussi une liste de prénoms, qui correspondaient presque tous à des collaborateurs des services "Outsourcing" et "Courtage" de la défenderesse. Ainsi, le prénom "Antonio" faisait référence à [...], celui de "M. _____" au demandeur, celui de "Philippe" à [...], ingénieur auprès de la défenderesse, celui de "Anne" à [...], celui de "Isabelle" à [...], celui de "Irene" à [...], et celui de "Helene" à [...], toutes employées de la défenderesse. [...] ne figure quant à lui nulle part dans le document "2007 [...] Budget". Sa nièce, [...], également employée du service "Outsourcing" de la défenderesse, n'y est pas mentionnée non plus.

[...] est également passé sous silence dans les business plans des 28 novembre et 4 décembre 2006. En particulier, il n'y est mentionné ni en relation avec la répartition du capital-actions, ni dans l'organigramme, ni dans l'énumération des fonctions, ni dans la rubrique "Compétences", ni en ce qui concerne les investissements personnels effectués. Dans ces deux business plans, il est par ailleurs indiqué qu' [...]

est inscrit personnellement auprès de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). Il est également fait mention de 8.4 postes de travail.

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

13. Par courrier du 21 décembre 2006, le directeur de la défenderesse a licencié le demandeur avec effet immédiat, lui reprochant de préparer la mise sur pied d'une structure concurrente. Le demandeur allègue que [...] n'a jamais parlé de ses soupçons avec lui avant de le mettre à la porte de la défenderesse. Le contraire n'est pas établi.

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

[...] a subi le même sort que le demandeur. Au moment de la résiliation de son contrat de travail, [...] lui a fait grief d'avoir négligé de contracter l'assurance de responsabilité civile professionnelle, que la loi impose aux intermédiaires d'assurance.

14. La défenderesse n'a pas subi de perte en 2004. En 2006, le département "Outsourcing" a réalisé un produit total de 922'154 fr. 60.

Du temps où le demandeur respectivement [...] en étaient responsables, les centres de profit "Courtage" et "Outsourcing" étaient déficitaires.

15. Le demandeur allègue qu'il n'a pris que cinq jours de vacances en 2004, deux jours en 2005 et quinze en 2006. De son côté, la défenderesse allègue qu'il a pris vingt-six jours de vacances en 2004, vingt et un jours et demi en 2005 et trente-trois jours en 2006.

A cet égard, la défenderesse a produit des décomptes, qui ne sont ni signés ni datés, ainsi que la reproduction sur papier de l'agenda électronique du demandeur.

Selon le décompte de l'année 2004, au cours de cette dernière, le demandeur aurait pris vingt-six jours de vacances aux dates suivantes : le 27 février, les 25 et 26 mars, les 1^{er}, 2 et 13 avril, le 21 mai, du 24 au 28 mai, les 1^{er}, 2, 24 et 25 juin, du 28 juin au 2 juillet et du 27 au 31 décembre. A la lecture de la reproduction sur papier de l'agenda électronique du demandeur, on constate que la mention "Vacances" figure sous les jours de semaine suivants : 26 et 27 février, 25 et 26 mars, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 mai, 1^{er} et 2 juin, 27, 28, 29, 30 et 31 décembre 2004. En outre, la mention "Ferie" est indiquée sous la date du 13 avril 2004. Les 20 et 31 mai 2004 étaient des jours fériés, tandis que le 13 avril 2004 ne l'était pas.

Selon le décompte de l'année 2005, au cours de cette dernière, le demandeur aurait pris vingt-et-un jours et demi de vacances aux dates suivantes : le 18 février, les 23, 24 et 29 mars, les 17 et 27 mai, du 27 au 29 juin, les 22, 23, 26 et 27 septembre, du 26 au 28 octobre, le 31 octobre, les 9 et 12 décembre et du 28 au 30 décembre. A la lecture de la reproduction sur papier de l'agenda électronique du demandeur, on constate que la mention "Vacances" apparaît sous les jours de semaine suivants : 23, 24, 25, 28 et 29 mars, 26, 27, 28 et 31 octobre, 28, 29, et 30 décembre 2005. En outre, la mention "Congé" apparaît sous la date du 17 mai 2005. Le 25 mars 2005 était un jour férié.

Selon le décompte de l'année 2006, au cours de cette dernière, le demandeur aurait pris trente-quatre jours de vacances aux dates suivantes : les 2 et 3 janvier, du 6 au 8 mars, du 1^{er} au 5 mai, du 8 au 10 mai, le 26 mai, du 24 au 28 juillet, le 31 juillet, les 2, 10 et 11 août, les 26 et 27 octobre, du 30 octobre au 3 novembre, le 1^{er} décembre et du 4 au 6 décembre. A la lecture de la reproduction sur papier de l'agenda électronique du demandeur, on constate que la mention "Vacances" ou

"MIB Vacances" apparaît sous les jours de semaine suivants : 2 et 3 janvier, 6, 7 et 8 mars, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 juillet, 1^{er} et 2 août, 1^{er}, 4, 5 et 6 décembre. En outre, la mention "Pont" apparaît sous la date du 26 mai 2006. Le 1^{er} août 2005 était un jour férié.

Force est dès lors de constater que les décomptes et l'agenda électronique du demandeur divergent quant au point de savoir combien de jours de vacances le demandeur a pris lorsqu'il était au service de la défenderesse. Certaines dates ont été comptabilisées comme jours de vacances dans les décomptes, alors que dans l'agenda, elles font l'objet des mentions "Out of office", "Isabelle Pugin - vacances" ou "Nedia - Vacation", les deux dernières mentions faisant manifestement référence aux vacances de tierces personnes. On retiendra donc ce qui résulte de l'agenda du demandeur, qui n'a pas été établi pour les besoins de la présente cause et paraît plus probant, en excluant les jours fériés, savoir que l'intéressé a 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).

Le seul témoignage, très général, d' [...] ne permet pas de retenir que le demandeur prenait toutes les vacances auxquelles il avait droit.

Au début de l'année 2006, la défenderesse a exigé que tous les employés du service de gestion externe des salaires fassent un décompte de leurs vacances à fin 2005.

16. Il est arrivé que le demandeur travaille le week-end, ce dont la défenderesse était informée.

17. Après le départ du demandeur et d' [...], trois employés de la défenderesse ont donné leur démission, dont [...].

18. Le 16 janvier 2007, [...] a signé un contrat de gestion externe des salaires.

19. Le demandeur et [...] sont les associés gérants de la société [...], dont le but 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". Ce but n'est pas identique à celui de [...] ou à celui de la défenderesse. [...] a été inscrite au registre du commerce plus de sept mois après que le demandeur a été licencié par la défenderesse.

Un document intitulé " [...] Société de services - Business Plan" daté du 13 février 2007 indique sous la rubrique "plan financier 2007" 3.5 postes de travail. Certains anciens employés de la défenderesse ont travaillé pour le demandeur et [...]. [...] a été employée par [...].

La défenderesse allègue que le demandeur et [...] ont été actifs sous le nom de " [...]" immédiatement après leur licenciement, qu'en particulier ils ont approché des clients de la défenderesse, allant jusqu'à leur soumettre des lettres-type, prêtes à l'envoi, selon lesquelles les clients déclaraient résilier les relations contractuelles les liant à la défenderesse. Les éléments suivants sont établis : par courriel du 27 janvier 2007, [...] indiquait à [...] de la société [...] qu'il lui faisait parvenir la lettre de résiliation du mandat de la défenderesse et le mandat pour " [...]". Par courriel du 25 janvier 2007, [...] a adressé à [...] de la société [...] un projet de convention entre [...] et [...], un projet de mandat entre [...] et [...] ainsi qu'un projet de lettre de résiliation du mandat de la défenderesse. Par courriel intitulé "VOILà LA LETTRE TYPE" du 29 janvier

2007, le demandeur a envoyé à [...] un projet de lettre en versions française et anglaise dont le destinataire était la société [...], confirmant à cette dernière la séparation du demandeur et de [...] de la défenderesse, l'informant de la création de la société [...] et lui garantissant le maintien des avantages négociés en 2006.

Le 26 janvier 2007, la société [...] a résilié le mandat qui la liait à la défenderesse. Le seul témoignage peu précis d' [...] n'emporte pas la conviction de la cour quant au point de savoir si [...] a quitté la défenderesse pour [...]. Le même 26 janvier 2007, [...] a résilié le mandat qui la liait à la défenderesse. [...] a fait de même le 17 décembre 2007. Le demandeur allègue qu'aucun client du service de gestion externe des salaires de la défenderesse n'a quitté celle-ci pour s'adjoindre les services de [...] et le contraire n'est pas établi.

20. Le 22 février 2007, l'intervenante Caisse Z._____ 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 Caisse Z._____ 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.

21. Le 19 mars 2007, dans le cadre des poursuites nos 1042397, 1042406 et 1042393 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 admet devoir au demandeur.

22. Le 8 juin 2007, [...] a ouvert action contre la défenderesse auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

23. Le 12 février 2008, la défenderesse utilisait toujours le véhicule Mercedes 240 CLK qu'elle avait mis à la disposition du demandeur et n'avait pas résilié le contrat de leasing.

24. La défenderesse a déposé plainte pénale contre [...] pour abus de confiance.

L'enquête pénale instruite contre le demandeur pour abus de confiance et concurrence déloyale s'est soldée par une ordonnance de non-lieu.

25. Par demande du 16 mai 2007, M. _____ a pris contre H. _____ les conclusions suivantes :

"Condamner H. _____ à verser à M. M. _____ 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 H. _____ aux commandements de payer qui lui ont été notifiés le 19 mars 2007 dans le cadre des poursuites N° 1042397, 1042406 et 1042393;

En conséquence dire que les poursuites N° 1042397, 1042406 et 1042393 iront leur voie;

Débouter H. _____ de toute autre conclusion;

Acheminer Monsieur M. _____ 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 Caisse Z. _____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

- I. L'intervenante, la Caisse Z._____, est subrogée au demandeur, M._____, dans les droits, y compris le privilège légal, que ce dernier a contre la défenderesse, H._____, ce à concurrence CHF 17'368.45 (dix sept mille trois cent soixante huit francs et 45 cts) avec intérêt à cinq pour cent 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, H._____, est débitrice de l'intervenante, la Caisse Z._____, 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 dès le 22 décembre 2006."

Dans sa réponse du 12 octobre 2007, la défenderesse a pris, avec dépens, les conclusions suivantes :

"Principalement

- I. La demande du 16 mai 2007 est rejetée.

Reconventionnellement

- I. M._____ est le débiteur de H._____ et lui doit prompt paiement de la somme de CHF 1'467.95 (mille quatre cent soixante-sept francs suisses et nonante-cinq centimes) avec intérêts à 5 % l'an du 12 octobre 2007."

Elle a invoqué la compensation.

En droit :

- I. **a)** A teneur de l'art. 404 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272), les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, in : JT 2010 III 11, p. 19).

Aux termes de l'art. 166 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02), les règles de compétences matérielles applicables avant l'entrée en vigueur du CDPJ demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives (Tappy, op. cit., p. 14).

b) En l'espèce, la demande a été déposée le 16 mai 2007, soit avant l'entrée en vigueur du CPC. L'instance a donc été ouverte sous l'empire du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, RSV 270.11) et n'est pas close à ce jour. Il convient par conséquent d'appliquer à la présente cause le CPC-VD dans sa version au 31 décembre 2010. Les dispositions de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (LOJV, RSV 173.01), dans leur teneur au 31 décembre 2010, sont également applicables.

II. Le demandeur M. _____ réclame à la défenderesse H. _____ un montant de 442'272 fr. 85 brut, sous déduction des cotisations aux diverses assurances sociales, LPP comprise, plus intérêt à 5 % l'an dès le 22 décembre 2006, qu'il décompose comme suit :

- 112'304 fr. 35 à titre de complément de salaires;
- 41'784 fr. 45 à titre de salaire relatif à la période de délai de congé;
- 76'531 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié;
- 138'310 fr. à titre de contrepartie aux heures supplémentaires;
- 31'081 fr. 75 à titre de vacances non prises au service de la défenderesse;
- 11'728 fr. 80 à titre de vacances non prises au service de [...];
- 30'532 fr. à titre de remboursement de montants versés pour le compte de la défenderesse.

L'intervenante Caisse Z. _____ fait valoir sa subrogation au demandeur à hauteur d'un montant de 17'368 fr. 45, correspondant aux indemnités de chômage qu'elle a versées à celui-ci pour la période du 22 décembre 2006 au 31 mars 2007. Elle en réclame le paiement par la défenderesse.

La défenderesse fait valoir que le demandeur lui doit 10'000 fr. à titre de dommages-intérêts, 5'000 fr. à titre de remboursement d'une facture liée à une intervention ophtalmique et 1'499 fr. 95 à titre de remboursement d'une facture relative à l'achat de matériel. Elle oppose la somme de ces trois montants, soit 16'499 fr. 95, en compensation des montants qu'elle admet devoir au demandeur, savoir 7'500 fr. et 7'532 francs. Ainsi, elle conclut au rejet des conclusions du demandeur et, reconventionnellement, au paiement par ce dernier de la somme de 1'467 fr. 95 avec intérêt à 5 % l'an dès le 12 octobre 2007.

III. Il est constant que le demandeur et la défenderesse ont conclu un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse [livre cinquième : droit des obligations], RS 220) avec effet au 1^{er} janvier 2004. Il est également établi que le 21 décembre 2006, la défenderesse a, par l'intermédiaire de son directeur [...], résilié le contrat de travail du demandeur avec effet immédiat, alléguant que celui-ci préparait la mise sur pied d'une structure concurrente. Celui-ci a fait opposition à son congé par courrier du 29 décembre 2006 et déclaré se tenir à disposition de la défenderesse jusqu'à la fin du délai de congé.

IV. Le demandeur réclame à la défenderesse le montant de 112'304 fr. 35 à titre de complément de salaires. Il fait valoir qu'étant donné que son contrat de travail prévoyait un salaire annuel brut de 153'063 fr., il aurait dû recevoir, jusqu'au jour de la résiliation de son contrat, la somme de 455'229 fr. 75 (= 153'063 fr. + 153'063 fr. + 149'103 fr. 75), alors qu'il n'a perçu qu'un montant de 317'228 fr. (=

106'800 fr. + 106'800 fr. + 103'628 fr.), ce qui fait une différence de 138'001 fr. 75. Admettant avoir bénéficié d'avantages en nature à hauteur de 20'000 fr. et d'un prêt de 5'000 fr. pour une opération ophtalmique, il soutient que la défenderesse lui doit encore un montant de 113'001 fr. 75 (= 138'001 fr. 75 - 20'000 fr. - 5'000 fr.) à titre de salaires non versés. Il précise toutefois qu'il ne réclame que 112'304 fr. 35, montant auquel il a conclu dans sa demande.

a) 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, disposition qui n'est pas de droit impératif (TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 c. 4.2, JAR 2006 p. 360; ATF 124 II 436 c. 10e/aa; TF 4C.182/2000 du 9 janvier 2001 c. 5c; Rehbinder, Commentaire bernois, n. 21 ad art. 341 CO; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 17 ad art. 341 CO). Le salaire du travailleur peut donc parfaitement être modifié ou diminué en cours de contrat, par accord entre les parties (TF 4C.242/2005 précité c. 4.2).

En vertu de l'art. 320 al. 1 CO, sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. Il en va de même en ce qui concerne les modifications d'un contrat de travail (TF 4C.242/2005 précité c. 4.2; Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 88). Il s'ensuit que si le contrat n'est soumis à aucune forme spéciale, les parties peuvent convenir tacitement - c'est-à-dire par le silence ou par des actes concluants - de modifier ou réduire le salaire arrêté dans le contrat de travail (*ibidem*).

L'acceptation tacite du travailleur est présumée lorsque la modification proposée lui est avantageuse (*ibidem*). En revanche, le juge doit faire preuve de retenue avant de déduire du silence du travailleur que celui-ci accepte une modification du contrat qui lui est défavorable (*ibidem*). Une telle acceptation ne peut être admise que dans des

situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou 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). Le Tribunal fédéral a admis un accord tacite sur la réduction du salaire de 15 % pour un employé engagé pour une durée déterminée de dix mois, à qui l'employeur a proposé la réduction avant l'entrée en fonction, réduction qui a ensuite été appliquée tout au long des rapports contractuels, sans que le travailleur n'émette une quelconque objection (TF 4C.242/2005 précité). Il a considéré que l'on pouvait attendre du travailleur qu'il proteste en cas de désaccord, dès lors qu'il n'avait pas à craindre la perte de son emploi, vu la durée déterminée de son contrat. 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, *op. cit.*, n. 19 ad art. 322; Staehelin, *op. cit.*, n. 22 ad art. 322 CO). 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, *loc. cit.*). 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^{ème} éd., Lausanne 2004, n. 11 ad art. 320 CO; Rehbinder/Portmann, *Commentaire bâlois*, n. 4 ad art. 322 CO; Wyler, *op. cit.*, p. 89). Ainsi, selon Wyler, le consentement tacite du travailleur à une réduction de salaire ne devrait être admis que si des circonstances particulières existent : par exemple, l'existence d'un contrat de durée déterminée, de sorte que le travailleur n'ait pas à craindre une résiliation ordinaire, ou alors l'existence d'un long délai de résiliation, si bien qu'une résiliation à bref délai n'est pas possible; de même, la fonction hiérarchique et le niveau fonctionnel du travailleur, selon qu'il est ou non apte à faire valoir son point de vue et à retrouver un nouvel emploi, sont également des facteurs à prendre en considération; enfin, l'âge avancé et l'absence de formation sont des éléments de faiblesse qui imposent une grande circonspection (Wyler, *loc. cit.*).

b) En l'espèce, le contrat de travail du demandeur prévoit un salaire annuel brut de 153'063 fr., ce qui correspond à un salaire mensuel brut de 12'755 fr. 25 (= 153'063 fr./12 mois). On retiendra donc qu'au moment de la conclusion du contrat, la volonté des parties était que ce salaire soit versé au demandeur en espèces.

Or, il résulte de l'état de fait qu'en 2004 et 2005, la défenderesse a versé en espèces au demandeur un salaire annuel brut total de 106'800 fr., ce qui représente un salaire mensuel brut de 8'900 fr. (= 106'800 fr./12 mois). Le demandeur a également perçu un salaire mensuel brut de 8'900 fr. entre les mois de février et novembre 2006. Selon deux documents produits par la défenderesse intitulés "Compte salaire annuel : récapitulatif, général 2006" et "Journal des salaires", la défenderesse a versé au demandeur, à titre de salaire de base annuel brut pour l'année 2006, un montant total de 104'063 fr. 35. On retiendra donc que le demandeur a également reçu un salaire brut de 8'900 fr. pour le mois de janvier 2006 et un salaire brut de 6'163 fr. (= 104'063 fr. 35 - [8'900 x 11 mois]) pour la période du 1^{er} au 21 décembre 2006. Le demandeur a dès lors perçu pendant toute la durée contractuelle, à savoir pratiquement trois ans durant, un salaire en espèces réduit de 30 %.

Tant le demandeur que la défenderesse allèguent être convenus, postérieurement à la conclusion du contrat de travail, que le demandeur recevrait une partie de sa rémunération en nature. Le demandeur soutient que les avantages qui lui ont été accordés ne compensent toutefois pas la réduction du salaire en espèces, puisqu'ils se sont élevés, selon lui, à 20'000 fr. seulement.

A cet égard, il ressort des faits que la défenderesse a mis à la disposition du demandeur une voiture et un téléphone. En outre, elle s'est acquittée des frais de téléphonie mobile du demandeur par 2'878 fr. 50 en 2004, 2'760 fr. 75 en 2005 et 3'319 fr. 05 en 2006. Elle a pris en charge les frais relatifs à l'usage du véhicule de fonction du demandeur à hauteur de 69'681 fr., au moins. La défenderesse a donc assumé les frais du

demandeur en tout cas pour un montant total de 78'639 fr. 30. S'il est possible que ce dernier montant couvre aussi des charges imposées par l'exécution du travail et ne compense pas l'entier de la réduction du salaire en espèces, force est de constater qu'avant l'introduction de sa demande en justice, le demandeur n'a jamais protesté auprès de la défenderesse à raison de sa rémunération en espèces ou en nature; durant trois ans, il n'a aucunement réclamé quelque prestation supplémentaire que ce soit à titre de rémunération.

Dans ces circonstances, on doit reconnaître que le demandeur a accepté que la défenderesse puisse s'acquitter de son obligation d'employeur en lui offrant une partie de sa rémunération en espèces, soit 8'900 fr. par mois, et l'autre en nature, le cumul des deux pouvant finalement atteindre une valeur inférieure ou supérieure à la prestation contractuellement due (*datio in solutum*). Au vu de la fonction dirigeante du demandeur au sein de la défenderesse, savoir responsable du département "Outsourcing", on doit retenir que celui-ci ne se trouvait pas en état 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.

Ainsi, le demandeur doit supporter le fait que le total des prestations effectuées par la défenderesse puisse en fin de compte avoir une valeur inférieure à ce qui avait été prévu initialement.

Partant, la conclusion du demandeur tendant au paiement de la somme de 112'304 fr. 35 à titre de complément aux salaires doit être rejetée.

V. Le demandeur soutient avoir été licencié avec effet immédiat de manière injustifiée. Il fait valoir que le grief invoqué par la défenderesse dans sa lettre du 21 décembre 2006 est totalement infondé, étant donné qu'en guise de structure concurrente, il ne s'agissait que de business plans

établis avec [...] sur instructions du directeur de la défenderesse, cette dernière ayant décidé de mettre sur pied une entité juridiquement distincte pour y concentrer les activités de gestion externe des salaires et de courtage en assurances. Le motif allégué ne serait en réalité qu'un prétexte, la véritable raison du congé immédiat résidant dans la volonté du directeur de la société de ne pas partager les parts de la nouvelle entité avec le demandeur et [...], tel qu'initialement prévu.

De son côté, la défenderesse affirme que le motif allégué dans sa lettre de résiliation, savoir la tentative par le demandeur de mettre sur pied une structure concurrente pendant la durée de ses rapports de travail, est véridique. Elle soutient que dans la mesure où le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence post-contractuelle, les préparatifs d'une activité tombant sous le coup d'une telle interdiction ne pouvaient pas être licites. Ces préparatifs seraient de toute manière contraires à la bonne foi puisqu'ils auraient amené le demandeur, qui a déclaré avoir travaillé sans relâche au développement de la nouvelle entité, à négliger son travail. Enfin, le demandeur aurait tenté de débaucher massivement les employés et clients de la défenderesse. Selon cette dernière, chacune de ces circonstances suffisait à elle seule à justifier un renvoi avec effet immédiat. De surcroît, elle fait valoir que le demandeur a été complice des malversations dont se serait rendu coupable son ex-collègue [...], consistant à conserver des commissions de courtage reçues de [...] qui revenaient à la défenderesse.

a) Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1 1^{ère} phrase). Doivent notamment être considérés 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 (cf. al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (TF 4A_236/2012 du 2 août 2012 c. 2.2; TF 4A_199/2008 du 2 juillet 2008 c. 2; TF 4C.298/2005 du 3

janvier 2006 c. 3.1; TF 4C.98/2005 du 27 juillet 2005 c. 3.1; ATF 130 III 213 c. 3.1). 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 (TF 4A_236/2012 précité c. 2.2; TF 4A_199/2008 précité c. 2; TF 4C.298/2005 précité c. 3.1; TF 4C.98/2005 précité c. 3.1). 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 (*ibidem*). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité, mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (TF 4A_199/2008 précité c. 2; TF 4C.298/2005 précité c. 3.1; TF 4C.98/2005 précité c. 3.1; ATF 127 III 351 c. 4a).

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]; TF 4A_236/2012 précité c. 2.2; TF 4C.298/2005 précité c. 3.1; TF 4C.98/2005 précité c. 3.1). 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 (TF 4A_199/2008 précité c. 2; TF 4C.298/2005 précité c. 3.1; ATF 130 III 28 c. 4.1; ATF 127 III 351 c. 4a).

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 prévu par l'art. 321a CO lorsque ces préparatifs contreviennent au principe de la bonne foi. 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 (TF 4C.98/2005 précité c. 3.1; ATF 117 II 72 c. 4a; ATF 104 II 28 c. 2).

C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (TF 4C.64/2006 du 28 juin 2006 c. 3.1; TF 4C.298/2005 précité c. 3.1; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., Lausanne 2004, n. 13 ad art. 337 CO). En d'autres termes, si les soupçons sur lesquels s'est fondé l'employeur pour licencier le travailleur avec effet immédiat 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).

L'art. 337 CO ne fixe aucun délai pour communiquer une résiliation immédiate. Toutefois, pour que l'on puisse admettre que la continuation du rapport de travail était devenue insupportable, il faut non seulement que l'analyse objective des circonstances aboutisse à cette conclusion, mais encore que l'on puisse constater, d'un point de vue subjectif, que la situation était effectivement devenue insupportable (TF 4A_236/2012 du 2 août 2012 c. 2.4 et la référence citée). Or, si l'employeur tolère en connaissance de cause la présence de l'employé dans l'entreprise pendant un certain temps encore, on doit en déduire que la continuation du rapport de travail ne lui est pas devenue à ce point insupportable qu'il ne puisse pas attendre l'expiration ordinaire du contrat (TF 4A_236/2012 précité c. 2.4). Ainsi, la jurisprudence considère que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations; un délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle (TF 4A_236/2012 précité c. 2.4; ATF 130 III 28 c. 4.4).

b) En l'espèce, il ressort des faits que le demandeur et [...] ont élaboré plusieurs business plans, qui prévoyaient tous l'utilisation du logiciel salaire de la défenderesse. Le nom de l'entité à créer ne cessait de

changer, passant de [...] à [...]. Par courriel du 4 décembre 2006, depuis son adresse privée, le demandeur a adressé l'un des business plans à l'adresse privée d' [...], sans mettre [...] en copie. Ce dernier n'est mentionné dans aucun des business plans. Certains de ceux-ci indiquent qu' [...] est inscrit personnellement auprès de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP).

Ces éléments ne suffisent pas à prouver, ni même à rendre vraisemblable, que le demandeur aurait tenté de mettre sur pied une structure concurrente, à l'insu de la défenderesse. En effet, les différents business plans dont il est question auraient tout aussi bien pu être discutés d'entente avec le directeur de la défenderesse ou réalisés sur instruction de celui-ci. Le fait que la lettre "S" (première lettre du nom de famille du directeur de la défenderesse) est absente du nom " [...]" et que l'élément "Nova" de la dénomination " [...]" renvoie à une abréviation de la raison sociale utilisée par la défenderesse pour désigner certains de ses produits ne constitue pas non plus un élément probant quant à la tentative d'exercer d'une activité concurrente. De même, le fait qu'un document intitulé "2007 [...] Budget" dresse une liste de sociétés, dont la plupart étaient clientes de la défenderesse, ainsi qu'une liste de collaborateurs de la défenderesse ne constitue pas une preuve suffisante que le demandeur aurait essayé, en cours d'emploi, de débaucher des clients et des employés de la défenderesse. Là encore, un tel document aurait pu être établi dans le cadre de l'activité du demandeur au sein de la défenderesse ou sur requête de cette dernière.

Le demandeur et [...] ont certes été actifs sous le nom de " [...]" et ont tenté de débaucher des clients de la défenderesse. Ces actes ayant toutefois été commis postérieurement à leur licenciement, ils ne sont pas déterminants pour apprécier celui-ci.

Quant aux prétendues malversations d' [...] auxquelles aurait participé le demandeur, il ressort uniquement des faits qu' [...] a conclu en son nom propre une convention de commission avec [...] au mois d'août 2005, ce dont il n'a pas parlé à la défenderesse, et que [...] lui a

personnellement adressé des décomptes de commissions pour les mois de décembre 2006 et janvier 2007. On pourrait se poser la question de savoir si, comme le prétend la défenderesse, un tel comportement constitue une violation du devoir de fidélité de l'employé justifiant un licenciement avec effet immédiat. Quoiqu'il en soit, il n'est pas établi que le demandeur ait de quelque manière que ce soit participé à ces actes.

Au vu de ce qui précède, le grief de la défenderesse accusant le demandeur d'avoir, en cours d'emploi, préparé une activité concurrente à celle de la défenderesse et d'avoir été complice des prétendues malversations d' [...] n'a pas été établi à satisfaction. Force est dès lors d'admettre que la résiliation immédiate du contrat de travail du demandeur n'était pas justifiée au sens de l'art. 337 CO. Sur le vu de ce résultat, il n'importe guère de déterminer si la résiliation était ou non tardive.

VI. Se fondant sur l'art. 337c al. 1 CO, le demandeur réclame un montant de 41'784 fr. 45, correspondant, selon lui, au salaire qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé.

a)i) Même si la résiliation avec effet immédiat est injustifiée, elle entraîne la fin immédiate des rapports de travail, sans intervention du juge (Wylér, op. cit., p. 513 et la référence citée; Duc/Subilia, Droit du travail, nouvelle éd. revue et augmentée, Lausanne 2010, n. 4 ad art. 337c CO).

En revanche, aux termes de l'art. 337c al. 1 CO, en cas de résiliation injustifiée, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée indéterminée. Autrement dit, le juge doit déterminer de manière concrète et précise, ce que le travailleur aurait effectivement gagné si le contrat avait été résilié selon les voies ordinaires (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail-Code

annoté, Lausanne 2010, n. 1.2 ad art. 337c CO). La prétention du travailleur fondée sur cette disposition représente une créance en dommages-intérêts qui comprend principalement le salaire proprement dit, mais aussi la compensation des autres avantages résultant du contrat de travail, tels que gratifications ou indemnités de départ (TF 4C.321/2005 du 27 février 2006 c. 8.3; Wyler, op. cit., p. 513).

Les indemnités de remplacement au sens de l'art. 337c al. 1 CO sont de nature salariale et donnent lieu à la perception des cotisations sociales (ATF 123 V 5; Wyler, op. cit., p. 514).

ii) A teneur de l'art. 335c al. 1 CO, après le temps d'essai et en l'absence de disposition contractuelle contraire, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement. Le point de départ est la prise de fonction effective au sein de l'entreprise, sans tenir compte des éventuelles modifications contractuelles intervenues entre-temps (Wyler, op. cit., p. 449). Le moment déterminant pour décider du délai à appliquer est celui de la réception du congé, peu importe le terme du congé (Duc/Subilia, op. cit., n. 11 ad art. 335c CO). En cas d'arrêt puis de reprise du travail, la volonté des parties est déterminante pour savoir si la nouvelle activité se fonde sur la continuation de l'ancien rapport ou sur le début d'un nouveau rapport de travail (Wyler, op. cit., p. 449).

b)i) En l'espèce, le demandeur a travaillé auprès de la société [...] entre le 1^{er} mai 1997 et le 31 décembre 1999. Il a été employé par la société [...] entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2003. Il ressort des faits que cette dernière société a accepté de prendre en compte les années de service passées au sein de [...], en d'autres termes de fonder la nouvelle activité du demandeur sur la continuation du rapport avec son ancien employeur. Le demandeur a ensuite été engagé par la défenderesse avec effet au 1^{er} janvier 2004 en qualité de "HR Outsourcing Director" (trad. : directeur de l'externalisation en ressources humaines). 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 [...].

La résiliation avec effet immédiat injustifiée du contrat de travail du demandeur lui a été signifiée par lettre du 21 décembre 2006. Compte tenu de ce qui vient d'être exposé au paragraphe précédant, il convient de retenir qu'à cette date, le demandeur était dans sa dixième année de service et que son contrat devait être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé de trois mois (art. 335c al. 1 CO). Le demandeur a par conséquent droit à l'équivalent de ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient duré jusqu'à la fin mois de mars 2007.

ii) Comme on l'a vu, le demandeur n'a pas consenti à une diminution proprement dite de son salaire mais a uniquement accepté que la défenderesse puisse être libérée de son obligation d'employeur en s'acquittant d'une partie de sa rémunération en espèces et de l'autre en nature. Le demandeur n'a évidemment bénéficié d'aucun avantage en nature entre le jour de son licenciement et la fin du mois de mars 2007. Si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé et que, durant ce dernier délai, le demandeur n'avait touché aucune prestation en nature, il aurait eu droit de recevoir l'entier de son salaire contractuel en espèces, comme suit :

Période :	Montant brut :
21 au 31 décembre 2006	4'526 fr. 05 (= 12'755 fr. 25 / 31 jours x 11 jours)
Janvier 2007	12'755 fr. 25
Février 2007	12'755 fr. 25
Mars 2007	12'755 fr. 25
Total	<u>42'791 fr. 80</u>

En définitive, en application de l'art. 337c al. 1 CO, le demandeur a droit à 42'791 fr. 80 à titre d'indemnité de remplacement de salaires, sous déduction des cotisations légales.

VII. Le demandeur prétend avoir droit à une indemnité de 76'531 fr. 50 en vertu de l'art. 337c al. 3 CO.

a) Aux termes de l'art. 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.

Cette indemnité est due, sauf cas exceptionnel, pour tout congé immédiat injustifié (TF 4C.321/2005 du 27 février 2006 c. 9.1; Wyler, op. cit., p. 517). Elle est de même nature et vise les mêmes buts que l'indemnité prévue à l'art. 336a CO en cas de licenciement abusif (TF 4A_592/2008 du 22 avril 2009 c. 3.1; ATF 123 III 391 c. 3a). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de relever la double finalité – punitive et réparatrice – de l'indemnité (TF 4A_592/2008 précité c. 3.1; ATF 123 III 391 c. 3c). Comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité *sui generis*, s'apparentant à une peine conventionnelle (*ibidem*). Ainsi, parmi les circonstances déterminantes, il faut non seulement ranger la faute de l'employeur, mais également d'autres éléments tels que la gravité de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur, la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, les effets économiques du licenciement et la manière dont le licenciement a été signifié (TF 4A_592/2008 précité c. 3.1; TF 4C.321/2005 précité c. 9.1; ATF 123 III 391 c. 3c; Wyler, op. cit., p. 517). Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (TF 4C.321/2005 précité c. 9.1; ATF 123 III 391 c. 3c). Une éventuelle faute concomitante du travailleur est également prise en considération et peut donner lieu à réduction (ATF 120 II 243 c. 3).

En raison de son caractère particulier, cette indemnité ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS; elle n'est donc pas soumise à la déduction des cotisations sociales (TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005 c. 5.2.1).

b) En l'espèce, la défenderesse a licencié le demandeur avec effet immédiat, alléguant que celui-ci préparait la mise sur pied d'une structure concurrente. Elle n'avait alors jamais parlé de ses soupçons avec le demandeur, *a fortiori* ne lui avait jamais signifié d'avertissement. Dans ce contexte, on peut retenir que l'atteinte aux droits de la personnalité du demandeur a été de gravité moyenne, celui-ci n'ayant pas dû s'attendre à être licencié du jour au lendemain.

Au moment de son licenciement, le demandeur était au service de la défenderesse depuis pratiquement trois ans, étant rappelé que lors de son engagement, cette dernière avait accepté de prendre en compte les années qu'il avait passées au sein de [...], lesquelles comprenaient celles passées au service de [...], soit au total plus de six ans.

A l'heure actuelle, le demandeur est associé gérant de la société [...], dont le but 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". Dite société a été inscrite au registre du commerce sept mois après la résiliation du contrat de travail du demandeur. Etant donné qu'on ignore le revenu actuel du demandeur, il est impossible de déterminer si son avenir professionnel a été ou non touché par son licenciement.

Enfin, aucune faute concomitante ne saurait être reprochée au demandeur.

Dans ces conditions et tout bien considéré, il se justifie d'allouer au demandeur une indemnité de 38'265 fr. 75 correspondant à trois mois de salaire.

VIII. Le demandeur prétend avoir réalisé au moins mille cinq cent soixante heures supplémentaires (douze heures par week-end durant les années 2004 et 2005 et six heures par week-end durant l'année 2006) et réclame de ce chef un montant de 138'310 francs.

a) Selon l'art. 321c al. 1 CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. Avec l'accord du travailleur, l'employeur peut compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (art. 321c al. 2 CO). Si tel n'est pas le cas, il est tenu de les rétribuer en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type ou d'une convention collective (art. 321c al. 3 CO).

Les heures supplémentaires représentent la différence positive entre le temps de travail prévu par le contrat, l'usage, la convention collective ou le contrat-type et le temps de travail effectif (ATF 116 II 69 c. 4a; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Berne 2010, n. 1 ad art. 321c CO; Wyler, op. cit., p. 116).

Le fardeau de la preuve des heures supplémentaires accomplies incombe au travailleur (TF 4C.141/2006 du 24 août 2006 c. 4.2.2; Wyler, op. cit., p. 125). S'il n'est plus possible de prouver le nombre exact d'heures effectuées par le travailleur, le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO pour en estimer la quotité (TF 4A_543/2011 du 17 octobre 2011 c. 3.1.3; TF 4C.141/2006 précité c. 4.2.2; Wyler, loc. cit.). Afin toutefois de ne pas détourner la règle de preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec

une certaine force (TF 4A_543/2011 précité c. 3.1.3; TF 4C.141/2006 précité c. 4.2.2). L'appréciation en équité ne doit par conséquent être admise que si les circonstances le permettent, par exemple s'il est clairement prouvé que le travail excédait l'horaire de travail (Wyler, op. cit., pp. 125-126). On ne peut retenir que seuls les relevés journaliers ou mensuels communiqués à l'employeur peuvent être considérés comme appropriés pour autoriser le juge à apprécier le nombre d'heures supplémentaires en recourant à l'art. 42 al. 2 CO (TF 4A_543/2011 précité c. 3.1.3; Wyler, op. cit., p. 126).

b) En l'espèce, il ressort uniquement de l'instruction que le demandeur a parfois travaillé durant le week-end. Ce constat ne permet pas de retenir qu'il aurait excédé son horaire de travail.

Il convient donc de rejeter la prétention du demandeur en paiement d'heures supplémentaires.

IX. Le demandeur prétend au versement d'une compensation financière de 31'081 fr. 75 pour les vacances qu'il n'aurait pas prises au service de la défenderesse. Il allègue n'avoir pris que cinq jours de vacances en 2004, deux jours en 2005 et quinze en 2006.

a) i) 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, loc. cit.). Ainsi, lorsque le travailleur n'a pas pu prendre ses vacances pendant la

période de référence, le salaire afférent aux vacances de dite période doit tenir compte du salaire annuel brut, y compris le 13^{ème} salaire et les commissions (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.8 ad art. 329d CO). En effet, il est calculé sur la base du salaire complet, lequel comprend les indemnités présentant un caractère régulier et durable (Wyler, op. cit., p. 352; Duc/Subilia, op. cit, n. 4 ad art. 329d CO). En revanche, les éléments accessoires ou exceptionnels, tels que gratification ou bonus, sont exclus du salaire afférent aux vacances (Wyler, op. cit., p. 353).

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 (TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2; ATF 128 III 271 c. 4a/aa, JT 2003 I 606). La doctrine et la jurisprudence admettent toutefois 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'elle le soient (TF 4C.84/2005 du 16 juin 2005 c. 7.2; ATF 128 III 271 c. 4a/aa et les références citées, JT 2003 I 606). Cela étant, le Tribunal fédéral refuse d'admettre que le travailleur licencié avec effet immédiat sans justes motifs puisse systématiquement obtenir une indemnité en remplacement d'un éventuel solde de vacances. Il estime qu'il est possible de refuser ce droit au travailleur lorsque l'indemnité qu'il perçoit en vertu de l'art. 337c al. 1 CO couvre une longue période d'inactivité (TF 4A_115/2010 du 14 mai 2010 c. 3.1; ATF 117 II 270 c. 3b). Ce point doit en effet être tranché de cas en cas, en se fondant sur le rapport entre la durée couverte par l'indemnité perçue en vertu de l'art. 337c al. 1 CO et le nombre de jours de vacances restant (TF 4C.84/2005 c. 7.2 du 16 juin 2005; ATF 128 III 271 c. 4/cc, JT 2003 I 606; Wyler, op. cit., p. 346).

ii) En l'espèce, selon son contrat de travail, le demandeur avait droit à cinq semaines de vacances par an.

Engagé avec effet au 1^{er} janvier 2004 et licencié le 21 décembre 2006 avec effet immédiat, il avait droit à vingt-cinq jours de vacances pour l'année 2004, vingt-cinq jours pour l'année 2005 et vingt-quatre jours et demi pour l'année 2006 ($= 25 \cdot \frac{365}{359}$), soit un total de septante-quatre jours et demi.

Or, il ressort des faits que le demandeur a pris dix-huit jours de vacances en 2004, douze en 2005 et dix-sept en 2006, soit un total de quarante-sept jours. Il en résulte qu'à l'échéance de son contrat de travail, le demandeur bénéficiait d'un solde de vacances de vingt-sept jours et demi ($= 74.5 - 47$).

Ce solde représentant presque un tiers de la durée - savoir environ trois mois - couverte par l'indemnité fixée en vertu de l'art. 337c al. 1 CO sous c. VI ci-dessus, le demandeur peut prétendre à une indemnisation en espèces.

b)i) Afin de calculer le salaire afférent aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 8,33 % du salaire annuel brut pour quatre semaines de vacances, de 10,64 % pour cinq semaines et de 13,04 % pour six semaines, lorsque le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances durant la période de référence (Wyler, op. cit., p. 353 et les références citées; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.2 ad art. 329d CO; Duc/Subilia, op. cit., n. 7 ad art. 329d CO).

ii) Pour les années 2004 à 2006, le salaire annuel de référence du demandeur était de 153'063 francs. Par conséquent, son solde de vacances de vingt-sept jours et demi doit lui être indemnisé à concurrence de 17'914 fr. 50 ($= 153'063 \text{ fr.} \times 10,64 \% / 25 \text{ jours} \times 27.5 \text{ jours}$), sous déduction des cotisations légales.

X. Le demandeur prétend au versement d'une compensation financière de 11'728 fr. 80 pour les vacances qu'il n'aurait pas prises au service de [...].

A cet égard, il allègue qu'à la fin de l'année 2003, il avait un solde de vacances non prises chez [...] de vingt jours. Ceci n'a toutefois pas été établi.

Partant, la conclusion du demandeur tendant au paiement de la somme de 11'728 fr. 80 doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de se poser la question de la reprise d'un éventuel solde de vacances par la défenderesse.

XI. Finalement, le demandeur réclame le remboursement de trois montants payés pour le compte de la défenderesse. Ces versements correspondraient à ce qui suit :

- 15'500 fr. de redevance de leasing,
- 7'500 fr. pour une facture adressée à la défenderesse, et
- 7'532 fr. pour une seconde facture adressée à la défenderesse.

a)i) A teneur de l'art. 327a al. 1 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.

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 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, les réparations, etc.; 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 (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 (TF 4C.24/2005 précité c. 6.1 et les références citées). 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 (*ibidem*).

Aux termes de l'art. 63 al. 1 CO, 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. Ainsi, cette disposition exclut la répétition d'un paiement effectué en toute connaissance de cause. L'erreur doit avoir été déterminante; si le *solvens* ne s'était pas abusé, il n'aurait pas payé. Point n'est en revanche besoin que l'erreur soit essentielle au sens des art. 23 ss CO (Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 1997, pp. 591-592).

ii) En l'espèce, il ressort de l'état de fait que la défenderesse a pris en leasing un véhicule qu'elle a mis à disposition du demandeur. Il est en outre établi qu'en date du 19 janvier 2004, le demandeur s'est acquitté d'un montant de 15'500 fr. à titre de participation initiale aux frais de leasing.

Sans contester ce qui précède, la défenderesse fait valoir que le demandeur a accepté de prendre à sa charge la somme de 15'500 fr., car il souhaitait conduire un véhicule plus luxueux que celui qu'elle était prête à financer. Cette circonstance ne ressort pas de l'état de fait. Il n'est pas établi qu'une convention écrite ait été conclue à ce sujet. Dans cette mesure, il aurait incombé à la défenderesse, et non au demandeur, de prendre en charge la participation initiale aux frais de leasing. Cependant, le demandeur n'a aucunement prouvé qu'il croyait à tort devoir payer ce qu'il a payé indûment. Il n'a du reste jamais réclamé le remboursement des 15'500 fr., somme non négligeable, avant le dépôt de sa demande

auprès de la Cour civile, ce qui tend à corroborer les allégations de la défenderesse.

L'une des conditions de l'art. 63 CO, savoir l'erreur du *solvens*, n'étant ainsi pas remplie, il convient de rejeter la conclusion du demandeur tendant au remboursement du montant de 15'500 francs.

b) Il est établi que les deux autres montants réclamés par le demandeur, savoir 7'500 fr. et 7'532 fr., ont été facturés à la défenderesse et que c'est le demandeur qui s'en est acquitté pour le compte de celle-ci. La défenderesse ne conteste pas ces faits et a reconnu qu'elle devait ces sommes au demandeur.

Il convient donc d'admettre la conclusion du demandeur tendant au remboursement des montants de 7'500 fr. et 7'532 francs.

XII. De son côté, la défenderesse a opposé la somme de 16'499 fr. 95 en compensation des montants qu'elle admet devoir au demandeur, soit 7'500 fr. et 7'532 francs. Ainsi, elle conclut reconventionnellement à ce que le demandeur soit reconnu débiteur et lui verse la somme de 1'467 fr. 95.

A cet égard, la défenderesse fait valoir que le demandeur lui devrait 10'000 fr. à titre de dommages-intérêts, 5'000 fr. à titre de remboursement d'une facture liée à une intervention ophtalmique et 1'499 fr. 95 à titre de remboursement d'une facture relative à l'achat de matériel.

Par ailleurs, dans son mémoire de droit, la défenderesse ajoute que le demandeur lui aurait causé un dommage considérable en lien avec la violation de la prohibition de concurrence post-contractuelle.

La compensation se définissant comme l'extinction de deux obligations de la même espèce existant réciproquement entre deux

personnes, on doit examiner en premier lieu si la défenderesse est titulaire de créances envers le demandeur.

a) Tout d'abord, la défenderesse soutient que le demandeur lui est redevable d'un montant de 10'000 fr. correspondant à une indemnité de retard dont elle a dû s'acquitter suite à une négligence professionnelle du demandeur, savoir que celui-ci a déposé tardivement la déclaration AVS de l'une de ses clientes.

i) Aux termes de l'art. 321e CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1). Sa responsabilité suppose la réunion des quatre conditions usuelles, soit une violation des obligations contractuelles, une faute, un préjudice et un lien de causalité (TF 4C.87/2001 du 7 novembre 2001 c. 4a; Wyler op. cit., p. 138). La faute étant présumée en matière contractuelle, il appartient au travailleur de prouver son absence de faute; les autres preuves sont à la charge de l'employeur (Wyler, op. cit., pp. 138-139 et les références citées).

L'art. 321e al. 2 CO atténue considérablement l'étendue de la responsabilité du travailleur. En effet, dans l'appréciation de sa responsabilité, 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 (art. 321e al. 2 CO). Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation et le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (TF 4C.87/2001 précité c. 4b; Wyler, op. cit., p. 139 et les arrêts cités). L'art. 321e al. 2 CO ne contient du reste pas une liste exhaustive de facteurs de réduction, de sorte que d'autres éléments peuvent intervenir (TF 4C.87/2001 précité c. 4b). Pour fixer l'indemnité, on tiendra ainsi compte de l'ensemble des circonstances, telles que la quotité du salaire, le niveau hiérarchique du travailleur, sa formation, son expérience professionnelle, ses éventuels antécédents en matière de

responsabilité civile, les instructions qui lui ont été données, le contrôle de sa prestation par l'employeur, l'existence d'une faute concomitante de l'employeur ou d'un collègue ou d'un tiers, la couverture éventuelle du risque par une assurance responsabilité civile conclue par l'employeur, le caractère prévisible ou extraordinaire de l'événement incriminé, le cours ordinaire des choses, la gravité de la faute, le risque d'entreprise ou le risque professionnel (Wyler, op. cit., pp. 139-140 et les références citées).

A la fin des rapports de travail, le travailleur est en droit d'attendre que l'employeur qui a des prétentions connues 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 (Wyler, op. cit., p. 142; Duc/Subilia, op. cit., n. 18 ad art. 321e CO). Selon la jurisprudence, une renonciation de l'employeur à une créance en dommages-intérêts contre un travailleur peut être admise si, en application des principes généraux sur la formation des contrats, l'attitude des parties, interprétée selon le principe de la confiance, peut être comprise dans le cas particulier comme une remise de dette conventionnelle. Ainsi, en règle générale, l'employeur qui omet de faire valoir avant la fin des rapports de travail des prétentions connues dans leur principe ou leur quotité adopte un comportement qui peut être compris par le travailleur comme une renonciation à la créance par actes concluants. Le silence de l'employeur n'est toutefois pas déterminant lorsque ce dernier n'a pas connaissance de la créance, du moins dans son principe, ou lorsqu'il n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur avant la fin des rapports de travail. Le fardeau de la preuve des faits permettant d'admettre une renonciation de la part de l'employeur appartient au travailleur (TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 c. 7.1.1 et les références citées; Wyler, loc. cit.; Duc/Subilia, op. cit., n. 17 ad art. 321e CO).

ii) En l'espèce, il ressort des faits que par la négligence du demandeur, la déclaration AVS d'une cliente de la défenderesse a été déposée en retard et que cette cliente s'est vue infliger une indemnité de retard de 10'000 fr. qui a été prise en charge par la défenderesse.

Il n'est en revanche pas établi qu'à la fin des rapports de travail, la défenderesse ait émis quelque réserve que ce soit à cet égard. Or, elle connaissait l'existence du prétendu dommage puisqu'elle avait pris l'indemnité de 10'000 fr. à sa charge. Le demandeur peut donc se prévaloir du silence de la défenderesse et en déduire une renonciation de sa part à toute prétention en dommages-intérêts. Au vu de ce résultat, il n'est pas nécessaire de déterminer si le demandeur peut être ou non reconnu responsable d'un préjudice causé à la défenderesse.

Compte tenu de ce qui précède, il convient de retenir que le demandeur ne doit aucune somme à la défenderesse au titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 321e CO.

b) Ensuite, la défenderesse fait valoir qu'elle a prêté au demandeur, au mois de juin 2004, la somme de 5'000 fr. afin de lui permettre de régler une facture liée à une intervention ophtalmique.

Comme déjà relevé, le demandeur a admis ce fait et reconnu que le montant de 5'000 fr. était dû à la défenderesse.

Partant, on retiendra que la défenderesse est titulaire d'une créance en remboursement de 5'000 fr. à l'égard du défendeur.

c) Enfin, la défenderesse invoque avoir payé une facture d'un montant de 1'499 fr. 95 relative à l'achat de matériel livré au demandeur. Elle soutient qu'il était convenu que ce dernier lui rembourse ce montant.

Or, il résulte uniquement des faits qu'au mois d'avril 2004, la défenderesse a reçu une facture de 1'499 fr. 95 pour l'achat de matériel. Il n'est ni prouvé que dite facture a été payée, ni que cet achat de matériel était destiné au demandeur.

Il ne saurait dès lors être retenu que le demandeur doive rembourser le montant en question à la défenderesse.

d) Enfin, la défenderesse ajoute qu'en violant la clause de non-concurrence post-contractuelle prévue par le contrat du demandeur, ce dernier lui a causé un dommage considérable.

Sur ce point, elle fait valoir qu'au mois de janvier 2007, quatre de ses importants clients, soit [...], [...], [...] et [...], ont résilié leurs contrats. Un cinquième, [...], aurait suivi au mois de décembre 2007. Selon la défenderesse, ces clients ont transféré leurs mandats à la société créée par le demandeur et [...].

S'il est vrai que [...], [...] et [...] ont quitté la défenderesse, il n'est en revanche pas établi que ces sociétés aient mandaté la société du demandeur et d' [...].

Force est dans ces circonstances de retenir qu'aucun montant n'est dû par le demandeur à la défenderesse au titre de dédommagement pour violation de la clause de non-concurrence.

e) i) Aux termes de l'art. 120 al. 1 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles. La compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention de l'invoquer (art. 124 al. 1 CO). Les deux dettes sont alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant le plus faible, depuis le moment où elles pouvaient être compensées (art. 124 al. 2 CO).

Au cas où les parties sont titulaires de plusieurs créances compensables, le débiteur doit déclarer (art. 86 CO par analogie) quelle créance, sienne ou adverse, il entend compenser. Le créancier ne saurait s'opposer au choix du débiteur (Engel, op. cit., p. 676).

En vertu de l'art. 75 CO, à défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de l'affaire, l'exécution peut en être exigée immédiatement.

Dans le prêt de consommation, à défaut de stipulation contraire, le créancier peut réclamer la restitution sous six semaines, à compter de la première réclamation : à l'échéance de ce délai, la créance en remboursement devient exigible (art. 318 CO; Engel, loc. cit.).

ii) En l'espèce, le 30 mai 2007, la demanderesse a notamment opposé sa créance de 5'000 fr. en compensation de la somme de 7'532 fr. qu'elle admettait devoir au demandeur.

Comme on l'a vu, la créance de 7'532 fr., dont est titulaire le demandeur à l'égard de la défenderesse, correspond à un montant facturé à cette dernière, dont il s'est acquitté. Cette créance est donc devenue exigible au moment du paiement de la facture (art. 75 CO); cette date n'est pas établie, mais elle ne peut être postérieure au jour du licenciement du demandeur, soit le 21 décembre 2006.

Quant à la créance de 5'000 fr., dont est titulaire la défenderesse à l'égard du demandeur, elle correspond au montant qu'elle lui a prêté au mois de juin 2004. La déclaration de compensation de la défenderesse du 30 mai 2007 tenant lieu de demande de remboursement, sa créance de 5'000 fr. est devenue exigible six semaines plus tard, soit le 11 juillet 2007.

Au vu de ce qui précède, la créance du demandeur de 7'532 fr. est éteinte à concurrence du montant de 5'000 fr., valeur au 11 juillet 2007.

XIII. En définitive, la défenderesse reste devoir au demandeur les sommes suivantes :

- 42'791 fr. 80 à titre d'indemnité en remplacement de salaire au sens de l'art. 337c al.1 CO, sous déduction des cotisations légales,

- 38'265 fr. 75 à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO,
- 17'914 fr. 50 à titre de salaire afférent aux vacances, sous déduction des cotisations légales,
- 7'500 fr. en remboursement d'une première facture payée par le demandeur, et
- 7'532 fr. en remboursement d'une seconde facture payée par le demandeur, sous déduction de 5'000 fr., valeur au 11 juillet 2007.

XIV. Le demandeur conclut à l'allocation d'un intérêt à 5 % l'an sur l'entier de ses prétentions dès le 22 décembre 2006.

a) L'intérêt moratoire est dû dès la demeure du débiteur au taux de 5 % l'an et ce jusqu'au jour du paiement (art. 104 CO; Engel, op. cit., p. 692).

En principe, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). Acte soumis à réception, l'interpellation produit effet dès qu'elle parvient dans la sphère juridique du débiteur ou de son représentant (Engel, op. cit., p. 685 et la référence citée). Sont notamment des interpellations le commandement de payer et l'action judiciaire en paiement (Engel, op. cit., p. 686).

Aux termes de l'art. 339 al. 1 CO, à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Peu importe le motif pour lequel le contrat de travail a pris fin (Wyler, op. cit., p. 581). L'art. 339 al. 1 CO s'applique en particulier aux créances qui trouvent leur fondement dans le contrat de travail, telles que le salaire (art. 322 CO), le remboursement des frais (art. 327a à 327 c CO), le remplacement des vacances par des prestations en argent (art. 329d al. 2 CO) et les prétentions du travailleur suite à une résiliation immédiate justifiée (art. 337b CO) ou injustifiée (art. 337c CO) (Duc/Subilia, op. cit., n. 5 ad art. 339 CO; Wyler, op. cit., pp. 581-583). De manière générale, les créances qui

deviennent exigibles par l'expiration du contrat de travail permettent aux créanciers de réclamer le paiement de l'intérêt moratoire à 5 % dès le moment où le contrat prend fin, sans qu'une mise en demeure (art. 102 al. 2 CO) soit nécessaire (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.1 ad art. 339 CO et les références citées; Duc/Subilia, op. cit., n. 4 ad art. 339 CO). En revanche, les créances qui ne découlent pas du contrat de travail ne tombent pas sous le coup de l'art. 339 CO. Tel est en particulier le cas de la créance du travailleur en remboursement du prêt octroyé à l'employeur (Duc/Subilia, op. cit., n. 5 ad art. 339 CO; Wyler, op. cit., p. 583). Le remboursement de ces crédits intervient conformément aux règles convenues lors de leur octroi, aux termes fixés indépendamment de la date de la fin des rapports de service (Duc/Subilia, loc. cit.). Par ailleurs, l'art. 339 CO ne modifie pas la date d'exigibilité des créances qui étaient déjà exigibles avant la fin des rapports de travail (Wyler, op. cit., p. 581).

b) En l'occurrence, les créances du demandeur de 42'791 fr. 80, sous déduction des cotisations légales, 38'265 fr. 75 et 17'914 fr. 50, sous déduction des cotisations sociales, découlent du contrat de travail qui le liait à la défenderesse. Elles doivent donc porter intérêt à 5 % l'an dès le 22 décembre 2006, date du lendemain de la fin des rapports de travail.

Les créances de 7'500 fr. et 7'532 fr., sous déduction de 5'000 fr., valeur au 11 juillet 2007, résultent de prêts octroyés par le demandeur à son employeur; elles ne sauraient être considérées comme découlant du contrat du travail. A leur égard, il convient de retenir que l'interpellation de la défenderesse a eu lieu le 19 mars 2007, date à laquelle celle-ci s'est vu notifier les commandements de payer nos 1042397 et 1042406. Un intérêt moratoire de 5 % l'an sur ces sommes doit donc être accordé au demandeur dès le 20 mars 2007.

XV. La Caisse Z._____ est intervenue dans la cause opposant le demandeur à la défenderesse, comme titulaire d'une partie de la créance, par 17'368 fr. 45, au titre de l'indemnité de chômage versée pendant la période du 22 décembre 2006 au 31 mars 2007.

a) Selon le système légal, la caisse de chômage se subroge à l'assuré dans tous ses droits - quant aux prétentions de salaire ou d'indemnisation envers l'ancien employeur - du fait du versement des prestations d'assurances (art. 29 LACI [loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0]). La caisse ne peut renoncer à faire valoir ses droits (art. 29 al. 2 LACI). La subrogation est une cession légale au sens de l'article 166 CO. Elle intervient sans formalité et indépendamment de toute manifestation de volonté. Elle implique le transfert de la créance avec ses qualités à la caisse et le remplacement du travailleur assuré, qui est exclu totalement ou partiellement du rapport d'obligation, par la caisse (DTA 1996/1997 n° 42, p. 229 et les références citées). Du fait de la subrogation, celle-ci devient donc titulaire de la créance à concurrence des prestations qu'elle a versées et la créance du travailleur est éteinte dans la même mesure (Munoz, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse 1992, pp. 196 et 204). La caisse est donc légitimée (art. 79 al. 2 LACI) à faire valoir contre l'ancien employeur une somme correspondant au montant des indemnités journalières versées (Munoz, op. cit., p. 198).

b) En l'espèce, prenant en compte un gain assuré de 8'900 fr., la Caisse Z._____ a fixé l'indemnité journalière de chômage du demandeur à 287 fr. 10 brut. Pendant la période du 22 décembre 2006 au 31 mars 2007, ce dernier a ainsi perçu des indemnités de chômage pour un montant total de 17'368 fr. 45, charges sociales déduites.

La caisse est donc subrogée dans les droits du demandeur à hauteur de 17'368 fr. 45, avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 décembre 2006. Ce montant doit être déduit du montant dû par la défenderesse au demandeur à titre d'indemnité en remplacement de salaire au sens de l'art. 337c al. 1 CO, savoir 42'791 fr. 80, sous déduction des cotisations légales.

XVI. Le demandeur conclut enfin à ce que les oppositions formées aux commandements de payer qui ont été notifiés à la défenderesse le 19 mars 2007 dans le cadre des poursuites nos 1042397, 1042406 et 1042393 de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée, soient définitivement levées.

a) Le juge civil, saisi d'une réclamation pécuniaire ayant le même objet, peut, en même temps qu'il statue sur le fond, prononcer la mainlevée définitive de l'opposition si les conditions en sont réunies (art. 36 al. 2 LVLP [loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, RSV 280.05] dans sa teneur au 31 décembre 2010; ATF 120 III 119; ATF 107 III 60 c. 3). L'autorité qui statue sur le fond est en effet généralement la mieux placée pour apprécier la situation en fonction de son prononcé, s'agissant du paiement d'une somme d'argent déterminée (ATF 107 III 60 c. 3).

b) En l'espèce, au vu des considérations développées ci-dessus (cf. en particulier c. XI), les oppositions formées par la défenderesse aux commandements de payer qui lui ont été notifiés le 19 mars 2007 dans le cadre des poursuites nos 1042397 et 1042406 doivent être définitivement levées à concurrence de respectivement 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. La levée de l'opposition au commandement de payé notifié le 19 mars 2007 dans le cadre de la poursuite no 1042393 doit en revanche être refusée, pour les raisons exposées au considérant XI ii ci-dessus.

XVII. **a)** Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à

titre de dépens du 17 juin 1986 (tarif abrogé par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, du tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 [TDC, RSV 270.11.6] et applicable en vertu de l'art. 26 al. 2 TDC).

b) Obtenant partiellement gain de cause, le demandeur a droit à des dépens réduits d'un tiers, à la charge de la défenderesse, qu'il convient d'arrêter à 17'143 fr. 35, savoir

- a) 14'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b) 700 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 2'443 fr 35 en remboursement des deux tiers de son
 . coupon de justice.

L'intervenante obtient gain de cause sur l'entier de ses conclusions. Elle n'agit cependant pas par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel et n'est pas tenue de payer des frais de justice, puisqu'elle a pris des conclusions inférieures à 30'000 francs. Par conséquent, elle ne peut prétendre à l'allocation de dépens.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos
en application de l'art. 318a CPC,
prononce :**

I. La défenderesse H._____ doit payer au demandeur M._____ 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;
- 42'791 fr. 80 (quarante-deux mille sept cent nonante et un francs et huitante centimes), sous déduction des cotisations légales et du montant alloué à l'intervenante Caisse Z._____ selon chiffre II ci-dessous, avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 décembre 2006;
- 38'265 fr. 75 (trente-huit mille deux cent soixante-cinq francs et septante-cinq centimes), 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. La défenderesse doit payer à l'intervenante la somme de 17'368 fr. 45 (dix-sept mille trois cent soixante-huit francs et quarante-cinq centimes), avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 décembre 2006.

- III.** L'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite no 1042397 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.

- IV.** L'opposition formée par la défenderesse au commandement de payer qui lui a été notifié dans le cadre de la poursuite no 1042406 de l'Office des poursuites d'Yverdon-Orbe-La Vallée est définitivement levée à concurrence de 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.

- V.** 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.

- VI.** La défenderesse doit verser au demandeur le montant de 17'143 fr. 35 (dix-sept mille cent quarante-trois francs et trente-cinq centimes) à titre de dépens.

- VII.** Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

La greffière :

P. Hack

A. Bourquin

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 22 février 2013, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant auprès de l'instance d'appel un appel écrit et motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

La greffière :

A. Bourquin