

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 3 janvier 2018

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Kühnlein et M. Kaltenrieder, juges
Greffier : M. Clerc

Art. 336 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **Z.**_____, à Nyon, et sur l'appel joint interjeté par **W.**_____, à Genève, contre le jugement rendu le 22 décembre 2016 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 22 décembre 2016, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a dit que Z._____ devait immédiat paiement à W._____ de la somme de 11'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2015 (I), a mis les frais judiciaires à la charge de W._____ par 2'370 fr. et à la charge de Z._____ par 2'370 fr. (II), a dit que Z._____ devait restituer à W._____ l'avance de frais que celui-ci avait fournie à concurrence de 1'745 fr. (III), a dit que Z._____ devait verser à W._____ la somme de 5'000 fr. à titre de dépens (IV) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

Statuant sur la demande de W._____ tendant à faire constater qu'il avait été licencié de manière abusive par Z._____, les premiers juges ont considéré que la défenderesse n'avait pas démontré que le demandeur aurait eu un comportement désagréable ou déplacé avec ses collègues ni qu'il aurait manqué de respect à son supérieur. Ils ont estimé que son incompétence, alléguée par Z._____, n'était pas davantage démontrée. Ils ont retenu qu'aucun des motifs avancés par la défenderesse ne justifiait son licenciement, lequel faisait en réalité suite aux demandes répétées du demandeur, de bonne foi, de recevoir son salaire aux termes convenus, de sorte qu'il s'agissait d'un « congé-représailles ». Les premiers juges ont arrêté le montant de l'indemnité de l'art. 336a CO à un mois de salaire, soit à 11'000 francs.

B. Par acte du 11 avril 2017, Z._____ a fait appel de ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du jugement entrepris et au rejet des conclusions prises par W._____, subsidiairement au renvoi de la cause à l'instance inférieure en vue d'une nouvelle instruction et d'une nouvelle décision.

Par réponse et appel joint du 12 juin 2017, W._____ a conclu au rejet de l'appel de Z._____ et, dans le cadre de son appel joint, à la

condamnation de Z._____ à payer une indemnité de deux mois de salaire pour licenciement abusif, soit 22'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2015.

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

1. W._____ est un ami de longue date de D._____. Il a une formation de plâtrier-peintre et de représentant en assurances. Il n'avait jamais travaillé dans l'architecture ou l'immobilier avant de rejoindre Z._____.

Z._____ est une société à responsabilité limitée, inscrite au registre du commerce du canton de Vaud. Son but est ainsi libellé : « *toutes activités dans le domaine de la construction et particulièrement dans le domaine de l'architecture* ». D._____ en est le gérant, au bénéfice d'une signature individuelle, et le patron.

2. a) W._____, en qualité de promettant-acquéreur, et [...], en qualité de promettantes-venderesses, ont signé une promesse de vente et d'achat conditionnelle et droit d'emption le 5 décembre 2013 devant le notaire J._____, portant sur la parcelle [...] sise sur la commune d' [...] pour un montant de 3'800'000 francs.

b) W._____, en qualité de promettant-acquéreur, a ensuite signé le 7 mars 2014 un contrat de mandat avec Z._____, représentée par D._____, en qualité d'architecte et entrepreneur général. Ce mandat avait pour objet la construction de six villas jumelles et d'un petit immeuble de cinq appartements sur la parcelle n° [...] de la Commune d' [...].

Les parties ont prévu que W._____ agirait en tant que financier et se chargerait d'apporter, en plus de la parcelle précitée, la somme de 50'000 fr., versée sur un compte ouvert par Z._____ au titre

de « frais de démarrage » du chantier ; cette somme lui serait remboursée au prorata des acquisitions. Elles ont en outre accordé à W._____ un droit de regard sur toutes les phases de la réalisation du projet, mené par D._____, et sur les comptes.

c) Par courriel du 8 avril 2014, D._____ a remercié W._____ de l'avoir aidé dans la conduite de ses affaires personnelles, en particulier pour le paiement de ses primes.

3. a) Par contrat de travail du 15 juillet 2014, W._____ a été engagé par Z._____, sous l'égide de la réinsertion professionnelle, en qualité de responsable administratif et commercial à plein temps.

Ce contrat ne comportait pas de temps d'essai (art. 1 al. 2) et stipulait en particulier que l'employé « *organise son temps de présence selon les responsabilités de sa fonction, le volume de travail, ses déplacements, etc.* » (art. 2 al. 1). Le salaire mensuel brut était fixé à 11'000 fr. par mois soumis aux charges sociales (art. 4 al. 1), et un 13^e salaire devait être versé à chaque fin d'année (art. 4 al. 3).

b) Les parties ont admis que W._____ a effectivement commencé à travailler pour Z._____ le 1^{er} août 2014.

Selon l'appréciation du témoin S._____, employé de Z._____ et ancien collègue de W._____, celui-ci a adopté à son arrivée un comportement de « chef », avec une propension injustifiée à donner des ordres à ses collègues. La situation s'est aggravée par la suite, W._____ devenant « imbuvable » avec lui en ce sens qu'il arrivait tard et repartait tôt mais se permettait des reproches à ses collègues nonobstant son propre manque d'implication. Le témoin [...], employé de Z._____, a déclaré ne pas partager l'opinion du témoin S._____ et ne pas avoir ressenti de comportements déplacés de la part de W._____.

c) Par décision du 21 août 2014, l'Office cantonal de l'emploi du canton de Genève (ci-après : Office cantonal de l'emploi) a décidé

d'accepter la demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) pour W. _____ au sein de Z. _____ et a dit que les allocations seraient versées pour une durée allant du 5 août 2014 au 4 août 2016. La décision précisait que le respect du contrat de travail signé le 15 juillet 2014 était l'une des conditions dont dépendait le versement des ARE et que l'entreprise verserait à l'employé le salaire intégral à la fin de chaque mois. En outre, l'ARE couvrirait uniquement le salaire mensuel fixe convenu, les suppléments pour les heures irrégulières et les jours fériés n'étant pas pris en charge au même titre que les modifications de salaire, et le salaire de base moyen mensuel brut (y compris 13^e salaire et autres) pour la durée de l'ARE serait de 10'500 francs. Les montants des allocations étaient détaillés dans un tableau annexé à la décision.

4. [...], [...], [...] et [...], en qualité de venderesses, D. _____ pour Z. _____, en qualité d'acquéreuse, et W. _____, en qualité de cédant, ont conclu le 28 octobre 2014, devant le notaire J. _____, une vente portant sur le lot n° [...] de la propriété par étages constituée sur la parcelle de base n° [...] de la commune d' [...]. Par un document du même jour, annexé à ce contrat, les venderesses ont donné procuration avec pouvoir de substitution à D. _____ aux fins de, pour elles et en leur nom, mener à bien toutes démarches en relation avec la parcelle n° [...].

5. a) Par courriel du 2 octobre 2014 adressé à D. _____, W. _____ s'est notamment exprimé en ces termes : *« ce n'est pas seulement le projet [...] qui me prend la tête mais notre relation [...] Depuis 1 an je t'aide dans tes affaires privées, en prenant du temps et des déplacements. [...] Je t'ai fait récupérer quelques CHF 7'000 fr. [sic] auprès des différentes caisses maladie »*. Il s'est en outre plaint que son salaire n'était pas versé à la fin du mois dans ces termes : *« J'ai mal aussi quand je vois comme ce matin qu'un versement a été fait à Z. _____ de CHF 50'000.- sur le compte et que moi depuis deux mois je n'ai pas un seul sou de ta part pour payer mes factures ! [...] tu ne m'as pas versé un seul montant depuis que j'ai commencé, même pas une proposition de remboursement, rien ! J'ai peur pour l'avenir car avec de tels agissements je pourrais penser que l'argent versé à Z. _____ ne sert qu'à servir tes*

propres intérêts (les téléphones, la Porsche, l'Audi TT, les divers restaurants, etc) mais pour moi toujours rien ! [...] Pour finir, [...] te dire que les versements vont être faits prochainement par l'office qui me l'a confirmé aujourd'hui, et pour rappel le montant à verser sur mon compte est de deux fois CHF 9'771.40 2X, soit CHF 19'542.80 (Z._____ recevra CHF 16'800.-) que j'espère avoir sur mon compte rapidement afin de payer aussi mes rappels de factures ».

Interrogé à ce sujet, D._____ a confirmé que les dépenses personnelles que lui remboursait la société Z._____ incluait le leasing de son véhicule Porsche Cayenne.

b) Par courriel du 5 octobre 2014, D._____ a expliqué à W._____ qu'il n'avait pas pu se payer son propre salaire faute de liquidités de la société et qu'il avait été d'accord de l'engager mais uniquement avec la participation de la caisse de chômage. Il ajoutait *« quand tu arrives un matin en me disant : maintenant cela ne va plus il faut que tu me verse (sic) CHF 6'000.- à 8'000.- j'ai été choqué ! »*. Il indiquait en outre ce qui suit : *« J'aimerais [sic] finir mon message en te disant que si des fois, je ne suis pas toujours accessible, ou disponible c'est aussi que j'ai des soucis, je t'ai emmené dans cette aventure qui n'est pas évidente [sic], et que je dois absolument réussir, car je ne peux pas trahir la confiance d'un amis [sic] qui fait que cela me pousse [sic] encore d'avantage [sic] la tête, raison pour laquelle je dors également très mal et très peu c'est [sic] derniers mois, et quand j'arrive à aligner 4 heures je suis content!!!! J'espère qu'avec ces quelques mots tu comprenne [sic] combien tu es important pour moi et que tu es un vrai ami même si des fois je ne l'exprime pas avec des mots !! Je t'embrasse comme je t'aime et me réjouis de te voir demain »*.

c) Par courriel du 5 décembre 2014, W._____ a interpellé D._____ sur le paiement de son salaire de novembre 2014.

Par courriel du 6 mars 2015 adressé à D._____, W._____ s'est inquiété du paiement de ses salaires de janvier et février 2015.

Interrogé à ce sujet, D._____ a admis que les salaires de W._____ étaient payés avec du retard, au motif que Z._____ avait certains problèmes de liquidités en tant que jeune société et que les ARE étaient payées en retard.

Lors de son interrogatoire, W._____ a déclaré qu'il s'était plaint à plusieurs reprises à D._____ du retard dans le paiement de son salaire, mais que celui-ci changeait de sujet et trouvait toujours une excuse, soit que la société manquait de liquidités ou qu'elle était sans le sou, alors que les ARE étaient versées.

6. A deux reprises, D._____ a remis à l'ordre W._____ dans le cadre de son travail. D._____ a ainsi reproché à W._____ de partir régulièrement le vendredi après-midi pour faire des prospections depuis 3 à 4 mois, sans résultat concret. Le second reproche avait trait à une réaction déplacée de W._____, qui n'avait pas apprécié d'être exclu d'un repas avec une société. S._____ a assisté à ces deux rappels à l'ordre.

Compte tenu des tensions qu'il ressentait sur le lieu de travail, S._____ a finalement signifié à D._____ qu'il ne pouvait pas continuer à travailler pour lui si W._____ restait dans la société. D._____, sur conseil de S._____, a alors décidé de se séparer de W._____.

Le 20 avril 2015, sur ordre de D._____, W._____ a dû quitter immédiatement les locaux de Z._____ en emportant ses affaires.

7. **a)** Par courriel du 9 mai 2015, le conseil de W._____ a invité Z._____ à verser les arriérés de salaire des mois de février, mars, avril 2015 et le 13^e salaire 2014 dans un délai au 17 mai 2015. La société ne s'étant pas exécutée, le conseil de W._____ a réitéré sa demande par courriel du 19 mai 2015.

b) Le 21 mai 2015 a eu lieu une rencontre entre D._____, W._____ et son conseil, lesquels ont discuté de l'éventualité de prolonger le contrat de travail de W._____.

Par courriel du 24 mai 2015, D._____ a indiqué à W._____ qu'il restait dans l'attente de propositions de conditions de continuation d'emploi, à défaut de quoi il lui signifierait son congé au 31 mai 2015. W._____ n'a pas donné suite à cette correspondance.

c) Le 21 mai 2015, à 18h29, W._____, agissant en qualité de représentant de Z._____, a adressé au notaire J._____ un courriel faisant suite à une conversation téléphonique du matin même, en lien avec le produit d'une vente et requérant le versement d'un montant de 380'000 fr. sur son compte.

Ce courriel contenait deux erreurs, la première quant au prix de vente indiqué et la seconde quant au versement à effectuer sur le compte de W._____, ce qui a causé des difficultés pour l'Etude du notaire et le paiement d'un montant de 520'000 fr. en trop.

Le montant précité a finalement pu être récupéré aux environs du mois d'août 2016, d'après les déclarations de D._____.

8. a) Par courrier recommandé du 29 mai 2015, Z._____ a confirmé le licenciement de W._____ « *pour le 31 mai 2015, avec libération du devoir de travailler à partir de ce jour* ». Ce courrier est parvenu à W._____ le 1^{er} juin 2015.

Les parties ont admis que les rapports de travail avaient pris fin le 30 septembre 2015 et que Z._____ avait payé W._____ jusqu'à cette date, 13^e salaire *prorata temporis* inclus.

b) Le 4 juin 2015, W._____ a adressé à D._____ un courriel dont il ressort que ceux-ci s'étaient entretenus la veille sur divers points, que le versement de 49'000 fr. relatif au remboursement du financement

du projet d' [...] n'avait toujours pas eu lieu et que les parties avaient des divergences s'agissant du projet précité.

c) Les parties ont poursuivi les discussions sur une éventuelle prolongation des rapports de travail.

Ainsi, par courriel du 9 juin 2015, D._____ a indiqué à W._____ que, selon le conseil d'D._____, il était possible de considérer la lettre de licenciement nulle et non avenue et de continuer les rapports de travail. Un projet de convention à cet effet a été préparé et adressé à D._____ et à W._____.

Le 12 juin 2015, W._____ a fait savoir à D._____ que la proposition de convention le satisfaisait et a suggéré de le rencontrer pour la signer.

Le 13 juin 2015, D._____ a admis le principe de la réintégration de W._____ dans la société mais à certaines conditions, en particulier le fait que ce dernier devrait désormais travailler en dehors des locaux.

Le 30 juillet 2015, W._____ a confirmé à D._____ qu'il lui amènerait la lettre d'annulation du congé pour signature le lendemain.

Le 31 juillet 2015, D._____ lui a répondu qu'il n'était pas disposé à signer la lettre tant qu'ils n'auraient pas trouvé un accord sur la suite et qu'ils n'auraient pas mis en place « *toute la partie financière* ».

d) Par décision du 27 août 2015, l'Office cantonal de l'emploi de Genève a astreint Z._____ au remboursement de la somme de 87'266 fr. 15, compte tenu du licenciement de W._____ avant le terme de la durée de l'ARE pour la période d'août 2014 à juillet 2015.

Le 28 septembre 2015, Z._____ a formé opposition contre ladite décision et a expliqué en substance qu'elle n'avait pas été avertie de son obligation de rembourser l'ARE en cas de licenciement de son employé avant le terme de la mesure.

e) Par courrier recommandé du 29 septembre 2015, distribué le lendemain, W._____, par son conseil, a formé opposition au congé.

9. a) Le 20 octobre 2015, Z._____ a établi l'attestation de l'employeur nécessaire à l'obtention par W._____ des prestations de l'assurance-chômage. S'agissant du motif de la résiliation, Z._____ a indiqué : « *Incompétence dans notre domaine d'activité - Non respect des horaires - Non respect de son supérieur - Retours négatifs des clients et divers partenaires* ».

b) Par décision sur opposition adressée à Z._____, l'Office cantonal de l'emploi de Genève a confirmé sa décision du 27 août 2015 selon laquelle ladite société était tenue de rembourser à l'office le montant des ARE versés pour l'emploi de W._____ à hauteur de 87'266 fr. 15.

10. a) Une autorisation de procéder a été délivrée au conseil de W._____ le 5 janvier 2016, à la suite de l'échec de la procédure de conciliation introduite le 6 novembre 2015.

b) Par demande en paiement du 30 mars 2016, W._____ a assigné Z._____ en paiement de la somme nette de 66'000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} octobre 2015. Il invoquait un licenciement abusif et réclamait une indemnité correspondant à six mois de salaire.

c) Par réponse du 20 juin 2016, Z._____ a conclu au rejet de toutes les conclusions prises par W._____. Elle a expliqué que le licenciement était justifié par le fait que W._____ avait eu un comportement désagréable voire même proprement imbuvable avec les autres employés de l'entreprise, qu'il était tant improductif qu'incompétent (erreurs dans les soumissions et mauvaises instructions)

et qu'il y avait un décalage entre son statut d'employé et ce qu'il estimait être, à savoir un associé de la société.

d) Une audience de débats principaux et plaidoiries finales s'est tenue le 27 octobre 2016, au cours de laquelle [...], [...], [...], J. _____ et S. _____ ont été entendus en qualité de témoins. W. _____ et D. _____ ont en outre été interrogés comme parties.

Lors de l'audience, le conseil de Z. _____ a estimé que la production des pièces 150 et 151, censées prouver l'improductivité de W. _____, n'était pas nécessaire dès lors que ce dernier n'avait pas été licencié pour ce motif.

e) L'autorité de première instance a estimé que, compte tenu des liens particuliers de S. _____ avec Z. _____ - ce dernier étant employé de la société et ancien compagnon de la fille dD. _____, [...] - de son implication dans le conflit et de l'animosité manifeste qu'il avait exprimée lors de son audition à l'encontre de W. _____, ses déclarations ne devaient être retenues que dans la mesure où elles étaient corroborées par d'autres éléments de preuve au dossier.

Toutefois, le témoignage de S. _____ ne pouvait pas être écarté au motif de son animosité à l'égard de W. _____, puisque la mésentente au sein de la société entre ce dernier et ses collègues est précisément alléguée comme motif du licenciement. Le fait qu'il est employé de Z. _____ ne le discrédite pas davantage mais garantit à l'inverse qu'il a pu personnellement constater les comportements reprochés à W. _____. Sa relation avec [...], puisqu'elle est révolue, n'est pas davantage pertinente. En conséquence, il a été tenu compte de ses déclarations pertinentes dans l'état de fait.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales et dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

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

1.2 Formé en temps utile par une partie ayant un intérêt digne de protection et portant sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 fr., l'appel de Z. _____ est recevable.

L'appel joint de W. _____, formé en temps utile, est également recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135).

3.

3.1 En substance, l'appelante conteste le caractère abusif du licenciement et plaide la mauvaise application de l'art. 336 CO. Il convient donc en premier lieu de rappeler les règles topiques y relatives.

3.2 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail prévaut la liberté de résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 131 III 535 consid. 4.1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO (ATF 132 III 115, 116 s., consid. 2 ; 131 III 535, 538, consid. 4.2). Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné (ATF 132 III 115, 117, consid. 2.2 ; 131 III 535, 538, consid. 4.2), parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115, 117, consid. 2.2 ; 131 III 535, 538, consid. 4.2 ; 125 III 70, 73, consid. 2b), lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 III 115, 117, consid. 2.2 ; 131 III 535, 538 s., consid. 4.2) ou quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 132 III 115, 118, consid. 2.4 ; 131 III 535, 539, consid. 4.2). Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (TF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007 consid. 4.3).

Est notamment abusif le congé donné parce que l'autre partie a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO). L'art. 336 al. 1 let. d CO suppose la réunion de quatre conditions : 1° l'émission préalable de prétentions par la partie qui s'est vu notifier le congé, 2° l'existence de prétentions résultant du contrat de travail, 3° la bonne foi de la partie qui émet de telles prétentions et 4° un

lien de causalité entre la formulation de la prétention et la résiliation. S'agissant de la dernière condition, la jurisprudence n'exige pas que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine du licenciement ; elles doivent néanmoins avoir essentiellement influé sur la décision de l'employeur de licencier (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., 2014, p. 637, réf. cit. sous note infrapaginale n° 2997).

En ce qui concerne l'atteinte aux droits de la personnalité qui peut rendre un congé abusif, l'employeur doit s'abstenir de porter une atteinte injustifiée aux droits de la personnalité du travailleur et, dans les rapports de travail, il doit protéger son employé contre les atteintes émanant de supérieurs, de collègues ou même de tiers (ATF 132 III 115, 117, consid. 2.2 ; 132 III 257, 259, consid. 5.1). Ainsi, s'il surgit un conflit entre travailleurs, l'employeur doit s'efforcer de désamorcer le conflit (ATF 125 III 70, 74, consid. 2c ; TF 8C_340/2009 du 24 août 2009 consid. 4.3.3 ; TF 1C_245/2008 du 2 mars 2009 consid. 4.2 ; TF 4C_253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2c). Dans les conflits interpersonnels, le caractère abusif du licenciement dépend des mesures préalables que l'employeur a ou n'a pas prises pour tenter de mettre fin au conflit et ainsi protéger la personnalité de ses travailleurs dans les rapports de travail. Le Tribunal fédéral a notamment jugé insuffisant le fait pour un employeur d'avoir mis sur pied une seule discussion, de surcroît de façon tardive, tendant à l'amélioration de l'ambiance de travail, sans prendre aucune autre mesure pour mettre un terme au conflit (TF 10_354/2008 du 4 mai 2009 consid. 2.5). L'employeur dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures à prendre (TF 80_340/2009 déjà cité, consid. 4.3.2 ; 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2.2, qui recense également des exemples de mesures envisageables ; Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 648-649). Savoir s'il a pris les mesures adéquates est une question de droit (TF 40.189/2003 du 23 septembre 2003 consid. 5.1).

Dire si le congé est abusif au sens de l'art. 336 CO relève du droit. A l'inverse, déterminer le motif du congé est une question de fait. Pour juger si le congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel, dont la détermination relève du fait. Le fardeau de la preuve incombe à la partie

qui entend en déduire un droit (art. 8 CC), soit le plus souvent — sous réserve de l'hypothèse visée à l'art. 336 al. 1 let. b CO, non pertinente dans le cas d'espèce — au travailleur. Le fait à établir étant de nature psychique, sa preuve est difficile à rapporter. C'est pourquoi la jurisprudence admet que le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Il s'agit d'une présomption destinée à faciliter la preuve en rendant admissible la preuve par indices, non d'un renversement du fardeau de la preuve. Le point de savoir si une telle présomption est établie ou non relève de l'appréciation des preuves et non de l'application du droit fédéral (TF 40.121/2001 du 16 octobre 2001 consid. 3; TF 40.27/1992 du 30 juin 1992 consid. 3a, in SJ 1993 p. 360). De son côté, l'employeur ne peut pas rester inactif : il doit apporter des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé. Dans la mesure où, au moment de licencier, un état de tension ou de mécontentement prévaut le plus souvent, une partie de la doctrine invite le juge à se montrer prudent dans l'admission de la preuve par indices, préconisant que la vraisemblance des faits permettant de retenir le caractère abusif du congé soit très grande, voire confine à la certitude (Wylter/Heinzer, op. cit., pp. 643-644).

4.

4.1 En premier lieu, l'appelante soutient que le licenciement ne trouverait pas sa source dans les revendications de l'intimé relativement au versement de son salaire. Elle allègue que, si le problème découlait des retards du paiement des salaires, elle n'aurait pas licencié l'intimé puisqu'elle risquait alors de devoir restituer près de 90'000 fr. d'ARE. L'appelante souligne en outre qu'elle ne s'est jamais offusquée des demandes de l'intimé, qu'elle estimait même compréhensibles. Elle expose que les plaintes de l'intimé duraient depuis août 2014, de sorte que, si elles avaient été la cause du licenciement, celui-ci serait intervenu bien plus tôt que le 29 mai 2015. De même, elle relève que la

dernière revendication de l'intimé datait du 6 mars 2015, soit plus de deux mois avant le licenciement.

4.2 Les premiers juges ont constaté en premier lieu que le salaire de l'intimé avait toujours été versé avec du retard entre septembre 2014 et octobre 2015, que l'intimé s'en était plaint par courriel du 6 mars 2015 et qu'il avait été prié de quitter les lieux peu de temps après, soit le 20 avril 2015. Ils ont relevé qu'on ignorait le déroulement des faits entre le 6 mars et le 20 avril 2015 et que l'appelante n'avait pas démontré un défaut de comportement de l'intimé, un manque de respect à l'égard de son supérieur, une improductivité ou une incompétence, de sorte que rien, à part les réclamations de l'intimé quant au paiement de son salaire, ne permettait d'expliquer son licenciement. Les premiers juges ont ainsi admis le lien de causalité entre les demandes répétées de l'intimé et son licenciement, qu'ils ont qualifié d'abusif.

4.3 Il est constant que c'est par décision de l'Office cantonal de l'emploi du 27 août 2015 que l'appelante a été requise de rembourser la somme de 87'266 fr. 15 compte tenu du licenciement ordinaire de l'intimé avant le terme de la durée de l'ARE prévu le 4 août 2016. Il ressort de l'opposition formée le 28 septembre 2015 par l'appelante qu'elle ne savait pas, selon ses propres dires, qu'elle serait tenue de payer une telle somme si elle licenciait l'intimé. Son argument consistant à dire qu'elle n'aurait pas licencié l'intimé sans motif valable dès lors qu'elle savait que cela lui coûterait plus de 87'000 fr. est dès lors erroné.

Il est également incorrect de prétendre que l'appelante ne se serait pas offusquée des demandes de l'intimé, D._____ ayant expressément déclaré, dans son courriel du 5 octobre 2014, être « choqué » par les revendications de W._____, qu'il estimait déraisonnables compte tenu du fait en particulier que l'appelante manquait de liquidités.

Néanmoins, ces éléments ne suffisent pas à admettre le congé-représailles. En premier lieu, il n'est pas conforme à la lettre de la

loi et au fardeau de la preuve de tirer argument de l'éventuelle absence « d'autres motifs » pour en déduire que le licenciement aurait été motivé par les réclamations de W._____. D'ailleurs, il ressort des échanges électroniques que le paiement du salaire n'était pas la principale revendication de l'intimé, ce dernier réclamant en outre plus de reconnaissance et surtout le remboursement du montant avancé pour le projet d' [...]. En outre, comme le relève à juste titre l'appelante, il n'est pas vraisemblable que, l'intimé ayant élevé des revendications pour la dernière fois le 6 mars 2015, ce soit pour cette raison qu'il a été prié de quitter son lieu de travail le 20 avril 2015 puis licencié par courrier du 29 mai 2015. L'appréciation des premiers juges ne peut donc pas être suivie.

Le moyen est bien fondé.

5

5.1 L'appelante fait valoir que le licenciement de l'intimé serait fondé sur son improductivité et son incompétence. Elle relève qu'il n'aurait pas amené la moindre affaire à l'entreprise en près de 9 mois d'activité. Elle s'appuie par ailleurs sur le courriel mal rédigé du 21 mai 2015 signé par l'intimé qui a causé le versement d'une somme de 520'000 fr. de trop. Elle tire argument du fait que l'intimé n'a demandé que le 20 octobre 2015 la justification du congé, ce qui, selon elle, signifie qu'il savait que le congé ne s'appuyait pas sur des motifs abusifs.

5.2 Les premiers juges ont retenu que le motif d'improductivité n'était plus d'actualité dès lors que Z._____ avait estimé à l'audience de jugement du 27 octobre 2016 que la production des pièces apportées à l'appui de ce reproche n'était pas nécessaire. Quant à l'incompétence, ils ont estimé que l'instruction n'avait pas permis d'établir de manière formelle que l'erreur communiquée dans le courriel du 21 mai 2015 concernant le prix de vente serait imputable seulement à l'intimé, ni que ce courriel aurait été écrit par l'intimé en qualité d'employé de l'appelante compte tenu des différents contrats qui liaient les parties. Ils en ont conclu que les reproches d'improductivité et d'incompétence étaient infondés.

5.3 L'analyse des premiers juges sur ces points peut être confirmée. Le grief d'improductivité n'est pas prouvé par l'appelante, de sorte qu'il doit être écarté. La raison pour laquelle l'appelante a renoncé aux pièces censées l'établir n'a aucune incidence sur cette appréciation. En outre, le cahier des charges de l'intimé n'est pas défini dans le contrat, de sorte qu'on ne peut pas déterminer exactement ce qui était attendu de lui. Certes, le témoin S._____ a indiqué avoir assisté à un rappel à l'ordre sur l'absence de résultats de l'intimé ainsi que ses absences le vendredi après-midi et avoir constaté qu'il arrivait tard et partait tôt. Ces éléments ne démontrent toutefois pas une incompétence flagrante qui justifierait un licenciement. De même, comme relevé par les premiers juges, l'erreur commise dans le courriel du 21 mai 2015 ne l'explique pas davantage. Par ailleurs, l'appelante admet qu'elle savait à l'époque de son engagement que, compte tenu de la formation et de l'âge de l'intimé, il était tout à fait plausible et dans la nature évidente des choses que, faute d'une capacité - et d'une motivation - d'adaptation particulières, celui-ci n'allait pas convenir au poste dans ce domaine complexe. Elle reconnaît avoir engagé l'intimé, qu'elle qualifie de « novice », en raison des liens d'amitié qui l'unissaient à D._____. Aussi, l'appelante peut difficilement plaider le licenciement pour incompétence.

6

6.1 L'appelante soutient que le licenciement aurait été motivé par le mauvais comportement de l'intimé.

6.2 Les premiers juges ont estimé que l'instruction n'avait pas permis d'établir que W._____ aurait eu un comportement désagréable ou déplacé avec les autres employés, en particulier que le déroulement des événements entre le 6 mars et le 20 avril 2015 n'avait pas été établi, de sorte qu'on ne pouvait pas en déduire des problèmes relationnels.

6.3 Les relations entre l'intimé et D._____ sont compliquées et mêlent une multitude de facteurs. En sus d'une relation de forte amitié, attestée par la teneur de certains courriels échangés entre les parties au

début de leur collaboration (« *tu es un vrai ami* », « *je t'embrasse comme je t'aime* » ou encore « *notre relation* »), W._____ s'est visiblement occupé des affaires personnelles de son ami, en particulier de ses assurances maladies. Ils étaient par ailleurs en relation pour chercher des clients pour acquérir les villas du projet d' [...]. Et c'est en raison de ces liens de confiance préexistants qu'D._____ a engagé l'intimé, admettant d'ailleurs qu'il l'avait fait principalement pour lui rendre service, ce dernier arrivant en fin de droit pour ses indemnités de chômage. Les relations de travail des parties étaient donc empreintes d'un fort historique relationnel, qui ne peut pas être ignoré dans l'appréciation des reproches formulés à l'encontre de l'intimé.

Quand bien même l'instruction n'a pas permis d'établir précisément ce qui s'est passé au printemps 2015, le témoignage de S._____ et les échanges de courriels électroniques entre les parties rendent plus que vraisemblable que l'attitude de l'intimé au sein de la société était problématique. Ainsi, le témoin S._____ a indiqué que l'intimé avait, dès son arrivée, adopté un comportement de « chef » et avait tendance à donner des ordres à ses collègues, alors que cette prérogative ne lui revenait pas. S._____ a même finalement imposé à D._____ de choisir entre lui-même et l'intimé, ce qui démontre que la situation était suffisamment grave. Le fait que [...] ne partage pas l'opinion de S._____ n'a qu'une importance toute relative. Il suffit en effet que l'intimé ait eu des problèmes avec un autre employé pour que les difficultés relationnelles soient admises.

De même, on remarque que les courriels échangés entre l'intimé et D._____ deviennent de moins en moins chaleureux au fil de leur collaboration. Or, la raison de cette péjoration n'est pas due aux doléances salariales de l'intimé mais bien plutôt à l'aggravation du faisceau relationnel entre les parties, aggravation qui a eu un impact décisif sur leur amitié et a rendu la collaboration impossible. D'ailleurs, il a été question de reprendre les rapports de travail, ce qui démontre que l'appelante a tenté de prendre les mesures adéquates avant de licencier l'intimé. Une des conditions alors posées par D._____ était que l'intimé

travaille en dehors des locaux de l'appelante, ce qui atteste D. _____ estimait préférable que l'intimé n'ait pas de contact avec ses collègues, voire avec lui.

L'appelante a ainsi établi que les relations entre l'intimé et D. _____ sont devenues conflictuelles lorsque les parties ont commencé à travailler ensemble. Le faisceau de rapports qui unissaient ces deux parties - d'amitié, d'aide administrative, de projets immobiliers communs - a eu pour effet d'exacerber les tensions ressenties par D. _____ et par au moins un des employés, ce qui a empêché la continuation, puis la reprise des rapports de travail, de sorte que l'appelante a dû mettre fin au contrat.

Le licenciement n'était donc pas abusif en tant qu'il s'appuyait sur des motifs sérieux. Les conditions de l'art. 336 CO ne sont pas réalisées, et le jugement doit être réformé en ce sens que la demande déposée par l'intimé est rejetée.

7. L'appelante invoque encore l'appréciation arbitraire des faits et des preuves et l'abus de droit. Ces moyens ne seront pas examinés car, d'une part, les faits ont pu être réappréciés par la Cour de céans et, d'autre part, ils se confondent avec le grief de la mauvaise application de l'art. 336 CO.

Au vu de ce qui précède, l'appel joint par lequel l'intimé a requis une indemnité correspondant à deux mois de salaire au lieu d'un doit être rejeté car manifestement mal fondé.

8.

8.1 Comme l'appelante obtient entièrement gain de cause, les frais judiciaires de première instance, par 4'740 fr., doivent être mis intégralement à la charge de l'intimé (art. 106 al. 1 CPC). L'intimé versera

ainsi à l'appelante la somme de 625 fr. à titre de remboursement de l'avance de frais de première instance (art. 111 al. 2 CPC).

8.2 Les premiers juges avaient arrêté le montant des dépens réduits en faveur de l'intimé à 5'000 francs. En l'espèce, compte tenu du fait que l'appelante obtient entièrement gain de cause, l'intimé doit lui verser des dépens de première instance qu'il convient de fixer à 7'000 fr. (art. 3 al. 2 et art. 4 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

8.3 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'120 fr. (art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'intimé, qui succombe.

L'appelante a par ailleurs droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 2'250 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC).

Il s'ensuit que l'intimé doit verser à l'appelante la somme de 3'370 fr. à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel de Z._____ est admis.
- II. L'appel joint de W._____ est rejeté.
- III. Il est statué à nouveau comme suit :
 - I. La demande de W._____ est rejetée.

II. Les frais judiciaires, arrêtés à 4'740 fr. (quatre mille sept cent quarante francs), sont mis à la charge de W._____.

III. W._____ doit verser à Z._____ la somme de 625 fr. (six cent vingt-cinq francs) à titre de restitution d'avance de frais.

IV. W._____ doit verser à Z._____ la somme de 7'000 fr. (sept mille francs) à titre de dépens.

V. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'120 fr. (mille cent vingt francs), sont mis à la charge de l'intimé W._____.

V. L'intimé W._____ doit verser à l'appelante Z._____ la somme de 3'370 fr. (trois mille trois cent septante francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

VI. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Emmanuel Hoffmann (pour Z. _____),
- Me Alexandre Böhler (pour W. _____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

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

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

Le greffier :