

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 juillet 2021

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente
Mmes Merkli et Crittin Dayen, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 335, 336, 336a CO

Statuant sur l'appel interjeté par **K.**_____, à [...],
demanderesse, contre le jugement rendu le 15 juillet 2020 par le Tribunal
civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante
d'avec **A.**_____ **SA (anciennement N.**_____ **SA)**, au [...],
défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 15 juillet 2020, adressé pour notification aux parties le même jour, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions prises par la demanderesse K. _____ contre la défenderesse A. _____ SA (anciennement N. _____ SA) au pied de sa demande du 27 février 2017 (I), a dit que les frais judiciaires, arrêtés à 9'414 fr. 75 pour la demanderesse étaient laissés pour l'instant à la charge de l'Etat (II), a relevé Me Stefan Graf de sa mission de conseil d'office de la demanderesse, a fixé son indemnité de conseil d'office et rappelé la teneur de l'art. 123 CPC (III, IV et V), a dit que la demanderesse devait verser à la défenderesse la somme de 13'230 fr. à titre de dépens (VI) et a dit que toutes autres ou plus amples conclusions étaient rejetées (VII).

En droit, appelés à statuer sur le caractère abusif d'un licenciement, les premiers juges ont considéré que le fait de licencier un travailleur peu avant l'âge de la retraite n'était pas en soi abusif, quand bien même il entraînerait des conséquences fâcheuses pour celui-ci sur le plan de la LPP. Ils ont retenu que les modalités du licenciement n'étaient pas abusives, faute de possibilité de l'en avertir préalablement, qu'une proposition alternative n'était pas envisageable et que l'assurance de son non-licenciement donnée à l'employée trois semaines avant de la licencier ne rendaient pas la résiliation abusive. Les premiers juges n'ont constaté aucun élément relevant d'un processus d'exclusion. En particulier, la lettre adressée peu avant le licenciement, certes maladroite, ne pouvait être qualifiée d'atteinte illicite à la personnalité. Enfin, le motif invoqué à l'appui du licenciement, soit une réorganisation interne, était avéré. Pour ces motifs, l'employeur n'avait pas commis d'abus dans l'exercice de son droit de résilier le contrat de travail, même moins d'une année avant l'âge de la retraite de son employée. S'agissant de la prétention de l'employée pour tort moral, les premiers juges n'ont pas constaté que celle-ci aurait subi des pressions dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, ni que la défenderesse aurait porté atteinte à sa personnalité d'une autre manière, aucun lien de causalité n'étant au

demeurant établi entre un comportement de la défenderesse et l'atteinte à la santé invoquée.

B. Par acte motivé du 14 septembre 2020, K. _____ a fait appel de ce jugement, concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'A. _____ SA soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement de la somme nette de 42'345 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2016, les frais de première et deuxième instances étant entièrement mis à la charge d'A. _____ SA et celle-ci devant lui verser de pleins dépens de première et deuxième instances à hauteur d'une somme non inférieure à 16'000 francs. A titre subsidiaire, elle a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'instance inférieure.

Le 18 septembre 2020, K. _____ a requis l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, Me Stefan Graf étant désigné comme son conseil d'office. Par ordonnance du 9 novembre 2020, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile a rejeté cette requête.

Par réponse du 8 février 2021, A. _____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

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

1. a) K. _____ (ci-après : la demanderesse) est née le [...] 1953.

De la fin de l'année 1993 au mois de janvier 2002, la demanderesse a été employée de la société [...] AG (anciennement [...] AG ayant intégré par fusion [...] AG). Cette société était notamment chargée de la restauration sur les bateaux de la M. _____ de 1993 à janvier 2002. La demanderesse a d'abord travaillé comme caissière et assistante de kiosque, tout en effectuant certaines tâches pour le service de

restauration, telles que la prise de réservation et le service comme extra. Dès 1996, elle a occupé le poste de secrétaire puis d'assistante de direction, exclusivement affectée au service de restauration sur les bateaux de la [...], dont les bureaux étaient sis [...].

b) A. _____ SA (ci-après : la défenderesse) est une société anonyme de droit suisse sise à [...], dont le but est notamment l'organisation de manifestations, en particulier de conférences, de séminaires, de présentations de produits, de mariages, d'anniversaires, de banquets, de réceptions, de dîners de gala, de repas d'entreprises, prestations d'un service traiteur et exploitation de restaurants publics.

N. _____ SA était une société anonyme de droit suisse inscrite le [...] 2001 au Registre du commerce. Cette société avait pour but toute forme de restauration, service traiteur et distribution de boissons en relation avec le tourisme lacustre et fluvial ; exploitation de kiosques de vente de produits liés à cette activité ainsi que d'articles de souvenirs. Son siège était sis [...].

En 2002, N. _____ SA est entrée dans la fondation Z. _____, devenue Groupe Z. _____, qui avait notamment pour activité la restauration de différents établissements.

Par contrat de fusion du 28 avril 2017, la défenderesse a repris les actifs et passifs de N. _____ SA, qui a été radiée du Registre du commerce le [...] 2017.

2. **a)** Au mois de janvier 2002, la fondation Z. _____ a succédé à la société [...] AG dans l'activité de restaurateur officiel de la M. _____.

Entendu comme témoin, [...], ancien directeur du groupe [...] pour la Suisse romande et administrateur de la M. _____ jusqu'en 2001, a déclaré que la fondation Z. _____ avait repris le personnel de la structure exploitant l'activité de restauration de la M. _____, de même que le contrat de travail de la demanderesse. Il a cependant précisé ne

pas connaître les détails des contrats passés entre la fondation Z. _____ et son personnel ainsi qu'entre celle-ci et la M. _____.

b) Par contrat de travail du 13 février 2002, la fondation Z. _____ a engagé la demanderesse pour une durée indéterminée en qualité d'assistante de direction avec effet au 21 janvier 2002.

La demanderesse a continué à exercer son activité dans les locaux sis [...].

c) En vue de sa reprise de l'activité de restauration des bateaux de la M. _____, N. _____ SA, filiale du Groupe Z. _____, a fait signer à la demanderesse un nouveau contrat de travail, confirmant son engagement en qualité d'assistante de direction à 100 % pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} janvier 2006. Le salaire mensuel brut convenu était de 6'250 fr., versé treize fois l'an et la durée hebdomadaire de travail était de 42 heures.

L'article 7 du contrat de travail stipulait que la résiliation des rapports de travail devait intervenir par lettre-signature ou par avis écrit remis en mains propres avec accusé de réception, moyennant un préavis de deux mois au-delà de la cinquième année de service.

La convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) ainsi que le document intitulé « guide du collaborateur » faisaient partie intégrante du contrat de travail. L'article 9.3 de ce guide prévoyait notamment la possibilité pour les collaborateurs de s'adresser à une personne de confiance en cas de problèmes ou de conflits.

d) En sa qualité d'assistante de direction, la demanderesse effectuait les tâches suivantes :

- la gestion des caisses journalières et des espèces pour [...] ;
- la saisie des caisses et factures des fournisseurs dans le système informatique [...] ;

- la saisie des inventaires ;
- l'envoi des DTA (ordre de paiement bancaire) au siège pour validation ;
- le dépôt de l'argent de la banque ;
- la commande des fleurs pour [...] ;
- les tâches usuelles de secrétariat (commande fourniture, prises de rendez-vous, classement) ;
- la vérification des factures des clients et des fournisseurs ;
- la clôture des comptes tous les quinze jours ;
- la gestion de la trésorerie ;
- le contrôle des heures de travail facturées pour le personnel engagé comme extra à l'occasion des banquets, spécialement les factures d[...].

3. Le 9 février 2009, un certificat de travail intermédiaire a été délivré à la demanderesse à la suite du départ du directeur [...]. Il avait notamment la teneur suivante :

« Madame K. _____ s'acquitte des tâches qui lui sont confiées à notre entière satisfaction. Nous reconnaissons en elle une collaboratrice consciencieuse, efficace et précise, sur laquelle nous pouvons toujours compter. C'est une personne de confiance qui a régulièrement eu la responsabilité de fortes sommes d'argent. Nous tenons par ailleurs à relever sa motivation ainsi que son autonomie. Disponible et méthodique, Madame K. _____ s'acquitte de son travail avec rapidité et précision. Nous nous plaisons également à relever qu'elle entretient d'excellents rapports de travail avec ses supérieurs comme avec ses collègues et notre clientèle. »

4. Par avenants des 28 novembre 2010 et 7 février 2011, l'horaire hebdomadaire de travail de la demanderesse a été porté à 43.5 heures et son salaire mensuel brut à 6'450 fr., versé treize fois l'an, dès le 1^{er} janvier 2011, puis à 6'515 fr., versé treize fois l'an, dès le 1^{er} janvier 2012.

5. Le 24 septembre 2012, la défenderesse a adressé à la demanderesse un courrier intitulé « jubilaire 2012 », dont la teneur est notamment la suivante :

« Afin de marquer votre engagement durant ces 10 dernières années au sein de la société N._____ SA, il nous tient à cœur, d'une part, de vous inviter à une cérémonie qui aura lieu le :

**Samedi 3 novembre 2012 à 11h45
Au Restaurant [...]**

et, d'autre part, de vous octroyer un cadeau de reconnaissance. Celui-ci peut être de 5 jours de vacances en plus de votre droit annuel 2012 (à répartir au maximum sur 2 ans) ou une prime d'ancienneté nette de CHF 1'000.-. »

6. Le 4 mars 2015, un second certificat de travail intermédiaire a été remis à la demanderesse à la suite du départ du directeur [...], dont il ressort en substance qu'elle donnait entière satisfaction dans son travail.

De manière générale, les relations entre la demanderesse et les différents directeurs qui se sont succédés étaient cordiales. Interrogés comme témoins, [...] et [...], anciens directeurs de N._____ SA, ainsi que [...], ont déclaré que la demanderesse s'était montrée une personne extrêmement fiable et dévouée à son employeur. La demanderesse a par ailleurs entretenu de bons contacts avec [...], qui a été le directeur de N._____ SA du 1^{er} février 2009 au 15 février 2015.

7. a) Le 16 février 2015, un nouveau directeur a été nommé à la tête de la société N._____ SA en la personne de J._____.

b) Au début du mois de mars 2015, J._____ s'est entretenu avec la demanderesse afin de prendre connaissance de son parcours et de ses intérêts au sein de l'entreprise.

c) Ce nouveau directeur a pris plusieurs mesures qui ont modifié certaines pratiques ayant cours au sein de l'entreprise.

Le 18 mars 2015, J._____ a ainsi adressé à tous les collaborateurs, dont la demanderesse, un courriel dont la teneur est notamment la suivante :

« Concernant les horaires de travail « bureau » vous êtes prié d'être obligatoirement présent de 08h00 à 16h00 sur votre lieu de travail.

Je vous rappelle que vous êtes tenu de faire 43 heures et 30 minutes par semaine, soit 08h42 de travail par jour sans compter la pause du repas de midi. Le temps de pause déjeuner est fixé à 45 minutes et un autre temps de pause café est fixé à 15 minutes par jour de travail. »

La demanderesse allègue avoir été directement touchée par cette directive, dans la mesure où elle avait pour habitude de terminer sa journée de travail à 15 heures 30, en commençant plus tôt son service le matin.

La nouvelle direction a en outre instauré une séance de coordination quotidienne avec les membres de la direction, à laquelle la demanderesse était invitée, de même qu'une séance hebdomadaire individuelle entre J._____ et elle pour traiter les dossiers en lien avec son cahier des charges.

d) J._____ n'a jamais remis de cahier des charges à la demanderesse. Cela étant, aucun élément au dossier ne permet de penser que la demanderesse ne connaissait pas les tâches qu'elle devait accomplir.

8. a) Les 24 et 25 juin 2015, deux séances ont eu lieu sans que la demanderesse ne soit invitée à y participer. Ces séances constituaient des réunions de cadres, à l'occasion desquelles des sujets liés aux charges du personnel ont été abordés. Lors de ces séances, les trois cadres concernés, soit J._____, [...] (responsable financier) et [...] (responsable RH) ont requis la participation de certains collaborateurs qui étaient directement responsables des sujets traités.

La demanderesse a demandé à connaître les motifs pour lesquels elle n'avait pas été conviée à ces deux séances, considérant qu'il s'agissait d'une mise à l'écart. A l'issue de la séance du 25 juin 2015, elle a été reçue par les trois cadres susmentionnés, qui lui ont expliqué en substance que les sujets abordés ne concernaient pas son activité, respectivement ne rentraient pas son domaine de compétence. Après cet

entretien, la demanderesse a encore demandé à [...] de pouvoir s'entretenir directement avec lui. Indisponible sur le moment, il lui a proposé de reprendre contact avec lui la semaine suivante afin de convenir d'un rendez-vous. Aucun rendez-vous n'a cependant été pris et cet entretien n'a finalement jamais eu lieu.

b) La semaine suivant ces événements, soit la semaine du 29 juin 2015, la demanderesse s'est présentée au travail avec des boutons autour de la bouche, de type herpétique. Elle portait une sorte de masque pour travailler et a indiqué à son supérieur hiérarchique qu'elle se soignait par de la médecine alternative. Au cours de la matinée, la demanderesse a perdu connaissance. Son compagnon est alors venu la chercher et l'a emmenée à une permanence médicale pour consultation.

9. a) Le 8 juillet 2015, la demanderesse a consulté la Dre G._____, médecin généraliste, pour une douleur abdominale et un état anxio-dépressif. Dans son témoignage écrit, cette praticienne a précisé que le problème principal était la douleur abdominale présentée par la demanderesse et que l'état anxio-dépressif était alors secondaire. S'agissant de la question de savoir si cette atteinte à la santé était consécutive à un épuisement professionnel et à un manque de reconnaissance de son travail de la part de son employeur, elle a indiqué qu'elle ne pouvait pas y répondre sur la base de ses notes au dossier.

Le même jour, la Dre G._____ a établi un certificat médical attestant d'une incapacité totale de travailler de la demanderesse pour la période du 8 au 13 juillet 2015. Selon les certificats médicaux produits au dossier, cette incapacité de travail a été régulièrement prolongée jusqu'au 2 juin 2016. Celle-ci a ensuite été réduite à 80 % du 3 juin au 6 juillet 2016, à 50 % du 7 au 31 juillet 2016, puis à 20 % du 1^{er} août au 1^{er} septembre 2016. La demanderesse a finalement recouvré sa pleine capacité de travail le 2 septembre 2016.

b) La demanderesse a été suivie dans un premier temps par la Dre G._____, du 8 juillet au 28 août 2015, puis par le Dr [...], et enfin par le Dr [...], psychiatre et psychothérapeute FMH, du 3 octobre 2015 au 1^{er} septembre 2016.

10. Durant son incapacité de travail, J._____ a contacté à deux reprises la demanderesse par téléphone. A ces deux occasions, il lui a demandé comment elle se portait et quand elle envisageait de reprendre son travail. La demanderesse lui a alors indiqué que cela dépendrait de l'avis de son médecin.

Sous réserve de certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail pour cause de maladie, il ressort de l'instruction que la demanderesse n'a communiqué aucune autre information à son employeur au sujet de son état de santé ou d'une éventuelle reprise de son activité.

11. a) Le 22 décembre 2015, la défenderesse, sous la plume de J._____, a adressé à la demanderesse un courrier recommandé dont la teneur est la suivante :

« Concerne : remise de matériel

Madame,

Votre absence au sein de notre société, pour des raisons de maladie, est enregistrée depuis le 8 juillet 2015.

Par conséquent et principalement pour des raisons d'intendance et de sécurité, nous vous invitons à bien vouloir nous retourner l'ensemble des clefs professionnelles en votre possession et toute autre carte (transport M._____, Parking, Banque etc.)

Nous vous prions de faire cet envoi avant le lundi 28 décembre 2015 par courrier recommandé à l'attention du soussigné et à l'aide des timbres (Chf 8.00) que vous trouverez en annexe.

Pour tout complément d'information le soussigné se tient à votre disposition.

Au seuil des festivités de fin d'année, nous vous présentons nos meilleurs vœux.

(...) »

Lors de son audition, J._____, qui n'est par ailleurs plus employé de la défenderesse, a expliqué qu'il s'agissait d'un courrier usuel de contrôle ayant pour but de récupérer les clés et d'effectuer divers

contrôles de fin d'année. Concernant les « raisons de sécurité » mentionnées, il a indiqué qu'elles résultaient essentiellement du fait que les locaux appartenaient à la M. _____ et que le bureau de la demanderesse, situé dans l'open space, n'était pas fermé à clé alors qu'il contenait des informations confidentielles et sensibles.

b) La demanderesse a compris la lettre du 22 décembre 2015 comme une résiliation de son contrat de travail, ce qui l'a profondément affectée. Selon elle, cette lettre ne pouvait pas être comprise autrement. Les premiers juges n'ont toutefois pas partagé cette appréciation. Ils ont relevé que le courrier litigieux ne comportait aucune allusion à un potentiel congé et qu'il précisait que la restitution du matériel tenait à des « raisons d'intendance et de sécurité ».

Par lettre recommandée du 23 décembre 2015, la demanderesse a répondu ce qui suit et a restitué le matériel demandé :

« Bonjour,
Puisse la restitution de ces cartes et clés vous soulager de mon potentiel et éventuel retour.
Merci pour votre carte de vœux et mes pensées vous accompagnent [illisible], à leur juste valeur, pour votre futur personnel et professionnel. »

c) Le 4 janvier 2016, la défenderesse, par sa direction des ressources humaines, a répondu au courrier de la demanderesse comme suit :

« Chère Madame,
Tout d'abord, je profite de la présente pour vous transmettre mes meilleurs vœux pour cette nouvelle année.
J'ai pris bonne note de votre courrier cité en marge, qui a retenu toute mon attention. En réponse à ce dernier, je peux vous assurer qu'en aucun cas cette démarche n'est à associer à une résiliation de nos rapports de travail.
En effet, la démarche de la direction de N. _____ SA est certes maladroite, mais n'a qu'un but organisationnel, afin que cette dernière puisse continuer à fonctionner dans de bonnes conditions et ce malgré votre absence.
Je vous remercie de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prie d'agréer, chère Madame, mes salutations les meilleures. »

La demanderesse n'a jamais répondu au courrier du 4 janvier 2016, respectivement ne l'a jamais contesté.

d) Le 13 janvier 2016, la demanderesse a consulté son psychiatre le Dr [...]. Lors de son audition en qualité de témoin, le médecin a expliqué avoir constaté une aggravation des symptômes de sa patiente après la réception de la lettre du 22 décembre 2015.

12. a) Par courrier recommandé du 25 janvier 2016, la défenderesse a déclaré résilier le contrat de travail la liant à la demanderesse avec effet au 31 mars 2016 pour des raisons organisationnelles.

La défenderesse a allégué que la décision de licencier la demanderesse était intervenue en raison de l'absence de toute information concrète permettant d'envisager une éventuelle reprise de son activité au sein de la société, ainsi que de mesures de réorganisation interne qui avaient dû être prises durant son absence. Entendu à ce sujet, le témoin [...], enseignant et employé de la défenderesse durant deux ans et demi comme responsable commercial, a indiqué que c'était un dénommé [...] qui avait repris les tâches de la demanderesse.

b) Le 27 janvier 2016, la demanderesse a consulté une nouvelle fois le Dr [...].

Lors de son interrogatoire en qualité de témoin, le médecin a confirmé que les décisions et communications de son employeur avaient particulièrement ébranlé sa patiente. Il a estimé que le licenciement avait été donné sans ménagement et avait aggravé l'état de santé de celle-ci, prolongeant son incapacité de travail jusqu'à la fin du mois d'août 2016. En revanche, à la question de savoir si l'attitude de l'employeur durant les rapports de travail et après ceux-ci était causale dans l'aggravation de l'état de santé et dans la prolongation de l'incapacité de travail, il a

expliqué qu'il ne pouvait y répondre, relevant que son travail consistait à soigner sa patiente et non à effectuer une expertise judiciaire.

c) Par courrier recommandé du 28 janvier 2016, la demanderesse a adressé la correspondance suivante à la défenderesse, dans les termes qui suivent :

« J'accuse réception de votre lettre de licenciement s'appuyant sur mon arrêt maladie ainsi que pour les raisons organisationnelles qui sont les vôtres. (copies jointes).

Je ne puis cependant l'accepter en l'état, compte tenu du fait qu'elle ne respecte pas le délai légal de congé pour une collaboratrice travaillant à votre service depuis plus de dix ans, à savoir 3 mois et non pas 2 mois.

Outre le caractère socialement discutable de cette démarche, j'en conteste formellement sa valeur juridique en la considérant comme un licenciement abusif, au sens propre de la loi. Laquelle prévoit une compensation pour cas de non-respect d'assistance de la part de l'employeur, à une collaboratrice proche de la retraite et au nombre important d'années d'ancienneté dans votre entreprise.

Dans l'attente d'un nouvel arbitrage de votre part concernant une nouvelle reconsidération de mon cas, je vous adresse, cher Monsieur, mes respectueuses salutations. »

Par courrier du 1^{er} mars 2016, la défenderesse a notamment répondu comme il suit à la demanderesse :

« Nous nous référons à votre lettre citée en marge, qui a retenu toute notre attention, par laquelle vous contestez votre licenciement.

Compte tenu de votre ancienneté au sein de N._____ SA et conformément à l'article 7 de votre contrat de travail, nous vous confirmons que le délai de résiliation est bien de deux mois. Dès lors, la fin de nos rapports de travail sera effective au 31 mars 2016.

Nous constatons que vous qualifiez cette rupture de rapports contractuels d'abusives, ce que nous contestons fermement, tant sur le fond que sur la forme. En effet, nous nous basons sur un certain nombre de points que nous nous permettons de vous rappeler ci-dessous, à savoir :

- Depuis le changement intervenu au sein de la direction, vous avez eu un entretien hebdomadaire le mardi, avec Monsieur J._____, ceci afin de traiter les dossiers en lien avec votre cahier des charges.
- Depuis le mois de mars 2015, vous étiez également invitée à la séance de coordination journalière avec vos collègues de la direction.
- En date des 24 et 25 juin 2015, deux séances ont eu lieu sans que vous y soyez conviée car le sujet traité ne concernait pas votre activité ; vous avez interprété cela comme une mise à l'écart.

- Vous avez ensuite émis le souhait de vous entretenir immédiatement avec monsieur [...], qui n'était plus disponible ce jour-là. Ce dernier a tenté de vous contacter ultérieurement, mais sans succès. Vous avez finalement renoncé à cet entretien, en le communiquant à votre direction. Malgré ces explications, vous êtes restée sur votre position et depuis vous êtes renfermée sur vous-même. Votre direction s'est inquiétée à plusieurs reprises de votre attitude et vous lui avez finalement répondu que vous étiez traitée médicalement. Depuis le 7 juillet 2015, vous êtes en arrêt maladie et avez rompu tout contact avec votre hiérarchie, ainsi qu'avec vos collègues, et ceci malgré les tentatives répétées de Monsieur J. _____ qui souhaitait prendre de vos nouvelles. Nous en avons donc conclu que vous ne souhaitiez pas être contactée, ce que nous avons respecté. Au vu de ces éléments, nous vous informons que nous maintenons notre décision de résilier nos rapports de travail au 31 mars 2016. »

13. Le 23 mai 2016, la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA a adressé au conseil de la demanderesse l'attestation suivante :

« Par la présente, nous vous informons que Madame K. _____ a démissionné de notre Caisse le 31 mars 2016 et que sa prestation de libre passage de CHF 200'910.60, correspondant au capital-épargne accumulé au 31.03.2016, a été transférée, valeur au 31.03.2016 comme suit :

- Retraites Populaires à Lausanne de CHF 100'000.00
- Fondation de libre passage d'UBS SA à Bâle de CHF 100'910.60

En tenant compte d'un salaire assuré de CHF 6'515.00 par mois x 13, d'un intérêt de 1.50 % en 2016 et d'un intérêt de 1.25 % en 2017, le capital de retraite au 31.01.2017 est de CHF 211'134.00.

Par conséquent, la différence est :

Date	Capital retraite en CHF	Rente annuelle en CHF	Rente mensuelle en CHF
31.03.2016	200'910.60	12.607.15	1'050.60
31.01.2017	211'134.00	13'512.60	1'126.05
	10'223.40	905.45	75.45

(...) »

14. Après la résiliation de son contrat de travail, la demanderesse s'est inscrite au chômage et n'a pas retrouvé de travail jusqu'à son accession à l'âge de la retraite, le 23 janvier 2017, étant précisé qu'elle n'a pas été tenue d'effectuer de recherches d'emploi au vu de son âge.

Durant cette période, elle a perçu des allocations perte de gain, respectivement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, correspondant à un montant net de 43'383 fr. 95 au total.

15. En cours d'instruction, une expertise a été confiée à [...], expert-comptable diplômé au sein de la Fiduciaire [...] SA. L'expert a déposé son rapport le 26 février 2019, dont la teneur est la suivante :

« **ALLEGUE NO 136**

Rappel du texte

La fin des rapports de travail au 31 mars 2016 a, selon décompte de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA, entraîné une baisse de la rente annuelle au titre du deuxième pilier de CHF 905.45.

Documentation utilisée

Courrier de la Caisse de pensions adressé le 23 mai 2016 à Me Stefan Graf (pièce 12 fournie en procédure)

Règlement de prévoyance (y compris son annexe 2 concernant les bases techniques et taux de conversion) pièces fournies en fin du présent rapport

Relevés de salaire de Madame K. _____ de janvier 2015 à mars 2016 (fin des rapports de travail), pièces fournies en procédure.

Constatations

L'information donnée par la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA dans le courrier du 23 mai 2016 comprend deux volets. Le premier concerne la prestation de sortie versée à la demanderesse à la fin des rapports de travail, prestation versée partiellement aux Retraites Populaires (CHF 100'000.--) et partiellement à la Fondation de libre-passage de l'UBS (CHF 100'910.60). On peut penser que le versement aux Retraites Populaires a été demandé pour que ce capital soit ensuite converti en rente, celui à la Fondation de libre-passage de l'UBS pour un versement en capital.

Cette information ne concerne pas directement notre examen des allégués soumis à la preuve par expertise. Mais elle a son importance, nous y reviendrons plus loin.

La deuxième partie de la lettre donne des indications qui sont directement en relation avec les allégués. Il s'agit de savoir à combien se serait élevée la rente de Madame K. _____ si celle-ci avait travaillé auprès du Groupe A. _____ SA jusqu'à l'âge de la retraite, soit jusqu'en janvier 2017.

Plusieurs éléments doivent être analysés.

Le salaire assuré

La Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA retient le dernier salaire brut versé à la demanderesse, soit CHF 6'515.-- par mois, versé 13 fois.

Selon les articles 15 à 17 du Règlement de prévoyance :

- Le salaire de base comprend le salaire fixe soumis à l'AVS
- Les bonus, parts de salaire liées au résultat, le paiement des heures supplémentaires, les indemnités et prestations du même type ne sont pas pris en compte dans le salaire de base
- Il n'y a pas de déduction de coordination
- Le salaire assuré correspond au salaire de base.

Il ressort de ces dispositions les constatations suivantes :

- Dans les attestations mensuelles de salaire fournies en procédure, les retenues pour la Caisse de pensions ont été effectuées avec exactitude. En particulier il a été tenu compte des indemnités de maladie non soumises à l'AVS, donc non comprises dans le salaire de base qui coïncide avec le salaire AVS,
- La Caisse de pensions est partie du principe que du 1^{er} avril 2016 au 31 janvier 2017, il n'y aurait eu aucune période d'incapacité de travail ouvrant le droit à des indemnités maladie non soumises à cotisations. La cotisation LPP est donc due sur l'ensemble du salaire. Elle a été calculée comme telle par la Caisse de pensions pour déterminer le capital-retraite au jour de la retraite.

Taux de cotisation

Selon l'article 22 du Règlement de prévoyance, la cotisation globale au fonds de pension s'élève à 14 % du salaire de base.

Selon l'article 23, alinéa 2, sur cette cotisation de 14 %, 11 % est consacré au financement de l'épargne, les 3 % représentant l'assurance risque,

Enfin, selon l'article 23, alinéa 2, la répartition des cotisations entre employeur et employé est paritaire. L'employeur paie 7 % et il retient 7 % sur le salaire de l'employé. Les attestations de salaires fournies en procédure sont donc en tous points conformes à ce Règlement, la retenue étant bien de 7 % sur le salaire brut.

Taux d'intérêt sur les avoirs de prévoyance

La Caisse indique un taux de 1.5 % en 2016, puis de 1.25 % en 2017. Le taux minimum LPP en 2016 pour la partie obligatoire s'inscrit à 1.25 %, il est abaissé à 1 % dès le 1^{er} janvier 2017 (Source : Autorité de Surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale),

A noter que le taux d'intérêt sur la partie surobligatoire est souvent inférieur au taux minimum LPP.

Il apparaît par conséquent que la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA est généreuse envers les assurés. Tout comme le Groupe A. _____ SA est généreux envers ses employés puisque le salaire assuré n'est pas limité et qu'il n'y a pas de déduction de coordination.

Le taux de conversion

Pour connaître la rente à laquelle Madame K. _____ aurait eu droit, il faut appliquer au capital-retraite un taux de conversion qui permet de calculer la rente viagère annuelle. Le taux de conversion est défini à l'annexe 2 du Règlement de prévoyance. Il est fixé à 6.25 % pour une femme de 63 ans, à 6.40 % pour une femme de 64 ans. Ces taux ont été appliqués dans le calcul qui est présenté par la Caisse de pensions dans son courrier du 23 mai 2016,

Capital à l'âge - terme (64 ans au 31 janvier 2017)

Madame K. _____ a quitté le groupe A. _____ SA le 31 mars 2016, alors qu'elle avait 63 ans et qu'il lui restait donc 10 mois avant le droit à la rente de vieillesse.

Le capital accumulé au 31 mars 2016 s'élevait, selon la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA, à CHF 200'910.60. A ce capital, sont venus s'ajouter les éléments suivants :

- La cotisation épargne calculée sur le salaire brut de CHF 6'515.-- (versé 13x)
- L'intérêt sur l'avoir accumulé à la date du 31 mars 2016, jusqu'à l'échéance théorique des prestations,

Les données se concrétisent de la façon suivante :

SALAIRE DE BASE		
Avril 2016 à janvier 2017	10 x 6'515.--	65'150.00
13 ^{ème} salaire 2016	1 x 6'515.--	6'515.00
./ part imputée pour le 1 ^{er} trimestre 2016 (1/4)	Déjà comprise dans le capital au 31 mars 2016	-1'628.75
13 ^{ème} salaire prorata 2017 (1	6'515 divisé par 12	542.90
Total du salaire de base avril 2016 à janvier 2017 ayant servi à cotisation		70'579.15
Cotisation totale épargne (employeur + employé) Selon règlement de la Caisse : 11% 7'763.70		
INTERETS		
Intérêts 2016	Sur 200'910.60 (avril à décembre) taux selon règlement : 1.5%	2'260.25
Intérêts 2017	Sur 200'910.60 (janvier) taux selon règlement : 1.25%	209.30
Total des intérêts		2'469.53
Total de l'augmentation de l'avoir de libre-passage à l'âge - terme		Cotisations et intérêts 10'233.33
Par rapport au calcul de la Caisse de pensions (courrier du 23 mai 2016)	Différence non significative	10.--

Le tableau de la page précédente calculé en application des dispositions réglementaires (règlement et annexes) confirme par conséquent l'exactitude des calculs faits par la Caisse, au niveau du capital - retraite.

Rente annuelle

La rente annuelle à l'âge-terme s'élève selon la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA à CHF 13'512.60. Ce chiffre découle de l'application du taux de conversion de la rente qui s'élève à 6.4 %, selon l'annexe 2 du Règlement de la Caisse de pensions (voir les documents justificatifs en fin de rapport : extraits du Règlement) :

Capital-retraite de CHF 211'134.-- multiplié par 6.4 % = CHF 13'512.60.

Le calcul est donc bien exact.

La différence de rente

S'appuyant sur les calculs de la Caisse, la demanderesse, par l'intermédiaire de son conseil, conclut que la différence de rente s'élève ainsi à CHF 905.45, soit la différence entre la rente annuelle

au moment du licenciement (31 mars 2016) et la rente annuelle calculée à l'âge - terme (allégué no 136 in fine). Le chiffre de CHF 905.45 est directement extrait du courrier du 23 mai 2016 de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA.

Si on se fonde sur les calculs présentés par la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA, calculs que nous avons contrôlés et qui sont exacts, la perte de rente telle qu'indiquée ci-dessus se confirmerait.

**Cette conclusion est-elle cependant vraiment la bonne ?
Nous ne partageons pas cet avis pour les raisons suivantes.**

Il n'y a pas lieu de comparer la rente à l'âge de la retraite et la rente à la date du licenciement. Aucune rente ne devait en effet être versée à la date du licenciement. Il y avait un capital à transférer dans une police de libre-passage. Cela a été fait à deux endroits différents, une partie (50 %) aux Retraites Populaires, une autre partie (50 %) à la Fondation de libre-passage d'UBS SA.

A notre avis, ce sont les rentes ou capital qui sont ensuite versées par ces deux organismes qui doivent servir de base pour la comparaison.

Le licenciement à la date du 31 mars 2016 induit obligatoirement un transfert de l'avoir de libre-passage, soit auprès de la fondation de prévoyance du nouvel employeur, soit par l'ouverture d'une police de libre-passage auprès d'une banque ou d'un assureur.

Madame K. _____ a choisi les Retraites Populaires pour CHF 100'000.-- et la Fondation de libre-passage de l'UBS pour CHF 100'910.60. On a ainsi fait un partage moitié-moitié entre l'assureur (pour obtenir une rente future de vieillesse) et une banque (pour obtenir un capital à l'âge - terme).

Il est rappelé que Madame K. _____ avait 63 ans révolus depuis un mois et demi lorsqu'elle a dû quitter le groupe A. _____ SA. Il lui restait moins de dix mois avant sa retraite. Elle n'a pas retrouvé d'emploi. Dès lors le transfert auprès d'une fondation de prévoyance d'un nouvel employeur n'a pas pu être réalisé.

Par conséquent, nous considérons que la comparaison doit se faire entre la valeur actuelle de la rente que Madame K. _____ aurait obtenue de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA à l'âge de la retraite et la valeur actuelle de la (ou des) rente (s) qui résulte(nt) des avoirs de libre-passage déposés auprès des Retraites populaires d'une part, auprès de la Fondation de libre-passage de l'UBS d'autre part.

Police de libre-passage et rente future

Lorsqu'on crée une police de libre-passage, le versement à l'âge-terme s'effectue dans la plupart des cas sous forme de capital, en tout cas pour les Fondations bancaires. Certains assureurs acceptent de convertir en rente, mais ils sont de moins en moins nombreux à le faire. Dans le Canton de Vaud, les Retraites Populaires sont pratiquement les seuls, à notre connaissance, à offrir la possibilité de convertir un avoir de libre-passage en rentes. Les fonds de pension le font bien entendu, mais cette solution est en lien avec un employeur, ce qui n'était plus le cas pour la demanderesse.

La rémunération des avoirs de libre-passage, comme les taux de conversion en rente ne dépendent alors plus de dispositions légales ou de décisions prises par le Conseil fédéral.

S'agissant de la police de libre-passage ouverte auprès de la Fondation UBS, le versement en capital était prévu. Pour les Retraites Populaires, le versement allait s'effectuer sous forme de rentes.

Il paraît difficile dans ces conditions d'estimer à combien s'élève la perte de rente, puisque le licenciement au 31 mars 2016 débouche sur une toute autre situation de prévoyance pour Madame K._____. Des hypothèses sont donc nécessaires, nous l'avons fait ci-dessous.

Calcul d'une rente sur l'intégralité de l'avoir de libre-passage

Du moment que la base de comparaison est représentée par la rente annuelle calculée à l'âge de la retraite sur l'ensemble du capital-retraite (selon formule établie par la Caisse de pensions du Groupe A._____ SA, courrier du 23 mai 2016), nous sommes d'avis que nous pouvons également faire un calcul d'une rente sur l'ensemble de l'avoir de libre-passage qui pouvait être transféré à la date du licenciement. En effet, à cette date, la prévoyance de Madame K._____ est modifiée ; elle en subit les conséquences et ce sont ces conséquences qu'il faut comparer avec la situation qui aurait été la sienne si elle avait continué son travail jusqu'à l'âge de la retraite auprès du Groupe A._____ SA.

Montant du capital et de la rente découlant de l'avoir de libre-passage

La base de calcul que nous retenons est représentée par l'avoir de libre-passage total sorti de la Caisse de pensions du Groupe A._____ SA au 31 mars 2016, soit CHF 200'910.60. Les renseignements précis que nous avons obtenus des Retraites Populaires (par téléphone et par interrogation de leur site Internet) donnent les chiffres suivants, sachant que le montant versé est placé d'abord pendant dix mois (de la date du licenciement jusqu'à l'âge de la retraite) et transformé en rente à l'âge-terme

Avoir de libre-passage transféré au 31 mars 2016	200'910.60
Capital à l'âge-terme (âge de la retraite)	201'915.00
Rente viagère annuelle	8'620.20

Pourquoi prendre l'intégralité de l'avoir de libre-passage et non pas la moitié, ce qui correspondrait au choix de la demanderesse (moitié en rente aux Retraites Populaires, moitié en capital à la Fondation UBS) ? Cela résulte de l'homogénéité de la base de comparaison : « rente versus rente ». Au surplus, un capital de CHF 100'910.60 ne représente aucune garantie pour une rente viagère et on serait à l'évidence loin d'un rendement viager équivalent à la moitié de la rente viagère ci-dessus, si on avait fait un calcul de rendement sur le montant reçu en capital.

Effet sur l'expectative de rentes

Par rapport à la rente viagère annuelle qu'aurait versée la Caisse de pensions du Groupe A._____ SA (CHF 13'512,60 selon le courrier de la Caisse du 23 mai 2016), **la différence avec le chiffre cité ci-dessus est de CHF 4'892.40 par année.**

On peut s'étonner de cet écart significatif. Cela provient de trois éléments présentés ci-dessous dans l'ordre croissant d'importance :

- Les versements de cotisations durant les dix mois entre la date de licenciement et l'âge de la retraite (voir le tableau plus haut)
- L'intérêt sur les avoirs de prévoyance on est à 1.5 %, puis 1.25 % auprès de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA ; on est à 0.6 % pour les assureurs
- Le taux de conversion : on est à 6.4 % pour la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA ; on est à 4.269 % pour la rente présentée ci-dessus.

Il n'y a pas lieu d'être surpris ni du taux d'intérêt, ni du taux de conversion. Ce sont bien les taux actuels pratiqués par les assureurs pour ces avoirs. Nous avons pris l'exemple des Retraites Populaires, mais Les Rentes Genevoises ont visiblement les mêmes taux. Il y a peu d'acteurs sur le marché et contrairement aux fondations de prévoyance LPP qui sont liées aux dispositions légales, aux ordonnances et aux décisions subséquentes du Conseil fédéral et du Parlement (notamment en ce qui concerne le taux technique et le taux de conversion), au moins sur la partie obligatoire, ces acteurs intègrent déjà dans leurs offres la baisse des rendements (par le taux d'intérêt) et l'accroissement de la durée de vie (par l'abaissement du taux de conversion).

On avait souligné plus haut le caractère généreux de la couverture de prévoyance de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA (salaire assuré, taux d'intérêt, taux de conversion pour ne citer que ces trois éléments) ; on en a ici la confirmation claire.

Conclusion

Contrairement à ce qu'indique l'allégué no 136, nous considérons qu'il n'est pas opportun de comparer une rente de la même Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA à la date du licenciement et à la date de la retraite. Il importe plutôt de savoir ce que Madame K. _____ allait recevoir à l'âge de la retraite de cette Caisse de pensions et ce qu'elle pouvait espérer recevoir en devant transférer son capital-retraite en avoir de libre-passage dix mois avant l'âge de la retraite.

C'est dans cette perspective que les calculs ci-dessus ont été effectués.

En transférant son avoir de libre-passage à la date du licenciement, l'objectif de rente à l'âge de la retraite est réduit à CHF 8'620.20 pour l'ensemble du capital, alors que la rente viagère annuelle (certaine) que la Caisse de pension du Groupe A. _____ SA lui aurait versée atteignait CHF 13'512.60. Les paramètres de base pour le calcul, entre le 31 mars 2016 et le 31 janvier 2017, n'était pas susceptible de changer, ne serait-ce qu'en raison des droits acquis. C'est pourquoi nous la qualifions de « certaine ».

La différence est donc en réalité de CHF 4'892.40.

Si le raisonnement ci-dessus n'était pas retenu par le Tribunal et qu'on revienne alors aux conclusions de l'allégué no 136 telles que présentées en procédure, nous pouvons confirmer que les calculs exposés dans le courrier du 23 mai 2016 rédigé par la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA sont bien exacts. Ces calculs sont repris dans l'allégué no 136. La différence est de CHF 905.45 par année.

ALLEGUE NO 137

Rappel du texte

La baisse de la rente annuelle au titre du 2^{ème} pilier telle que mentionnée à l'allégué no 136 entraînait pour la demanderesse un préjudice capitalisé qui n'est pas inférieur à 24'000 francs (905.45 x espérance de vie de 26.27 selon table Stauffer-Schaetzle, 42).

Documentation utilisée

- Selon allégué no 136
- Table Stauffer-Schaetzle.

Constatations

Selon nos conclusions de l'allégué no 136, la baisse de rente qui résulte du changement de situation de la demanderesse en matière de prévoyance par l'effet de son licenciement est estimé à CHF 4'892.40 par année.

On précise qu'un tel comparatif ne peut pas être fait chaque fois qu'un employé est licencié, quel que soit son âge. La demanderesse invoque cette perte de rente en raison de l'intervalle extrêmement court entre la date de son départ de l'entreprise du Groupe A. _____ SA et la date ouvrant le droit à sa rente de retraite. Il n'appartient pas à l'expert de se prononcer sur le fonds de l'argumentation, mais uniquement sur les calculs techniques.

L'espérance de vie selon table Stauffer-Schaetzle

Selon l'allégué no 137, l'espérance de vie est de 26.27 ans pour une femme de 63 ans. En multipliant cette espérance de vie par la perte de rente, on obtiendrait ainsi le dommage total, selon le texte de l'allégué.

Le calcul de la valeur actualisée d'une rente

En réalité, il ne suffit pas de multiplier une rente annuelle par un nombre d'années de vie pour obtenir la totalité des versements à faire. **Le calcul ci-dessus fait en effet abstraction du facteur d'escompte** qui est pourtant essentiel. C'est donc un autre tableau des tables Stauffer-Schaetzle qu'il s'agit d'appliquer, soit le coefficient applicable aux rentes viagères.

Le taux d'escompte est important pour l'actualisation des rentes futures. En matière de prévoyance, la Directive technique 4 (DTA 4) émise par la Chambre suisse des experts en caisses de pensions a fixé le taux d'intérêt technique à 2 % dès le 31 décembre 2017, il était à 2.25 % au 31 décembre 2016.

Pour une femme de 63 ans, âge de la demanderesse au jour du licenciement, le multiplicateur est de 20.44 (et non pas 26.27) pour un taux de 2 % ; de 19.18 pour un taux de 2.5 %. Comme le taux technique est abaissé à 2 % en 2017, on retiendra le facteur 20.44, ce qui donne la valeur actualisée suivante :

Différence selon nos conclusions de l'allégué 136 (4'892.40) x
20.44 = 100'000.65.

Conclusion

Le préjudice capitalisé atteint CHF 100'000.65.

Si notre argumentation développée à l'allégué no 136 n'est pas retenue par le Tribunal et qu'on en reste à l'écart de 905.45 tel que présenté dans la procédure, le préjudice serait le suivant :

Différence selon l'allégué 136 selon procédure (905.45) x 20.44
= 18'507,40.

Nous rappelons que notre position exprimée à l'allégué no 136 est de dire : **quelle est la différence**

- entre la rente que la demanderesse aurait reçue de la Caisse de pensions du Groupe A. _____ SA dès le 31 Janvier 2017 (âge de la retraite)
- et la rente et rendement en capital qui découlent du transfert (obligatoire) de l'avoir de libre-passage au jour du licenciement dans une (ou des) police(s) de libre-passage.

Même si une partie (50 %) de cet avoir de libre-passage a certainement été récupéré en capital à l'âge de la retraite (le montant versé à la Fondation de libre-passage de l'UBS), nous avons fait le calcul comme si tout l'avoir de libre-passage allait être converti en rente selon le calcul des Retraites Populaires. On peut penser que si on avait pris un rendement sur le montant remboursé en capital au lieu d'une rente de l'assureur, l'écart aurait probablement été encore plus grand que celui que nous avons fait ressortir à l'allégué no 136, eu égard à la baisse spectaculaire des rendements boursiers. »

16. a) La demanderesse a saisi le Tribunal d'arrondissement de Lausanne par requête de conciliation du 27 septembre 2016 ; une autorisation de procéder lui a été délivrée le 9 novembre 2016.

b) Par demande du 27 février 2017, la demanderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise au Tribunal d'arrondissement de Lausanne prononcer que N. _____ SA soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement d'un montant net de 50'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2016 (I) et que N. _____ SA soit sommée d'établir et de lui remettre sans délai un certificat de travail complet, selon précision fournie en cours d'instance (II).

Par réponse du 15 août 2017, la défenderesse a conclu principalement, avec suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité de la conclusion II et au rejet des autres conclusions de la demande, et, subsidiairement, au rejet des conclusions de la demande.

c) La Dre [...] a déposé son témoignage écrit le 9 octobre 2018.

Une audience d'audition de témoins s'est tenue le 6 novembre 2018 en présence de la demanderesse, assistée de son conseil et pour la défenderesse, de [...], assisté de son conseil. A cette occasion, J._____, [...], [...], [...] et [...] ont été entendus en qualité de témoins.

Les témoins [...], [...], [...], [...] ont été auditionnés lors de l'audience tenue le 3 décembre 2018 et le témoin [...] lors de celle tenue le 7 décembre 2018.

La demanderesse et [...] ont été interrogés en qualité de parties à l'audience du 5 novembre 2019.

A l'audience du 31 janvier 2020, la demanderesse a retiré sa conclusion II tendant à la délivrance d'un certificat de travail, devenue sans objet.

En droit :

1.

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

L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit auprès de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) contre une décision finale rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse était supérieure à 10'000 fr. en première instance. L'appel est dès lors recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). Il offre à l'autorité de deuxième instance un plein pouvoir d'examen (Jeandin, Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, n. 1 ad art. 310 CPC). Celle-ci 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 129, spéc. p. 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135).

3. L'appelante fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu dans son état de fait un certain nombre d'allégués pourtant prouvés, respectivement soumis à l'appréciation.

Les allégués 90, 93, 94, 96 et 100 portent sur le courrier du 22 décembre 2015 et sur le ressenti de l'appelante à sa réception. Or le jugement entrepris reproduit *in extenso* ce courrier et indique le ressenti de l'intéressée. Les premiers juges ont également retenu, sur la base des déclarations du Dr [...] entendu en qualité de témoin, une aggravation des symptômes de l'appelante à la suite de la réception de ce courrier, ce qui correspond au contenu de l'allégué 100. Il n'y a donc pas lieu de compléter l'état de fait sur ce point.

Le courrier du 4 janvier 2016, dont il est question à l'allégué 101, est reproduit dans l'état de fait. Les allégués 103 et 104 n'avaient pas à y figurer, dès lors qu'ils relèvent de l'appréciation.

Les faits relatifs aux séances des 24 et 25 juin 2015 figurent dans l'état de fait (cf. ch. 8 ci-dessus) et n'ont pas à être complétés, étant souligné que l'appelante a offert de prouver les allégués 124 à 127 par son audition en qualité de partie. De même, les allégués 310 et 312 - selon lesquels la tenue de ces séances n'aurait pas été portée à la connaissance de la demanderesse et ses collègues lui auraient fait part de leur surprise de cette absence d'information - ne sont pas établis par les déclarations du témoin [...] dont le souvenir des séances en question n'était pas assez précis.

Enfin, l'allégué 317 est formulé ainsi : « La demanderesse a été alors convoquée par M. J. _____, M. [...] et M. [...] (all. 124) qui ont lourdement sous-entendu que ses heures coûtaient cher à la société ». Il n'a cependant pas été prouvé à satisfaction, dès lors que les déclarations du témoin [...] sont insuffisantes pour le retenir, dans la mesure où il a déclaré « on me l'a dit, mais je n'étais pas présent ». Il s'agit en effet d'un témoignage indirect et donc sans valeur probante déterminante au vu de la version contradictoire des parties sur cet élément factuel.

Pour ces motifs, il n'y a pas lieu de compléter l'état de fait tel que retenu dans le jugement querellé.

4.

4.1

4.1.1 L'appelante se prévaut du fait qu'elle aurait consacré les vingt-trois dernières années de son activité professionnelle au service traiteur [...], dont quatorze au sein de la société intimée. Elle fait grief aux premiers juges d'avoir laissé indécise la question de savoir s'il y avait eu

transfert des rapports de travail lors de la reprise par l'intimée de cette activité.

L'appelante souligne qu'elle s'est fait licencier à quelques mois de l'âge de la retraite, alors que la qualité de son travail n'aurait jamais été remise en question. Dans ces circonstances, elle soutient que l'intimée aurait violé son devoir d'assistance et aurait agi de manière abusive en la licenciant. L'appelante fait valoir que le motif organisationnel du licenciement n'aurait pas été établi et qu'aucune solution moins incisive n'aurait été recherchée par l'intimée.

L'appelante fait également grief aux premiers juges de ne pas avoir pris en compte l'ensemble des éléments survenus de fin février 2015 au 8 juillet 2015 et ayant conduit à son incapacité de travail. Elle soutient qu'en tant que seule femme, de surcroît proche de l'âge de la retraite, elle aurait été mise à l'écart par la réduction de ses contacts et de ses tâches ainsi que par les relations distantes avec le nouveau directeur d'alors. Elle mentionne le refus d'un entretien, même bref, à l'issue de la séance du 25 juin 2015. L'appelante invoque également la lettre du 22 décembre 2015 adressée par son employeur, alors qu'il ne pouvait ignorer sa fragilité psychique. Tous ces éléments démontreraient l'absence de considération et d'égards de son employeur.

Pour ces motifs, il y aurait lieu d'admettre que le licenciement était abusif et d'allouer l'indemnité requise.

4.1.2 L'intimée soutient que l'ancienneté de l'appelante remonterait à 2002 et non à 1993. Elle se défend des griefs d'exclusion et d'absence d'égards à l'endroit de l'appelante. Elle en veut pour preuve l'entretien individuel avec le nouveau directeur lors de la prise de son poste, les séances quotidiennes de coordination ainsi que les séances hebdomadaires individuelles avec ce dernier. S'agissant des séances des 24 et 25 juin 2015, l'intimée soutient que l'appelante n'y aurait pas été conviée car non concernée, que ses supérieurs le lui auraient expliqué et

que [...] n'aurait pas eu le temps de la rencontrer le jour en question, mais aurait proposé de la rencontrer un autre jour, ce à quoi l'appelante aurait renoncé. L'intimée se prévaut du fait que les mesures mises en place par le nouveau directeur l'auraient été pour tous les membres du personnel, que celui-ci se serait d'ailleurs inquiété de l'état de santé de l'appelante durant son incapacité de travail. Concernant le courrier du 22 décembre 2015, l'intimée souligne qu'elle aurait spontanément reconnu son caractère maladroit, sans que cela ne remette en cause sa nécessité objective. Tous ces éléments démontreraient l'absence de pression ou de mise à l'écart, mais au contraire la manifestation d'égards à l'endroit de l'appelante.

L'intimée soutient qu'elle n'aurait aucune responsabilité en lien avec l'incapacité de travail de son employée. Le caractère justifié du licenciement serait établi par l'absence de nouvelles de l'appelante quant à une éventuelle reprise ainsi que par la réorganisation des tâches en raison de son absence. Pour ces motifs, le licenciement ne serait pas abusif.

4.2

4.2.1

4.2.1.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; 131 III 535 consid. 4.1).

Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.1 ; ATF 130 III 699 consid. 4.1). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive ; cette liste n'est cependant pas exhaustive (ATF 132 III 115, JdT 2006 I 152 ; ATF 136 III 513 ; ATF 131 III 535). Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et

en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique (Rehbinder/Portmann, Commentaire bâlois, n. 22 ss ad art. 336 CO). Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 ; ATF 131 III 535 consid. 4.2), l'abus de la résiliation pouvant découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit (ATF 118 II 157 consid. 4b/bb, confirmé in ATF 125 III 70 consid. 2b). A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral a rappelé que le licenciement peut être notamment tenu pour abusif lorsqu'il répond à un motif de simple convenance personnelle de l'employeur (TF 4C.25/2006 du 21 mars 2006 et les références citées).

Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'employeur avait agi de manière abusive en licenciant un travailleur, quelques mois avant sa retraite, après quarante-quatre années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commandait pas une telle mesure et qu'une solution socialement plus supportable pour l'intéressé n'avait pas été recherchée (ATF 132 III 115). A plusieurs reprises par la suite, le Tribunal fédéral a écarté l'application de cette jurisprudence qualifiée d'exceptionnelle au motif que l'âge de l'employé ne suffisait pas à qualifier le congé d'abusif, notamment si l'employé n'était pas si proche de la retraite légale et/ou plus en mesure de fournir des prestations suffisantes, les circonstances du cas d'espèce étant déterminantes (TF 4A_419/2007 du 28 janvier 2008 consid. 2.5 ; TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009 consid. 3.2). On peut ainsi citer les cas suivants : un travailleur de 55 ans, ayant reçu plusieurs admonestations et pas en mesure de fournir des prestations suffisantes à un autre poste de travail où il avait été muté (TF 4A_419/2007 précité consid. 2.6) ; un travailleur âgé de 57 ans, soit à 8 ans de la retraite ordinaire (TF 4A_72/2008 du 2 avril 2008) ; un employé licencié en raison de ses mauvaises prestations de travail, dues notamment à des abus d'alcool au cours des pauses de midi et de la circonstance qu'il n'effectuait pas le nombre d'heures quotidiennes que

requéraient les tâches qui lui étaient dévolues au sein de l'entreprise (TF 4A_60/2009 précité consid. 2.3.2 et 3.2). Plus récemment, le Tribunal fédéral a cependant écarté l'arrêt TF 4A_419/2007 précité en faveur de l'ATF 132 III 115, considérant que les faits étaient très similaires, dans la mesure où l'employé était à 14 mois de la retraite légale et, bien que lent, continuait à fournir des prestations satisfaisantes – aucune dégradation sensible des prestations n'ayant été constatée entre l'évaluation effectuée deux mois auparavant et le licenciement – et avait été licencié sans mise en demeure, ni recherche d'une solution moins incisive par la personne responsable. Il a souligné à cet égard qu'il était dans le cours ordinaire de la vie qu'un travailleur se trouvant à une année de la retraite puisse être moins motivé qu'un jeune, mais que cela ne dispensait pas l'employeur d'avoir des égards envers une personne depuis longtemps à son service, tant que celle-ci accomplissait ses tâches de manière objectivement satisfaisante (TF 4A_558/2012 du 18 février 2012 consid. 2).

4.2.1.2 En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 123 III 246 consid. 4b). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, 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. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif ; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1).

4.2.2 En préambule, avec les premiers juges, il y a lieu de retenir que la durée exacte des rapports de travail ayant lié les parties n'est pas en soi déterminante, l'ancienneté de l'appelante au sein de l'entreprise

intimée étant indéniable, qu'elle soit de plus de vingt ans comme le soutient la première ou de quatorze ans selon la seconde.

Les premiers juges ont considéré que l'ATF 132 III 115 constituait un cas exceptionnel qui ne saurait empêcher le licenciement d'un collaborateur ayant œuvré longtemps au service du même employeur lorsque l'intéressé n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées. Le Tribunal fédéral a effectivement renoncé à l'application de cette jurisprudence à plusieurs reprises lorsque le collaborateur, certes âgé, n'était soit pas proche de l'âge légal de la retraite, soit ne donnait plus satisfaction, un simple manque de motivation n'étant pas suffisant à cet égard. Au contraire, dans un arrêt 4A_558/2012 (cf. consid. 4.2.1.1), en présence d'un cas « très similaire » à celui de l'ATF 132 III 115, le Tribunal fédéral a admis un licenciement abusif.

En l'espèce, au moment de son licenciement, l'appelante était à dix mois de l'âge légal de la retraite et travaillait depuis au moins quatorze ans pour l'entreprise intimée. A plusieurs reprises au long de la collaboration, il a été fait part que l'appelante donnait entière satisfaction, était fiable et entretenait des relations cordiales avec ses collègues et sa hiérarchie. Il n'est pas établi qu'elle aurait manqué d'efficacité ou de motivation, au contraire, ni qu'elle n'aurait plus donné satisfaction à son employeur de quelque manière que ce soit. Le fait que l'appelante soit en incapacité de travail ne saurait lui être reproché ni justifier son licenciement. L'intimée n'a en particulier pas établi que la réorganisation à l'interne pour remplacer l'appelante durant son absence commandait la résiliation des rapports de travail. L'intimée a certes pris des nouvelles de son employée à deux reprises par téléphone. L'intimée n'a cependant pas recherché une solution moins incisive pour l'appelante, notamment en vue d'une reprise de l'activité progressive dans un poste adapté pour le temps courant jusqu'à l'entrée en retraite.

Pour tous ces motifs, la cour de céans considère que le cas d'espèce - très similaire à ceux des ATF 132 III 115 et TF 4A_558/2012 -

constitue un cas de licenciement abusif, de sorte que l'appel doit être admis.

4.3

4.3.1 Aux termes de l'art. 336a al. 2 CO, l'indemnité pour licenciement abusif est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances.

Pour fixer l'indemnité au sens de l'art. 336a CO, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation (cf. art. 4 CC) qui n'est limité que dans la mesure où il ne peut allouer au maximum qu'un montant correspondant à six mois de salaire (TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 ; ATF 119 11 157 consid. 2a, JdT 1994 1293). Selon la jurisprudence, il faut notamment prendre en considération dans ce cadre la gravité de la faute commise par l'employeur, une éventuelle faute concomitante du travailleur, la gravité de l'atteinte à sa personnalité, son âge, la durée et l'intensité de la relation de travail, les effets du licenciement et les difficultés de réinsertion dans sa vie économique (ATF 123 III 391 consid. 3, JdT 1998 1126 ; ATF 123 III 246 consid. 6a, JdT 1998 I 300 ; TF 4A_31/2017 du 17 janvier 2018 consid. 3).

4.3.2 Dans le cas d'espèce, il y a lieu de tenir compte de la longue durée du rapport de travail ayant lié les parties - au moins quatorze ans -, du fait que le licenciement est intervenu dix mois avant la retraite de l'employée, ainsi que de l'impact moral du licenciement. Le Dr [...] a confirmé que les décisions et communications de l'employeur avaient particulièrement ébranlé sa patiente et qu'ils avaient joué un rôle dans la prolongation de son incapacité de travail jusqu'à la fin du mois d'août 2016 ; le témoin a certes précisé qu'il n'était pas en mesure de se prononcer sur le lien de causalité dès lors que son travail consistait à soigner sa patiente et non à effectuer une expertise judiciaire. On comprend de ces déclarations que le médecin s'est contenté de répondre en termes médicaux et pas en termes juridiques, ce qui n'enlève rien à la

teneur exacte de son témoignage à défaut d'éléments permettant de douter de sa force probante.

Une fois le licenciement intervenu (le 25 janvier 2016 pour le 31 mars 2016), l'incapacité de travail totale de l'appelante a duré encore environ quatre mois (jusqu'au 2 juin 2016), avant de passer à 80 % du 3 juin 2016 au 6 juillet 2016, à 50 % du 7 juillet 2016 au 31 juillet 2016, puis à 20 % du 1^{er} août 2016 jusqu'au 1^{er} septembre 2016, date à partir de laquelle l'appelante a recouvré sa pleine capacité de travail puis s'est inscrite au chômage. On peut donc considérer que l'impact moral du licenciement a été de moyenne portée, puisque l'incapacité n'a pas perduré sur le long terme. Néanmoins, au mois de septembre 2016, l'appelante se trouvait être à quatre mois de la retraite et ses possibilités de réinsertion professionnelle étaient nulles ; elle a alors bénéficié pour les mois restants des prestations de l'assurance-chômage. Au niveau de la perte financière sur la rente annuelle du deuxième pilier, un expert s'est prononcé sur les allégués 136 et 137 pour constater une différence de la rente annuelle au titre du deuxième pilier de 4'892 fr. 40, ce qui représente un préjudice capitalisé de 100'000 fr. 65. Ce préjudice, dûment établi par expertise judiciaire, justifie l'octroi d'une large indemnité, au regard de l'absence de toute faute pouvant être mise à la charge de l'appelante.

Compte tenu de l'importante perte de rente du deuxième pilier, de la marge de manœuvre très faible à disposition de l'appelante pour rebondir vu les circonstances du licenciement – au seuil de la retraite, après de nombreuses années de service et sans baisse de motivation ni satisfaction (cf. consid. 4.2.2 ci-dessus) – et de l'impact moral, il y a lieu d'accorder à l'appelante une pleine indemnité, correspondant à six mois de salaire (6 x [6'515 fr. x 13 / 12]). En définitive, l'appelante a droit à une indemnité de 42'345 francs.

4.3.3 Dans son appel, l'appelante ne revient pas sur le refus par les premiers juges de lui accorder une indemnité pour tort moral, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question plus avant.

5.

5.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Conformément à l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Par partie succombante au sens de l'art. 106 al. 1 CPC, il faut entendre la partie qui perd le procès au sens courant, soit le demandeur dont les prétentions sont rejetées ou écartées, ou le défendeur qui est condamné dans le sens demandé par son adversaire (Tappy, op. cit., n. 12 ad art. 106 CPC).

5.2 En l'espèce, l'appelante obtient gain de cause sur le caractère abusif de son licenciement et sur la majorité de ses prétentions – elle succombe sur 15 % de ses conclusions. Dans ces conditions, il y a lieu de répartir les frais de première instance, arrêtés à 9'864 fr. 75 (9'414 fr. 75 + 450 fr.), y compris les frais de la procédure de conciliation, à raison d'un sixième à la charge de l'appelante, soit 1'644 fr. 10, et de cinq sixièmes à la charge de l'intimée, soit 8'220 fr. 65, qui seront laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour la première nommée (art. 122 al. 1 let. b CPC).

La charge des dépens de première instance a été évaluée à 13'230 fr. pour chaque partie. Pour les mêmes motifs que ci-dessus, les dépens doivent être mis à la charge de l'appelante à raison d'un sixième et de l'intimée à raison de cinq sixièmes. L'intimée versera en définitive à l'appelante la somme de 8'820 fr. ($13'230 \text{ fr.} \times [2 / 3]$) à titre de dépens de première instance, l'octroi de l'assistance judiciaire à la partie ayant obtenu gain de cause ne dispensant pas la partie adverse du versement des dépens (art. 122 al. 2 CPC).

6.

6.1 En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le jugement réformé dans le sens des considérants.

6.2 L'appelante obtient entièrement gain de cause sur ses conclusions prises en procédure d'appel, ayant renoncé aux conclusions en lien avec l'indemnité pour tort moral.

Pour ces motifs, l'intégralité des frais de la procédure d'appel, arrêtés à 712 fr. (art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]) doivent être mis à la charge de l'intimée qui succombe entièrement. Elle doit verser à l'appelante la somme de 3'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]), et lui restituer la somme de 712 fr. à titre d'avance de frais de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé aux chiffres I, II et VI de son dispositif, comme il suit :
 - I. dit que la défenderesse A. _____ SA (anciennement N. _____ SA) est reconnue débitrice et doit immédiat paiement à la demanderesse K. _____ de la somme nette de 42'345 fr. (quarante-deux mille trois cent quarante-cinq francs), avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2016.

- II. dit que les frais judiciaires, arrêtés à 9'414 fr. 75, sont mis à la charge de la défenderesse A._____ SA (anciennement N._____ SA) à raison de 7'845 fr. 75 (sept mille huit cent quarante-cinq francs et septante-cinq centimes) et à la charge de la demanderesse K._____ à raison de 1'569 fr. (mille cinq cent soixante-neuf francs) et provisoirement laissés à la charge de l'Etat pour cette dernière.
- VI. dit que la défenderesse A._____ SA (anciennement N._____ SA) doit verser à la demanderesse K._____ la somme de 8'820 fr. (huit mille huit cent vingt francs), à titre de dépens de première instance.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 712 fr. (sept cent douze francs), sont mis à la charge de l'intimée A._____ SA (anciennement N._____ SA).
- IV.** L'intimée A._____ SA (anciennement N._____ SA) doit verser à l'appelante K._____ la somme de 4'212 fr. (quatre mille deux cent douze francs), à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Stefan Graf (pour K. _____),
- Me Eric Cerottini (pour A. _____ SA),

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

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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).

La greffière :