

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

Aurélien Witzig, Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_13/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch décembre 2018

**Art. 341 CO**

## Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_13/2018

Aurélien Witzig, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Genève et de Neuchâtel

L'arrêt ici commenté est l'un des plus étonnants que le Tribunal fédéral ait rendu récemment.

Il met en scène un trader en matières premières, rémunéré par un salaire fixe de 300'000 francs par an et par un bonus discrétionnaire s'étant élevé à 0 la première année, puis à 3,75 millions de dollars l'année suivante – gratification payable en trois tranches annuelles, à la condition que le contrat de travail soit maintenu durant cette période. La première tranche fut versée immédiatement.

Survient un licenciement. Avant la fin effective du rapport de travail, la société de trading et le trader signent un accord transactionnel, aux termes duquel l'employé devait recevoir la deuxième tranche de son bonus, en échange de sa renonciation à agir en justice.

L'accord est exécuté, le trader quitte la société et perçoit le bonus. Sur quoi le trader s'oppose à son licenciement et attaque son ancien employeur aux prud'hommes. Il réclame alors la troisième tranche de son bonus, ainsi qu'une indemnité de 700'000 francs pour licenciement abusif. L'employeur contre-attaque et demande le remboursement de la deuxième tranche du bonus en raison de ce qu'il considère comme une violation de l'accord passé.

Arrêtons-nous un instant avant d'observer la solution retenue par le Tribunal fédéral.

La situation juridique est la suivante : le travailleur a été licencié par l'employeur ; dans la foulée, ce dernier a proposé une transaction. Il s'agit d'une situation commune : dans le cadre doublement litigieux d'un licenciement et d'un bonus discrétionnaire et conditionnel, l'employeur, offrant un certain montant, espère se prémunir contre le risque d'une procédure judiciaire. Quant au travailleur, après avoir, dans un premier temps, accepté le principe de la transaction et perçu l'indemnité correspondante, il s'est ravisé et a assigné son ancien employeur en justice.

A notre sens, la première question juridique à se poser dans une telle situation devrait être la détermination du champ de la transaction entre les parties : cette transaction couvrait-elle

toute prétention susceptible d'être soulevée par le travailleur contre l'employeur ou seulement une partie des prétentions ? En effet, une transaction peut n'être que partielle et il est toujours loisible aux parties d'intenter un procès pour les éléments non couverts par la transaction. En l'espèce, il apparaît, d'après ce que nous comprenons, que la transaction était censée couvrir l'ensemble des prétentions potentielles du travailleur.

Nous nous trouvons alors dans le cas où le travailleur attaque l'employeur en justice *malgré* l'existence d'une transaction.

Dans une telle hypothèse, on doit admettre qu'au moins implicitement, le travailleur cherche à faire constater la nullité de la transaction. En effet, la transaction est un contrat synallagmatique à titre onéreux, qui revêt l'autorité de chose jugée en dernier ressort entre les parties. Si le défendeur à l'action invoque l'*exceptio rei transactae*, le seul moyen pour le demandeur de voir le juge entrer en matière sur son affaire consiste à faire prononcer la nullité de la transaction. Ce n'est qu'une fois cette question préalable tranchée et le contrat de transaction écarté, que le procès pourra avoir lieu, les parties ayant été remises dans l'état qui était le leur avant la conclusion de la transaction.

On observe qu'un certain pragmatisme se dessine dans les décisions judiciaires, qui acceptent de recevoir une demande en nullité que partielle de la transaction. Aussi considère-t-on souvent que le demandeur ne cherche à faire contrôler par le juge que le caractère réciproque des concessions opérées de part et d'autre, pour que soit augmenté le montant de l'indemnité qui lui a été octroyé. Il s'agit donc d'une nullité partielle de la transaction, qui n'affecte que le montant de l'indemnité mais non son principe même.

En l'espèce, le trader cherchait manifestement à remettre en cause l'intégralité de la transaction, puisqu'il l'attaquait d'abord sur le plan du caractère abusif du licenciement et qu'il réclamait ensuite l'intégralité de son bonus. On se serait donc attendu à ce que les juges décident, dans un premier temps, s'ils devaient constater ou non la nullité de la transaction et à ce que, si la transaction était nulle, ils tranchent, dans un second temps, sur le caractère abusif du licenciement et la prétention en paiement du bonus.

Or, l'on constate que le débat judiciaire a tourné autour de la question de savoir si la clause de renonciation à agir en justice était valable ou non.

A moins que la cause de la nullité soit un vice général du contrat (capacité, objet, consentement, etc.), la démarche intellectuelle à adopter lorsqu'une transaction est attaquée en justice commande un raisonnement enchâssé en trois temps : il faut d'abord examiner les prétentions des parties, avant de constater si les concessions étaient réciproques, en tenant compte du fait que le travailleur ne peut pas renoncer sans contrepartie suffisante aux créances résultant de dispositions impératives. Il s'agit donc, dans un premier temps, de répertorier les créances du travailleur et leur caractère impératif ou non, de les mettre en regard de l'avantage concédé par l'employeur et d'évaluer si la balance est équilibrée. Si tel n'est pas le cas, la transaction est nulle - ou du moins partiellement nulle quant au montant de l'indemnité - et le juge doit la fixer à nouveau - ou se déterminer sur l'ensemble des prétentions soulevées si c'est la voie de la nullité complète qui a été retenue.

Cependant, cette complication réelle dans le processus du traitement judiciaire de la transaction ne justifiait pas que le Tribunal fédéral se lance dans une théorie qui nous paraît excessivement compliquée à plusieurs points de vue.

Premièrement, le Tribunal fédéral opère une distinction entre « convention de résiliation du contrat de travail » et « transaction », la première visant à « empêcher la naissance de nouvelles prétentions » tandis que la seconde impliquerait la « renonciation à des prétentions existantes ». Or, comme est bien obligé de l'admettre le Tribunal fédéral quelques considérants plus loin, la convention de résiliation peut avoir l'effet d'une transaction.

Ouvrons une parenthèse. Dans notre précis, nous avons critiqué la possibilité que la convention de résiliation puisse emporter effet de transaction lorsque le rapport de travail n'est pas encore terminé, du moins lorsque la transaction entend couvrir un différend qui n'est pas encore né, le travailleur ou la travailleuse n'étant ni malade, ni accidenté, ni enceinte, hypothèses qui auraient normalement pour effet de reporter la date de fin du rapport de travail à une date nettement ultérieure à ce qui pourrait être envisagé au moment de la signature d'une transaction. En effet, il faut selon nous distinguer entre la *contestation*, que la transaction peut viser à terminer, et le *différend*, qui doit au moins être né avant qu'une transaction ne puisse être signée. Sans au moins un différend – mais pas forcément une contestation –, la transaction n'a pas de sens. Sinon, pourquoi ne pas inclure une transaction dans tout contrat dès l'origine et éviter ainsi tout contentieux à jamais ?

Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral a semblé faire un pas dans la même direction, mais de manière avortée. En s'arrêtant ainsi en chemin, la distinction qu'il a retenue n'est guère compréhensible.

Autre incompréhension : le Tribunal fédéral prétend que la clause de renonciation à agir en justice serait nulle « en tant qu'elle interdit toute action menée en vue de faire contrôler l'équivalence des prestations » et que la clause prévoyant la restitution de l'indemnité versée par l'employeur en cas d'attaque en justice contre le contrat transactionnel serait une « peine conventionnelle », partiellement nulle. Toutefois, continue le Tribunal fédéral, l'indemnité octroyée par l'employeur ayant été jugée en l'espèce suffisante pour que les concessions des parties fussent considérées comme réciproques, le travailleur est coupable d'avoir violé une partie valable de l'accord, ce qui entraînerait – toujours selon le Tribunal fédéral – l'exigibilité du montant de la peine conventionnelle, autrement dit de l'indemnité versée par l'employeur (qui correspondait en l'espèce à la deuxième tranche du bonus), mais ce montant devrait cependant être réduit, « afin de tenir compte de la partie nulle de l'accord ».

On en perd son latin...

Les éléments que le Tribunal fédéral qualifie d'« interdiction de toute action judiciaire » et de « peine conventionnelle » ne sont rien d'autre que les *prestations (de faire et de ne pas faire), caractéristiques du contrat de transaction*. Le fait que les parties aient indiqué dans leur accord que le travailleur s'exposait à devoir restituer le montant de l'indemnité octroyée par l'employeur n'est pas une peine conventionnelle mais, tout bonnement, la conséquence de la nullité de la transaction, qui serait nécessaire au déroulement d'un procès. A défaut, la personne qui transige et qui voudrait faire constater la nullité de la transaction se trouverait exposée à *violier un contrat nul*. En toute hypothèse, un contrat ne peut pas punir le fait de vouloir faire constater sa nullité par une peine conventionnelle ! Ce n'est pas le rôle de cette institution.

En l'occurrence, il aurait suffi de constater que le motif de nullité invoqué par le travailleur était inopérant, selon l'analyse menée en matière de réciprocité des concessions, que la

transaction était donc bien valable et que les parties devaient demeurer en l'état. Les juridictions cantonales étaient d'ailleurs arrivées à la bonne solution du point de vue des aspects transactionnels.

Dernière remarque : la présence d'anglicismes dans la clause contractuelle signée par les parties fait soupçonner qu'il s'agit d'une traduction littérale d'un modèle anglo-saxon. Une fois de plus, l'on constate que l'importation servile de conceptions étrangères à notre système juridique (notamment la complexité extrême de la rédaction des stipulations contractuelles) ne peut entraîner que des complications et des contentieux, lesquels pourraient être évités si l'on s'en tenait davantage aux principes de clarté et de simplicité qui nous sont propres.