

Proposition de citation :

Yann Lam, L'article 337c al. 3 CO et les très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_173/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch mai 2019

Art. 337c CO

L'article 337c al. 3 CO et les très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_173/2018

Yann Lam, avocat spécialiste FSA en droit du travail, juge conciliateur auprès du Tribunal des Prud'hommes de la République et canton de Genève

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt a pour objet l'application de la jurisprudence relative aux bonus et aux très hauts salaires au calcul de l'indemnité prévue par l'article 337c al. 3 CO. Il traite également de la pondération du critère de la situation économique des parties, plus particulièrement celle de l'employé dans la fixation de cette indemnité.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le demandeur a été engagé par l'employeur, une société active dans le domaine de l'horlogerie, dès le 1^{er} septembre 2005, d'abord comme cadre, puis dès le 1^{er} janvier 2011 comme CEO.

Selon son contrat de travail, le salaire annuel convenu était de CHF 561'100.- et CHF 42'000.- étaient alloués à titre de frais de représentation. En cas de pleine réalisation d'objectifs définis à l'avance, un bonus plafonné au fil des ans entre CHF 250'000.- et CHF 350'000.- lui était acquis. Enfin, l'employeur lui mettait à disposition une voiture d'une valeur de CHF 120'000.- qu'il pouvait également utiliser à titre privé.

L'employeur a été racheté par un groupe en 2013. Le nouvel employeur a licencié le demandeur avec effet immédiat en date du 1^{er} mai 2014, après l'avoir mis à pied dès le 7 avril 2014, en invoquant des violations de son devoir de fidélité, lesquelles pouvaient être constitutives d'infractions pénales.

Le demandeur a ouvert action par devant le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz le 19 novembre 2014, concluant à ce que l'employeur soit condamné à lui payer la somme de CHF 2'509'153.05, avec intérêts à 5% l'an dès le 3 mai 2014, ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail. Il concluait en outre à la constatation du caractère illicite du

comportement de la défenderesse à son égard, ainsi qu'à la publication du jugement à rendre. La caisse de chômage est intervenue le 24 février 2015. En première instance, l'employeur a évoqué pour la première fois les motifs liés au licenciement du travailleur. Il lui a été reproché de s'être offert des voyages d'affaires en première classe, d'avoir « disparu » durant la Foire de Bâle, de n'avoir pas annoncé ses vacances et d'avoir commis plusieurs irrégularités afin d'obtenir un bonus plus conséquent.

En première instance, le licenciement immédiat a été considéré comme injustifié et l'employeur a été condamné à payer au demandeur le montant de CHF 902'716.65 brut, dont à déduire CHF 18'720.95 net, avec intérêts à 5% l'an dès le 3 mai 2014, ainsi que le montant de CHF 299'742.- (indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO), avec intérêts à 5% l'an dès le 3 mai 2014.

En appel, le jugement de première instance a été confirmé sur le principe, mais l'indemnité due en raison du licenciement immédiat injustifié a été réduite de moitié.

Afin de fixer l'indemnité fondée sur l'article 337c al. 3 CO, la Cour cantonale a tenu compte de l'ancienneté du travailleur, du fait qu'il avait joué un rôle déterminant au sein de l'entreprise, qu'il s'était investi dans son développement, qu'il a été libéré de l'obligation de travailler sans avertissement préalable alors même qu'il était en vacances, que le demandeur avait appris la décision de la défenderesse par les médias, que l'employeur lui avait bloqué ses accès électroniques et téléphoniques, et que la défenderesse n'a jamais motivé de manière précise les motifs du congé, malgré les nombreuses sollicitations du demandeur. Le fait que celui-ci avait été atteint dans sa santé, qu'il avait été incapable de travailler à 100% du 28 avril au 30 mai 2014 et qu'il s'était retrouvé sans salaire (les indemnités de chômage lui ayant été refusées en raison des déclarations de la défenderesse à la CCNAC) a également été pris en considération. En raison du caractère choquant du procédé utilisé pour écarter l'employé, l'incapacité de travail qui en a découlé était – au moins en partie – causale. Selon la Cour cantonale, au vu des salaires versés, l'employeur n'était pas une partie « économiquement faible ». Cependant, l'indemnité devait être réduite compte tenu des revenus du travailleur, lesquels pouvaient être qualifiés de « très hauts revenus » au sens de la jurisprudence et du fait que les conséquences économiques du licenciement ne le mettraient donc pas dans la gêne (c. 2).

Le demandeur a formé un recours en matière civile en concluant à ce que l'indemnité due en raison du licenciement injustifié soit portée à CHF 299'742.-, et à ce que l'arrêt cantonal soit confirmé pour le surplus.

L'employeur a également formé un recours en matière civile, ainsi qu'un recours constitutionnel subsidiaire, concluant à ce que la demande soit intégralement rejetée.

B. Le droit

1. Mode de calcul des indemnités prévues par l'article 337c al. 1 et 3 CO

L'employeur soutenait que le bonus était une gratification facultative dont il ne fallait pas tenir compte pour calculer les indemnités prévues par l'article 337c al 1 et 3 CO.

Le Tribunal fédéral rappelle dès lors sa jurisprudence sur la qualification des bonus, ainsi que sur les très hauts revenus. Dans un premier temps, il convient d'examiner si le bonus est déterminé (ou objectivement déterminable) ou indéterminé (ou objectivement

indéterminable). Ce n'est que dans ce dernier cas qu'il y a lieu, dans un deuxième temps, d'examiner le critère d'accessoriété du bonus, laquelle peut avoir pour conséquence une requalification du bonus en salaire, excluant son caractère facultatif (c. 4.1.1).

La notion de « très haut revenu », fixée à cinq fois le revenu médian suisse, intervient dans un troisième temps, excluant la requalification en salaire si le revenu du travailleur excède ce seuil.

Le Tribunal fédéral a rejeté le grief dans la mesure où dans le cas d'espèce, le bonus était déterminable.

2. Critères de fixation de l'indemnité prévue par l'article 337c al. 3 CO

Le Tribunal fédéral rappelle que l'indemnité prévue par l'article 337c al. 3 CO a une double finalité, punitive et réparatrice même si elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage. Elle s'apparente à une peine conventionnelle.

L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur. Entrent notamment en considération, l'atteinte aux droits de la personnalité de l'employé, la manière dont a été annoncé le licenciement, la question de savoir si l'employeur a laissé l'employé s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement ou encore, si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité des employés. Par ailleurs, il est également tenu compte de la durée des rapports de travail, de l'âge du lésé, de sa situation sociale, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur ainsi que des conséquences économiques du licenciement. En général, une indemnité équivalente à quatre à six mois de salaire est octroyée en matière de congé-représailles (c. 5.1).

S'agissant des conséquences économiques du licenciement, elles concernent autant celles subies par l'employé que par l'employeur. En ce sens, le Tribunal fédéral a estimé que dans le cas d'espèce, la Cour cantonale avait donné un poids trop important au critère de la situation de l'employé. Même si elle était très favorable, celle-ci était relativisée au vu de la situation de l'employeur considérée par la Cour cantonale également comme étant très forte. Le critère des conséquences économiques ne doit ainsi pas jouer à lui seul de rôle décisif. Il doit être pris en compte dans le cadre d'une appréciation globale des circonstances (c. 5.3.2.). A défaut, il aurait pour effet de reléguer au second plan la faute de l'employeur, qualifiée de grave en l'espèce, et réduirait à néant la finalité punitive de l'indemnité, soit l'une des deux fonctions essentielles de l'indemnité consacrée à l'article 337c al. 3 CO (c. 5.3.3).

Aussi, même une indemnité importante ne saurait, comme l'a plaidé l'employeur, « *sortir massivement du cadre prévu par le législateur et heurter l'équité* ». Le Tribunal rappelle à ce sujet que le salaire considéré pour calculer l'indemnité de l'article 337c al. 3 CO n'est autre que celui que les parties ont convenu contractuellement (c. 5.5.3).

3. Application de la jurisprudence dite des « très hauts revenus » dans la fixation de l'indemnité due en vertu de l'article 337c al. 3 CO

Le Tribunal fédéral écarte fermement toute application analogique de la jurisprudence relative aux bonus en cas de très hauts revenus à la fixation de l'indemnité prévue à l'article 337c al. 3 CO. Il indique très clairement qu'une situation financière avantageuse de l'employé, prise isolément, n'implique pas d'emblée une réduction de l'indemnité précitée.

Cette jurisprudence n'aura qu'un effet indirect sur le calcul de l'indemnité due, à savoir qu'elle s'appliquera à la détermination du salaire du travailleur, qui servira lui-même de base au calcul de l'indemnité en question (c. 5.3.1).

Enfin, le Tribunal fédéral exclut aussi que la notion de « salaire moyen suisse » disposée à l'article 5 al. 3 de la loi fédérale sur l'égalité entre les hommes et les femmes soit « sous-entendue » à l'article 337c al.3 CO et qu'elle impliquerait nécessairement une réduction de l'indemnité. La jurisprudence relative aux bonus et très hauts revenus ne trouve pas application ici. L'utilisation par le législateur de la notion de « salaire moyen suisse » s'explique notamment dans les cas de discrimination à l'embauche, lorsque le salaire n'a pas encore été fixé, ce qui implique de calculer l'indemnité due sur la base d'un salaire moyen. (c. 5.5.2).

Ainsi, le Tribunal fédéral admet le recours et condamne l'employeur à verser l'indemnité fixée par les premiers juges.

III. Analyse

Les très hauts revenus et l'article 337c al. 3 CO

L'arrêt revient d'abord sur la jurisprudence sur les bonus et les très hauts salaires. Ainsi, il y a lieu tout d'abord d'examiner si le montant du bonus est déterminable ou non, puis dans la négative, d'examiner le critère de l'accessoriété, lequel ne s'applique pas pour les très hauts revenus.

A l'instar du Tribunal fédéral, nous considérons qu'il n'y a pas de raison d'appliquer par analogie la jurisprudence sur les bonus et les très hauts revenus en vue de réduire, comme le soutenait l'employeur, l'indemnité au sens de l'article 337c al. 3 CO, puisque la finalité poursuivie n'est pas la même. La jurisprudence sur les très hauts revenus a pour but de faire primer la liberté contractuelle sur la protection du travailleur, dite protection étant moins importante au vu des hauts revenus, et a pour conséquence d'exclure l'application du critère de l'accessoriété. L'article 337 al. 3 CO a pour sa part une finalité punitive et réparatrice. C'est donc en toute logique qu'il n'y a pas lieu de diminuer l'indemnité de l'article 337c al.3 CO uniquement en raison du caractère très élevé du salaire.

A notre sens, ce raisonnement peut être appliqué *mutatis mutandis* au mode de calcul de l'indemnité prévue à l'article 336a CO, laquelle a la même double finalité punitive et réparatrice que celle prévue à l'article 337c al 3 CO.

Du critère de la situation économique des parties dans la fixation de l'article 337c al.3 CO

Le Tribunal fédéral a en outre relativisé dans cet arrêt le poids qu'il donne au critère de la situation économique des parties dans la fixation de l'indemnité due au travailleur injustement licencié avec effet immédiat.

La position du Tribunal fédéral dans le cas d'espèce est claire et à notre sens justifiée. L'employeur est toujours libre de convenir d'un salaire élevé avec un travailleur et cela implique, *de facto*, qu'il dispose de la capacité économique pour l'assumer. Il n'y a donc aucune raison de pénaliser ou d'avantager l'une ou l'autre des parties en raison de cette situation, notamment celle avantageuse d'un employé.

Si le Tribunal fédéral rappelle qu'il faut considérer la situation économique des deux parties, celle-ci doit-elle être pondérée de manière égale pour chacune d'entre elles ?

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral fait référence de manière indirecte à l'arrêt 4C_463/1999¹, où une indemnité avait été augmentée de deux à cinq mois vu la capacité financière du débiteur. Ce critère était accolé à celui des répercussions du licenciement sur l'avenir professionnel de la demanderesse et ne constituait qu'un critère parmi d'autres². Il ne détaille en revanche pas, dans quelle mesure il y a lieu de pondérer ce critère.

A notre avis, le critère de la situation économique des parties ne saurait être considéré de manière identique pour les deux parties et doit être rattaché à la double finalité punitive et réparatrice de l'indemnité. L'article 337c al.3 CO vise le cas exprès d'un licenciement immédiat injustifié, qui suppose par essence un employeur fautif, et un employé victime. La punition vise ainsi exclusivement l'employeur tandis que la réparation ne vise que l'employé.

Ainsi, puisque l'indemnité vise à punir l'employeur, il y aura lieu d'appliquer le principe de proportionnalité, en considérant sa faute, mais aussi l'impact sur la situation économique de l'employeur. Le raisonnement pourrait à certains s'inspirer de celui du juge pénal prononçant une peine pécuniaire, à savoir qu'il fixe d'abord le nombre de jours-amende au vu de la culpabilité du prévenu, et ensuite, le montant du jour-amende à l'aune de sa situation financière, l'article 34 al.4 CP prévoyant par ailleurs que le juge pénal doit indiquer le nombre et le montant du jour amende dans son jugement. Sans aller aussi loin, le juge civil pourrait d'abord déterminer le montant de l'indemnité proportionnellement à la gravité de la faute, puis le majorer ou le minorer en fonction de la situation financière de l'employeur.

Dans un deuxième temps, il y a lieu d'apprécier le caractère réparateur de l'indemnité, et d'analyser les conséquences du licenciement avec effet immédiat, notamment sur la situation financière de l'employé. Il est fréquent, particulièrement pour les employés aux revenus faibles, que l'interruption soudaine d'un revenu régulier engendre des conséquences économiques plus importantes, indépendamment du fait que le travailleur pourra obtenir la réparation, sur le plan comptable du moins, de cette interruption de salaire – après un procès prud'homal dont la durée et le coût sont variables selon les cantons – par l'indemnité de l'alinéa 1 de l'article 337c CO. Dans ce dernier cas particulièrement, l'indemnité pourrait être revue à la hausse. Le critère de la situation économique de l'employé rejoint ici les autres critères liés à sa situation sociale tels que son âge, ses chances de retrouver un nouvel emploi, etc.

En revanche, une situation particulièrement confortable de l'employé ne devrait pas conduire à une réduction de l'indemnité. Tout au plus devrait-on constater qu'il n'y a rien à réparer et que le montant accordé ne reflète que son caractère punitif.

En conclusion, nous estimons que s'il est pertinent que la situation économique est un critère de fixation de l'indemnité due et ce, pour les deux parties, sa pondération doit se faire en deux temps en fonction de la finalité de celle-ci à l'égard de chacun.

¹ L'arrêt TF 4A_401/2006 renvoie à l'arrêt TF 4C_86/2001, lequel fait référence à l'arrêt TF 4C_463/1999.

² TF 4C_463/1999, c. 9g.