

TF, 23.10.2018, 4A\_13/2018, 4A\_17/2018

*Un termination agreement doit être qualifié de convention de résiliation s'il prévoit la renonciation par l'employé à la protection des art. 336 ss CO. L'employé peut valablement renoncer à se prévaloir de ces dispositions, à condition que l'art. 341 al. 1 CO soit respecté, ce qui se détermine en examinant si la convention prévoit des concessions réciproques. A cet égard, l'employé ne saurait renoncer au droit de faire contrôler judiciairement la validité de l'accord des parties.*

#### Faits

Pour son activité en tant que *trader* en matières premières, un employé perçoit un salaire annuel de CHF 300'000 ainsi qu'un bonus discrétionnaire. Pour l'année 2012, le bonus dû à l'employé est fixé à USD 3'750'000 payable en trois tranches de respectivement USD 1'650'000 (première tranche, payable le 31 janvier 2013), USD 1'050'000 (deuxième tranche, payable le 31 janvier 2014) et USD 1'050'000 (troisième tranche, payable le 31 janvier 2015). Le paiement de ces montants est soumis à la condition que l'employé ne donne pas sa démission ou qu'il ne fasse pas l'objet d'un licenciement avant le 31 décembre de l'année précédant la date du paiement.

Le 16 novembre 2013, la société résilie le contrat de travail de l'employé avec effet au 31 janvier 2014. Quelques jours plus tard, l'employeuse soumet à l'employé un accord (*termination agreement*) prévoyant que l'employé perçoit son salaire jusqu'en janvier 2014 et le bonus additionnel relatif à la deuxième tranche (USD 1'050'000), pour autant que (i) l'employé renonce à agir en justice et (ii) s'engage à restituer le montant de USD 1'050'000 en cas de non-respect de cette clause de renonciation. Cette convention est acceptée par l'employé et exécutée par l'employeuse.

Fin janvier 2014, l'employé forme opposition au licenciement, puis actionne l'employeuse en paiement de la troisième tranche du bonus (USD 1'050'000) et d'une indemnité pour licenciement abusif (CHF 716'437).

Reconventionnellement, l'employeuse réclame la restitution de la deuxième tranche du

bonus du fait de la violation du *termination agreement* par l'employé.

Les deux instances cantonales rejettent tant la demande principale que la reconventionnelle. Les deux parties forment recours au Tribunal fédéral qui est amené en particulier à juger de la validité de la convention conclue entre les parties en l'espèce.

Droit

L'employé soutient qu'il avait le droit d'agir en justice afin de faire contrôler l'existence de concessions réciproques des parties, qu'il n'y a pas eu de concessions réciproques en l'espèce, que le *termination agreement* était donc nul et que de ce fait l'employeuse devait lui verser une indemnité pour licenciement abusif ainsi que les deux dernières tranches du bonus que l'employé aurait reçues si le contrat n'avait pas été résilié (dans les faits, il s'agit uniquement de la troisième tranche, la deuxième ayant déjà été versée à l'employé en exécution du *termination agreement*).

Le Tribunal fédéral commence par analyser la nature du *termination agreement* conclu entre les parties.

Dans ce contexte, il rappelle que l'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de mettre en tout temps fin au contrat de travail d'un commun accord (convention de résiliation). Un tel accord doit toutefois comporter des concessions réciproques si le travailleur renonce par là à des prétentions - existantes - de droit impératif. L'effet d'une telle convention consiste en la perte pour l'employé de ses droits à la protection contre les licenciements abusifs (art. 336 ss CO).

De même, les parties sont en droit de conclure une transaction sur les modalités de fin de rapport de travail. Dans ce cas également, si l'employé renonce à des créances résultant de dispositions impératives, une telle convention n'est valable que si elle prévoit des concessions réciproques des parties. Etant donné que la convention ne touche pas à la fin des rapports de travail en tant que telle, les parties restent en principe soumises aux art. 336 ss CO.

Si les parties ont souhaité exclure la protection des art. 336 ss CO, l'accord doit être qualifié

de convention de résiliation (car il présuppose la renonciation à une éventuelle contestation future du congé). Si l'application de ces dispositions n'est en revanche pas écartée, l'accord doit être qualifié de transaction.

En l'espèce, le *termination agreement* passé entre les parties doit manifestement être qualifié de convention de résiliation dans la mesure où l'employé s'était engagé à ne pas agir en justice contre le congé et que la convention prévoyait une réduction de l'indemnité due en cas de report de la fin du contrat, par exemple pour cause de maladie.

Dans la deuxième partie de son analyse, le Tribunal fédéral se penche sur la validité de la convention.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que même si, en présence de concessions réciproques, la renonciation à la protection de l'art. 336 ss CO est valable, l'employé garde le droit de faire contrôler judiciairement que l'art. 341 al. 1 CO - et donc la présence de concessions réciproques dans le cas particulier - a été respecté. Par conséquent, l'employé ne saurait valablement renoncer à ce droit limité à l'examen des concessions réciproques par un tribunal.

En l'espèce, d'une part, l'employé a renoncé à contester en justice le congé donné par l'employeuse et, d'autre part, l'employeuse a versé à l'employé la deuxième tranche de salaire (USD 1'050'000), à laquelle l'employé n'avait en soi pas droit car elle n'était due qu'au 31 janvier 2014.

Dans ce contexte, l'employé conteste la réciprocité des concessions en arguant avoir droit au bonus, respectivement aux deux tranches restantes en tant que salaire. Le Tribunal fédéral constate toutefois qu'en l'espèce sa jurisprudence sur le caractère de l'accessorité du bonus ne saurait s'appliquer, l'employé percevant un très haut salaire (à savoir 5 fois le salaire médian suisse, en prenant en compte l'ensemble des revenus effectivement perçus par l'employé durant la dernière année complète auprès de l'employeur). L'employé n'avait donc aucun droit aux deux dernières tranches du bonus et le paiement de USD 1'050'000 était donc une concession de l'employeur.

S'agissant de la réciprocité en tant que telle, le Tribunal fédéral retient qu'elle est donnée en l'espèce et que l'employé pouvait renoncer à la protection des art. 336 ss CO. Toutefois, l'employé ne pouvait valablement renoncer au droit de faire contrôler l'équivalence des prestations, et, de ce fait, ne pouvait être tenu de verser une peine conventionnelle en cas de violation de cet engagement nul.

Il s'ensuit en définitive que l'employé a violé la partie de l'accord qui était valable. Le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'instance cantonale pour qu'elle détermine le montant de la clause pénale (qui sera forcément inférieur à USD 1'050'000) en fonction de la seule transgression de l'interdiction de contester la validité du licenciement et de réclamer une indemnité pour licenciement abusif.

Le recours de l'employeuse est dès lors partiellement admis.

#### Note

L'importance des *termination agreements* est considérable en pratique. D'une part, l'employeur souhaite s'assurer que l'employé licencié ne conteste pas le congé ou ne prolonge pas la durée des rapports de travail, notamment par un arrêt maladie. D'autre part, l'employé, souvent libéré de l'obligation de travailler pendant la durée du délai de congé, s'assure un revenu allant au-delà de cette période tout en ayant à sa disposition le temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi.

La question centrale en lien avec ces conventions est toujours celle de savoir si elles contiennent des concessions réciproques, et donc si elles sont effectivement valables. En particulier, se pose la question de savoir quel montant (en mois de salaires) l'employeur doit verser pour qu'un tribunal retienne la réciprocité des concessions. Généralement, un montant variant entre 2 et 6 mois de salaire est choisi en pratique. A notre connaissance, la jurisprudence n'a à ce jour pas établi des critères permettant de déterminer avec précision ce qu'est une concession réciproque.

L'arrêt résumé ici ne répond pas non plus à cette question. Il a toutefois le mérite de confirmer expressément la validité de la renonciation aux art. 336 ss CO, toujours à

condition qu'il existe des concessions réciproques dans le cas particulier.

Outre la question des concessions réciproques, qui demeure floue, on peut se demander comment l'employé ayant renoncé à la protection des art. 336 ss CO, et étant lié par une clause pénale due à cet égard, pourrait faire contrôler judiciairement la réciprocité des concessions sans violer l'engagement pris selon la convention conclue avec l'employeur. En effet, s'il plaide l'invalidité de la convention, l'employé fera forcément valoir les prétentions auxquelles il aurait eu droit s'il n'avait pas conclu la convention. Parmi ces prétentions comptent notamment l'indemnité pour licenciement abusif et le fait de se prévaloir de la nullité du congé. Ainsi, l'employé qui se prévaut de telles prétentions se trouve potentiellement dans une situation de "quitte ou double" : s'il est débouté (c.à.d. si le tribunal retient les prétentions réciproques), il devra le montant de la clause pénale prévue selon la convention passée avec l'employé ; s'il obtient gain de cause (c.à.d. si le tribunal retient que les concessions de l'employeur sont insuffisantes), il ne devra pas le montant de la clause pénale et aura, le cas échéant, obtenu la condamnation de l'employeur à payer une indemnité pour licenciement abusif.

Afin d'éviter cette situation, l'employé devrait vraisemblablement se limiter à invoquer des prétentions d'autre nature, telles que des salaires ou indemnités pour heures supplémentaires. Il échapperait ainsi au risque de devoir payer le montant de la clause pénale pour le cas où son action incluant des prétentions tirées des art. 336 ss CO était rejetée.

Proposition de citation : SIMONE SCHÜRCH, La validité d'un termination agreement en droit du travail, in:  
<https://lawinside.ch/682/>