

Droit des obligations – contrat de travail - ATC (Cour civile II) du 1^{er} mars 2019, X. contre Y. SA – TCV C1 17 27

Contrat de travail ; salaire et gratification ; indemnité pour résiliation anticipée du contrat

- Distinction entre salaire et gratification (consid. 4.1).
- Dans le cas particulier, les « commissions » convenues par les parties font partie du salaire de l'employé et sont dues par l'employeur (consid. 4.2 et 6).
- La résiliation du contrat de travail n'est pas intervenue pour des justes motifs imputables à faute à l'employeur, si bien qu'aucune indemnité fondée sur l'art. 337b al. 1 CO n'est due à l'employé (cf. consid. 5).

Arbeitsvertrag; Lohn und Gratifikation; Entschädigung bei vorzeitiger Vertragsauflösung

- Unterscheidung zwischen Lohn und Gratifikation (E. 4.1).
- In casu bilden die zwischen den Parteien vereinbarten «Kommissionen» Lohnbestandteil und sind vom Arbeitgeber geschuldet (E. 4.2 und 6).
- Die Kündigung erfolgte nicht aus wichtigen Gründen, die der Arbeitgeber zu verantworten hätte. Demzufolge hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 337b Abs. 1 OR (vgl. E. 5).

Faits (résumé)

A. Par contrat du 25 novembre 2003, A. a engagé X. en qualité de directeur général à compter du 1^{er} mars 2004, pour une durée de cinq ans. Par avenant du 1^{er} février 2008, le contrat a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2012 et le salaire net doublé, passant à 18 000 fr. par mois, à raison de treize fois l'an.

A l'initiative de l'employé qui souhaitait voir sa rémunération augmentée, un nouveau contrat de travail a été conclu le 1^{er} octobre 2010 avec la société Y. SA, dont A. est l'administrateur unique. Le poste ainsi que le salaire de l'employé demeureraient inchangés. Le contrat prenait effet le 1^{er} avril 2011 et se terminait le 31 décembre 2015. Par avenant daté du même jour, les parties sont convenues du versement de "commissions" d'un montant de 100 000 fr. par année, dans les termes suivants :

" Préambule

En date du 1^{er} octobre 2010, les parties ont signé un contrat de travail allant jusqu'au 31 décembre 2015. En complément du salaire, X. percevra les commissions suivantes :

Commissions de: Fr. 100 000.- par an, payable[s] comme suit:

Fr. 25 000.- au 1.1

Fr. 25 000.- au 1.4

Fr. 25 000.- au 1.7

Fr. 25 000.- au 1.10

La première fois : Fr. 25 000.- au 1^{er} avril 2011.

La somme cumulée des commissions perçues sera remboursée dans son intégralité par X. s'il devait mettre un terme avant son échéance au 31 décembre 2015.

Les modalités de paiement des commissions ci-dessus seront communiquées ultérieurement. "

Les commissions prévues dans cet avenant n'ont jamais été versées ; l'employé, qui devait communiquer les modalités de paiement à Y. SA, ne s'est pas exécuté.

Le 12 février 2014, les parties ont eu une discussion au cours de laquelle X. a fait part de son désir de quitter son emploi. Il a abordé à cette occasion la question du non-versement des montants prévus par l'avenant au contrat de travail.

Vers le 23 mars 2014, l'employé a conclu ce qu'il lui a paru être un accord avec B., président du conseil d'administration d'une société tierce quant à son engagement au service de cette dernière.

Le 25 mars 2014, il a résilié son contrat de travail le liant à Y. SA, avec effet au 30 juin 2014.

Entre avril et juin 2014, Y. SA a versé à l'employé un salaire de 5000 fr. par mois (auquel s'ajoutaient 1000 fr. par mois pour ses frais de représentation), le solde par rapport au salaire convenu de 18 000 fr. étant compensé avec le remboursement d'un prêt de 55 000 fr. que cette société avait consenti à X. pour l'aménagement d'une piscine sur sa propriété.

B. Par demande du 6 février 2015, X. a conclu au paiement par Y. SA de 48 000 fr. à titre de solde salarial, plus 270 000 fr. au titre de "commissions" dues selon l'avenant au contrat de travail pour les années 2011 à 2013, après déduction de l'avance de 55 000 fr. versée pour la construction de sa piscine, et finalement au paiement de

150 000 fr. en guise de "commissions" jusqu'au 31 décembre 2015, auxquelles il prétendait avoir droit dans la mesure où la résiliation anticipée de son contrat de travail était imputable au non-paiement de celles-ci. Il a également réclamé le remboursement de ses frais de défense avant procès.

Au terme de sa réponse, Y. SA a conclu au rejet de la demande et, à titre reconventionnel, à ce que l'employé soit condamné à lui verser 7000 fr. avec intérêts, prétention ultérieurement réduite à 3194 fr. 90, correspondant au solde encore dû sur le prêt de 55 000 fr. déjà évoqué.

Par jugement du 19 décembre 2016, le juge de district a rejeté cette demande, admis la demande reconventionnelle et condamné X. à verser à Y. SA la somme de 3194 fr. 90 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juillet 2014.

C. X. a formé appel à l'encontre de ce jugement.

Considérants (extraits)

3. L'appelant reproche au magistrat de première instance de lui avoir dénié tout droit au versement des « commissions » convenues par avenant du 1^{er} octobre 2010 au contrat de travail. Il conteste la qualification de gratifications donnée à cette rétribution spéciale et soutient qu'elle n'est qu'un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO, pour lequel la clause de remboursement contenue dans l'avenant litigieux est nulle.

4.1.1 En droit suisse, les différentes formes de rémunération de l'employé sont prévues aux art. 322 à 322d CO, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1972. Le droit du travail étant régi par le principe de la liberté contractuelle impliquant pour les parties la possibilité d'aménager librement la rémunération (ATF 129 III 276 ; Richa/Raedler, Le « bonus » soumis à une condition objective, in GesKR, 2012, n. 2.1 p. 525 ; Witzig, Le renouveau des rémunérations variables, 2015, n. 20 p. 40 et 41 ; Portmann/Von Kaenel, FHB Arbeitsrecht, 2018, n. 4.6 p. 89), plusieurs formes de rétributions qui ne font l'objet d'aucune disposition légale spécifique sont apparues depuis lors sous des dénominations très diverses, telles que rémunération variable, 13^e salaire, prime,

bonus, plan d'intéressement, indemnité de départ, etc... (pour une énumération de ces dénominations, cf. Danthe, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 8 ad art. 322d CO et Gabus/Rohmer, Bonus et hauts salaires : liberté contractuelle ou protection du travailleur ?, in : SJ 2014 II 222). Suivant les circonstances, ces formes de rémunération sont qualifiées soit de salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO), soit de gratification (art. 322d CO ; Roux-Fouillet, Bonus en cas de très hauts revenus : Portée de l'ATF 141 II 407 in : Panorama III en droit du travail, 2017, p. 84).

Alors que le salaire est impérativement protégé, d'autres règles, plus flexibles, s'appliquent aux gratifications (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et la référence ; Richa/Raedler, op. cit., n. 2.1 p. 525 ; Danthe, op. cit., n. 10 ad art. 322d CO ; Hirsch, Le droit au bonus de l'employé licencié ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_78/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2019). Si le premier constitue une rémunération obligatoire qui est due à l'employé sans restriction et ne peut dès lors souffrir d'aucune condition à son versement (Richa/Raedler, op. cit., n. 2.1 p. 526), la deuxième dépend généralement du bon vouloir de l'employeur et peut être subordonnée à des conditions décidées par ce dernier dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Celui-ci peut ainsi subordonner son octroi à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat de travail (conditions suspensives ; arrêt 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 5.1). Il peut même la soumettre à une clause de remboursement, par exemple en cas de résiliation des rapports de travail durant un certain délai (condition résolutoire ; cf. ATF 141 III 407 et la partie en faits publiée sous lettre A.c. dans l'arrêt 4A_653/2014 où le TF a appliqué une telle clause de remboursement à un bonus déjà versé et qualifié de gratification, ainsi que la controverse doctrinale en lien avec cette question présentée par Witzig, op. cit., n. 216 p. 160). Enfin, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a pas droit à un paiement pro rata temporis de la gratification, sauf si cela a été convenu entre les parties (art. 322d al. 2 CO).

A l'opposé, le salaire ne peut pas faire l'objet de tels aménagements. Contrepartie du travail fourni, le salaire constitue un élément essentiel du contrat de travail. Sa fonction même exclut la possibilité pour l'employeur de soumettre la rémunération d'une prestation de travail

déjà accomplie à la réalisation de conditions telles que la présence du salarié dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné ni reçu son congé (Danthe, op. cit., n. 10 ad art. 322d CO et les arrêts cités à la note de pied n. 14). Il ne peut pas plus l'assortir d'une clause de remboursement (cf. ATF 141 III 407 et Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd. 2014, qui ne l'envisagent qu'en lien avec la gratification ; Witzig, op. cit., n. 224 p. 165 ss ; Roux-Fouillet, op. cit., p. 102 ; Gabus/Rohmer, op. cit., let. A p. 235). Il suit de là que le travailleur ne peut pas renoncer à son salaire et tout engagement de sa part est frappé de nullité (Gabus/Rohmer, op. cit., let. B p. 245). De plus, en cas d'extinction des rapports de travail avant son échéance, la rétribution qualifiée de salaire doit être versée pro rata temporis (Danthe, op. cit., n. 10 ad art. 322d CO et les arrêts cités à la note de pied n. 15 ; Richa/Raedler, op. cit., n. 1 p. 530 ; Gabus/Rohmer, op. cit., let. C p. 236).

L'existence de ces régimes différents démontre l'importance pratique fondamentale du choix de la qualification à donner à une rétribution spéciale, entre la dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification selon l'art. 322d CO.

4.1.2 Le Tribunal fédéral a résumé dans plusieurs arrêts récents l'ensemble de sa jurisprudence relative à cette question (arrêt 4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4 et les arrêts cités). Nonobstant les opinions divergentes (sur les critiques émises, cf. arrêt de l'Obergericht/ZH LA170033 du 12 avril 2018 consid. 2.4), il a ainsi réaffirmé que le premier critère de distinction (cf. ATF 141 III 407 consid. 4.2) - que d'aucuns voient comme l'un des principaux (cf. les auteurs cités par Richa/Raedler, op. cit., en note de pied n. 22 p. 526) - est celui de la marge de manœuvre de l'employeur, si ce n'est quant au principe d'une rétribution spéciale, du moins quant à son montant.

Selon la Haute Cour, lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable) que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 CO ; arrêt 4A_78/2018 précité consid. 4.3.1 et les références). En revanche, lorsqu'un montant est indéterminé ou objectivement indéterminable,

c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité est tributaire pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification (arrêt 4A_78/2018 précité consid. 4.3.2 et les références).

L'existence d'une composante minimale d'appréciation de l'employeur représente donc une exigence impérative devant être réalisée pour être en présence d'une gratification au sens juridique du terme (Richa/Raedler, op. cit., n. 2.2.a p. 527).

4.1.3 Pour décider si une rétribution spéciale doit être considérée comme une gratification au sens de l'art. 322d CO ou comme un élément du salaire tel que le comprend l'art. 322 CO, il faut, d'après la jurisprudence, juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes (ATF 136 III 313 consid. 2). Figurent notamment au nombre des circonstances pertinentes l'existence d'un accord - explicite ou tacite - entre les parties, le montant de la rétribution et sa détermination, la marge de manœuvre de l'employeur, les réserves quant au caractère facultatif du montant, l'importance et la régularité de leur versement, ainsi que les éventuelles conditions posées au paiement de la prestation (Danthe, op. cit., n. 14 ad art. 322d CO ; Richa/Raedler, op. cit., n. 2.2 p. 532).

Il faut également interpréter les manifestations de volonté des parties en s'efforçant de déterminer leur réelle et commune intention, conformément aux principes généraux du droit contractuel (art. 18 al. 1 CO ; ATF 141 III 407 consid. 41 ; Danthe, op. cit., n. 12 ad art. 322d CO). Cette analyse doit s'appuyer sur différents indices, dont l'analyse des termes retenus par les parties, le but visé lors de la conclusion du contrat, l'usage interne au sein de l'entreprise ou dans la profession considérée, l'intérêt des parties lors de la conclusion du contrat et au cours de l'exécution de celui-ci et le comportement adopté par les parties (Gabus/Rohmer, op. cit., let. A p. 228). A cet égard, l'on relèvera que, selon certains auteurs, la fidélisation d'un employé au sein d'une entreprise, but souvent poursuivi par l'employeur lors de la mise en place d'une rétribution spéciale, n'est que difficilement compatible avec l'octroi d'une gratification ; en effet, un montant ne peut à la fois être promis à l'employé s'il reste au sein de l'entreprise pendant une certaine période et relever de l'entière discrétion de l'employeur.

Compte tenu de la marge de manœuvre dont doit impérativement bénéficier l'employeur selon le Tribunal fédéral, le fait de garantir le versement d'une rétribution spéciale moyennant la réalisation de certaines conditions objectives prédéfinies empêche de qualifier cette part de la rémunération de gratification (Richa/Raedler, op. cit., n. 1 p. 530 et l'auteur cité en note de pied n. 57 ; Gabus/Rohmer, op. cit., ch. 1 p. 229).

Ce n'est que si cette réelle et commune intention des parties ne peut être déterminée ou si leur volonté intime diverge que le principe de la confiance trouvera application. Le juge doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances.

4.2.1 En l'occurrence, les parties, qui étaient liées par un contrat de travail conclu le 25 novembre 2003, prolongé par avenant du 1^{er} février 2008, ont renégoié les termes de leur accord courant de l'automne 2010. L'appelant, qui percevait un salaire de 18 000 fr. par mois, servi treize fois l'an, voulait obtenir une augmentation de sa rémunération. C'est par le biais d'un avenant au nouveau contrat de travail conclu le 1^{er} octobre 2010 qu'il a obtenu l'amélioration désirée. Les parties sont ainsi convenues, en complément d'un salaire arrêté, comme auparavant, à 18 000 fr. treize fois par an, d'une rétribution spéciale nommée « commissions », dont le montant – 25 000 fr. - et les échéances - versé quatre fois par an les premiers janvier, avril, juillet et octobre - ont été expressément arrêtés dans l'avenant. Selon le texte même de ce document, ni le principe du versement de cette rétribution spéciale, pas plus que sa quotité ne dépendait du bon vouloir de l'appelée. Certes, les parties ont assorti leur convention d'une clause de remboursement pour le cas où l'appelant devait mettre un terme au contrat de travail avant son échéance prévue le 31 décembre 2015. Même s'il ne fait guère de doute, comme l'a pertinemment relevé le premier juge que, par cette clause, l'appelée entendait fidéliser son directeur afin de s'assurer de sa présence pour la durée convenue du contrat de travail - ce que l'intéressé a bien compris et a accepté en connaissance de cause -, il n'en demeure pas moins que l'employeur n'avait aucune marge de manœuvre quant au versement et à la quotité de cette « prime de fidélité ». Or ce critère de distinction, encore rappelé récemment par le Tribunal fédéral, est l'un des principaux lorsqu'il s'agit de déterminer si une rétribution spéciale est un salaire ou une gratification. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que la fidélisation

de l'employé et l'octroi d'une gratification ne sont guère compatibles, un montant ne pouvant à la fois être promis à l'employé s'il reste au sein de l'entreprise pendant une certaine période et relever de l'entière discrétion de l'employeur. Ainsi, même si la commune et réelle intention des parties était d'octroyer à l'appelant une augmentation de ses revenus par le biais d'une prime de fidélité, force est de constater que, faute de composante minimale d'appréciation de l'appelée dans le versement de cette prime, cette dernière doit être qualifiée de salaire et non pas de gratification.

A ce stade du raisonnement, il est sans importance que les primes litigieuses, qui ne représentent que le 42,73 % du salaire, conservent encore une ampleur secondaire par rapport au salaire convenu. En effet, selon la jurisprudence on ne peut plus claire du Tribunal fédéral, la question de la requalification de la rétribution supplémentaire en salaire en vertu du principe de l'accessorité ne se pose que lorsque l'on est en présence d'une gratification, plus précisément d'une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit (cf. sur cette question, arrêt 4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.2, 4.3.2.1 et 4.3.2.2 et les références), ce qui n'est pas le cas, en l'occurrence, puisque les « primes de fidélité » ont été reconnues comme faisant partie intégrante du salaire de l'appelant.

4.2.2 La rétribution supplémentaire convenue par avenant au contrat de travail conclu le 1^{er} octobre 2011 ayant été qualifiée de salaire, son versement ne pouvait être assorti d'une clause de remboursement pour le cas où, comme en l'espèce, le contrat de travail serait résilié de manière anticipée par l'appelant. On l'a vu ci-dessus (cf. consid. 4.1.1), tout engagement du travailleur à renoncer à son salaire est frappé de nullité. Partant, l'appelée, qui ne s'est jamais acquittée de ces montants, faute pour l'appelant de lui avoir communiqué les modalités de leur paiement, ne saurait valablement se retrancher derrière cette clause pour s'opposer aujourd'hui au versement des montants convenus jusqu'à la fin du contrat de travail.

Les rapports de travail ayant pris fin le 30 juin 2014, l'appelant a donc droit à cette rétribution pour les années 2011, 2012 et 2013, ainsi que pro rata temporis pour l'année 2014. Par conséquent, c'est un montant de 325 000 fr. (75 000 fr. en 2011, 100 000 fr. en 2012, 100 000 fr. en 2013 et 50 000 fr. en 2014) que l'appelée doit verser à l'appelant à ce titre.

5. Ce dernier conclut également au paiement des « commissions » dues jusqu'à l'échéance du contrat le 31 décembre 2015, soit 150 000 fr. supplémentaires (50 000 fr. en 2014 et 100 000 fr. en 2015), sans pour autant indiquer sur quelles bases juridiques il fonde ses prétentions. L'on peut toutefois déduire de sa déclaration d'appel, plus particulièrement de sa prétendue démotivation à œuvrer pour l'appelée du fait du non-versement des commissions convenues, que ce dernier se prévaut implicitement des art. 337 et 337b al. 1 CO.

5.1 L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO). Un juste motif est un fait propre à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à les ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée de celui qui a donné le congé, de sorte qu'il ne peut lui être demandé d'attendre l'expiration du délai de résiliation ordinaire (s'il s'agit d'un contrat de durée indéterminée) ou l'échéance du contrat (s'il s'agit d'un contrat de durée déterminée) (Wylter/Heinzer, op. cit., n. 1.1 p. 571). Il appartient à celui qui se prévaut de l'existence de justes motifs de prouver leur existence (art. 8 CC).

Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail (art. 337b al. 1 CO). Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail ; ainsi, le travailleur amené à donner une résiliation immédiate peut réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation anticipée des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre, en vertu de l'art. 337c al. 1 et 2 CO, un salarié injustement licencié avec effet immédiat par son employeur (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 et la référence).

5.2 En l'occurrence, il a été retenu, en faits, que la véritable raison qui a poussé l'appelant à résilier son contrat de travail réside en la promesse faite par B. de l'engager à des conditions financières extrêmement intéressantes, ce qui ressort on ne peut plus clairement des

SMS échangés entre les intéressés et versés en cause. L'inobservation par l'appelée des conditions financières prévues contractuellement n'a joué aucun rôle dans cette décision de résilier son contrat. Est, à cet égard, révélateur, le fait que la résiliation du contrat de travail par l'appelant n'est pas intervenue avec effet immédiat, mais avec un délai de trois mois, preuve que la poursuite du travail lui était encore possible, malgré les discussions relatives à la perception des « commissions ». L'appelant ne saurait donc se prévaloir de justes motifs à la résiliation de son contrat de travail imputables à faute de l'appelée. Par conséquent, ses prétentions en paiement d'un montant de 150 000 fr. fondées sur l'art. 337b al. 1 CO ne peuvent qu'être rejetées.

6. Il suit de ce qui précède que l'appelant a droit au versement d'un montant de 325 000 fr. à titre de salaire jusqu'à la fin du contrat de travail, sous déduction du montant de 3149 fr. 90, avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} juillet 2014, solde encore dû sur le remboursement de l'avance de 55 000 fr. octroyée à l'appelant par l'appelée pour la construction d'une piscine.

Le montant de 325 000 fr. portera intérêt à 5 % l'an dès le 4 mai 2014, lendemain du jour où l'interpellation de l'appelée par lettre de l'appelant du 2 mai 2014 lui est parvenue (Spahr, L'intérêt moratoire conséquence de la demeure, in RVJ 1990, p. 369). En effet, la demeure de l'appelée ne saurait correspondre à la date moyenne des termes de paiement convenus dans l'avenant du 1^{er} octobre 2010, comme requis par l'appelant, ceux-ci étant suspendus à la condition que les modalités de paiement soient communiquées par l'intéressé, lequel n'a établi l'avoir fait que par le courrier précité.

Par arrêt du 26 février 2020 (4A_158/2019), le Tribunal fédéral (1^{re} Cour de droit civil) a rejeté le recours interjeté par Y. SA contre ce jugement.