

Nouveautés en droit du travail

Jean-Philippe Dunand, professeur à l'Université de Neuchâtel

Bonus

Art. 322 et 322d CO
ATF 139 III 155

Rémunération convenable

Art. 322b et 349a CO
ATF 139 III 214

4 arrêts récents du
Tribunal fédéral

Protection de la personnalité

Art. 97 et 328 CO
TF 4A_117/2013

Surveillance du travailleur

Art. 6 LTr et 26 OLT 3
ATF 139 II 7

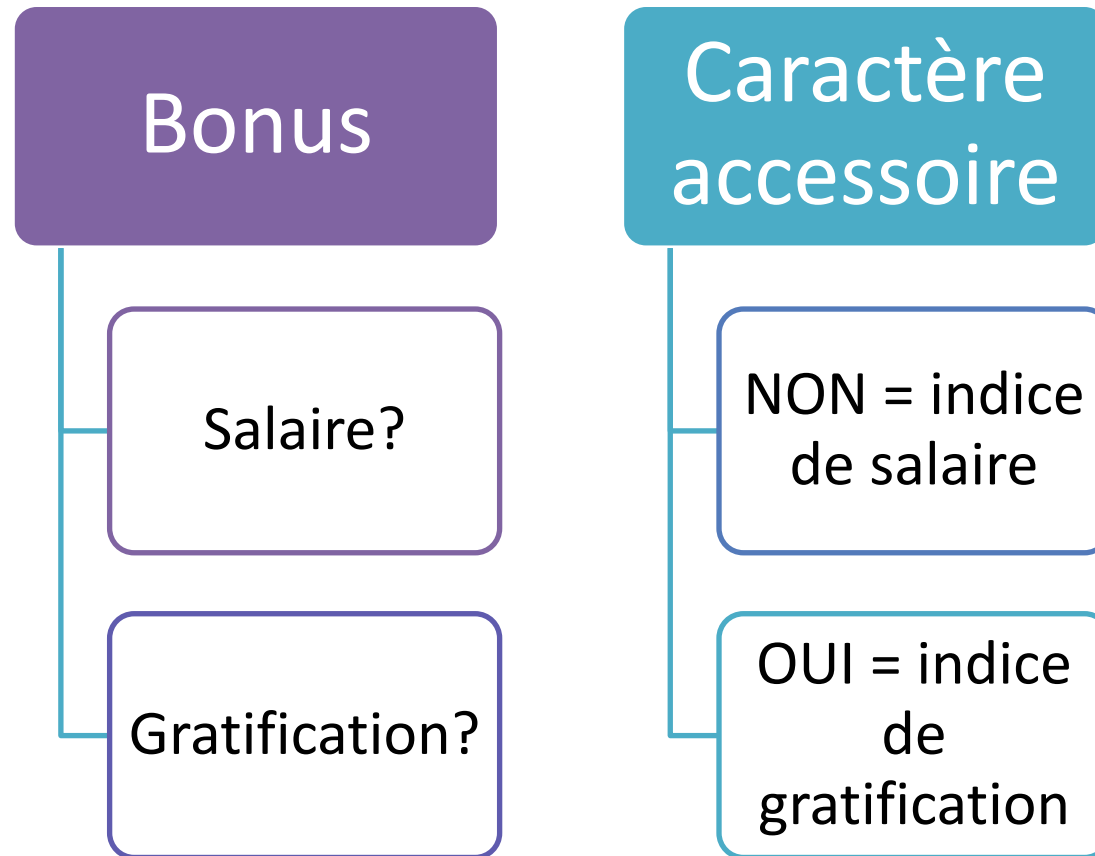
1. BONUS: ATF 139 III 155

- ❑ **Résumé des faits:**
- ❑ T. est employé de la Banque E. dès le 1^{er} août 1996
- ❑ au début de l'année 2006, T. se voit communiquer une information relative à sa rémunération pour l'année 2005, qui comprendra les éléments suivants:
 - ❑ un **salaire fixe** de 207'550.-
 - ❑ un **Performance Incentive Bonus** de 3'100'000 frs., décomposé de deux montants: l'un de 1'807'744 versé en espèce (**Cash-Anteil**), et l'autre de 1'292'256 au titre de **Performance Incentive Plan (PIP)**;
 - ❑ un **Longevity Premium Award (LPA)** de 323'064 frs.
- ❑ le **PIP** est un programme de rémunération sur 5 ans basé sur des actions; T. peut acquérir chaque année, dès 2007, 20% des parts concernées; si les rapports de travail prennent fin avant l'échéance du délai de blocage, T. perd toutes les parts PIP non acquises
- ❑ T. résilie les rapports de travail le 8 février 2006
- ❑ pour l'année 2005, T. a perçu un salaire de 207'550 frs. ainsi que la part de son bonus versé en espèces, soit 1'807'744 frs.

- ❑ **Litige:**
- ❑ T. réclame le paiement de 1'729'070 correspondant au PIP 2005 et au LPA 2003-2005

1. BONUS: ATF 139 III 155

- ❑ Le critère du caractère accessoire de la gratification s'applique-t-il lorsque la rémunération fixe est particulièrement élevée?



1. BONUS: ATF 139 III 155

Considérants:

- en règle générale, la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur; un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur s'en réservait le caractère facultatif
- lorsque le salaire convenu est extrêmement élevé (2'015'294 frs.), atteignant un niveau qui garantit de loin l'existence économique de l'employé et excède notablement ses frais d'entretien, il n'y a plus à se préoccuper du rapport entre le salaire fixe et le bonus (1'615'320 frs.) pour déterminer si ce dernier constitue ou non une gratification; ce montant supplémentaire doit alors être considéré comme une gratification quelle que soit son importance par rapport au salaire
- une limitation de l'autonomie privée des parties fondée sur des besoins de protection sociale du travailleur ne se justifie plus lorsque la rémunération de ce dernier dépasse largement non seulement les coûts nécessaires à un entretien approprié, mais aussi le salaire moyen

Solution du litige:

- rejet du recours en matière civile de T.

2. RÉMUNÉRATION CONVENABLE: ATF 139 III 214

Résumé des faits:

- T. est engagé par E., actif dans le domaine des assurances, à partir du 1^{er} juillet 2007, en qualité de «conseiller économique» à plein temps, **moyennant un salaire fixé selon un système d'avances (provisions) sur les affaires conclues «commissionnées»**;
- le contrat prévoit une clause de prohibition de concurrence
- le 2 juin 2009, T. signe un «contrat d'agent» auprès d'une compagnie d'assurance tierce
- en date du 10 juin 1999, T. adresse le pli suivant à E.: **«Je vous informe par la présente ma décision de cesser mes activités auprès de E. avec effet immédiat... Je vous quitte non sans regret, mais ma situation financière m'oblige à envisager d'autres perspectives...»**
- T. a perçu un salaire mensuel net moyen de 2'074 fr. durant ses rapports de travail avec E.

Litige:

- demande de E. en interdiction de concurrence contre T.
- demande reconventionnelle de T. en paiement de 42'000 frs. représentant la différence entre le salaire perçu et la rémunération convenable des services d'un voyageur de commerce

RÉMUNÉRATION CONVENABLE: ATF 139 III 214

- ❑ **Le travailleur payé de manière exclusive ou prépondérante par des provisions a-t-il droit à une rémunération convenable?**

Art. 322 al. 1 CO:

«L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective»

Art. 322b al. 1 CO:

«S'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers»

Art. 349a al. 2 CO:

«Un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce»

2. RÉMUNÉRATION CONVENABLE: ATF 139 III 214

Considérants:

- afin d'éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui faisant miroiter la perception de provisions irréalistes, l'article 349a al. 2 CO, instituant le principe d'une «rémunération convenable», doit s'appliquer par analogie à tous les travailleurs payés principalement (de manière exclusive ou prépondérante) par provisions
- une provision est convenable si elle assure au travailleur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ainsi que de l'usage de la branche; il n'est pas besoin de longues explications pour admettre qu'un salaire mensuel net moyen de 2'074 frs. pour une activité à plein temps, ne permet pas, selon l'expérience générale, de vivre correctement en Suisse; pour déterminer le salaire convenable on peut aussi se référer aux statistiques de l'OFS
- est au bénéfice d'un «motifs justifié» de résiliation, au sens de l'art. 340c al. 2 CO, le travailleur qui ne perçoit pas une rémunération convenable; dans ces circonstances, la clause d'interdiction de concurrence est caduque

Solution du litige:

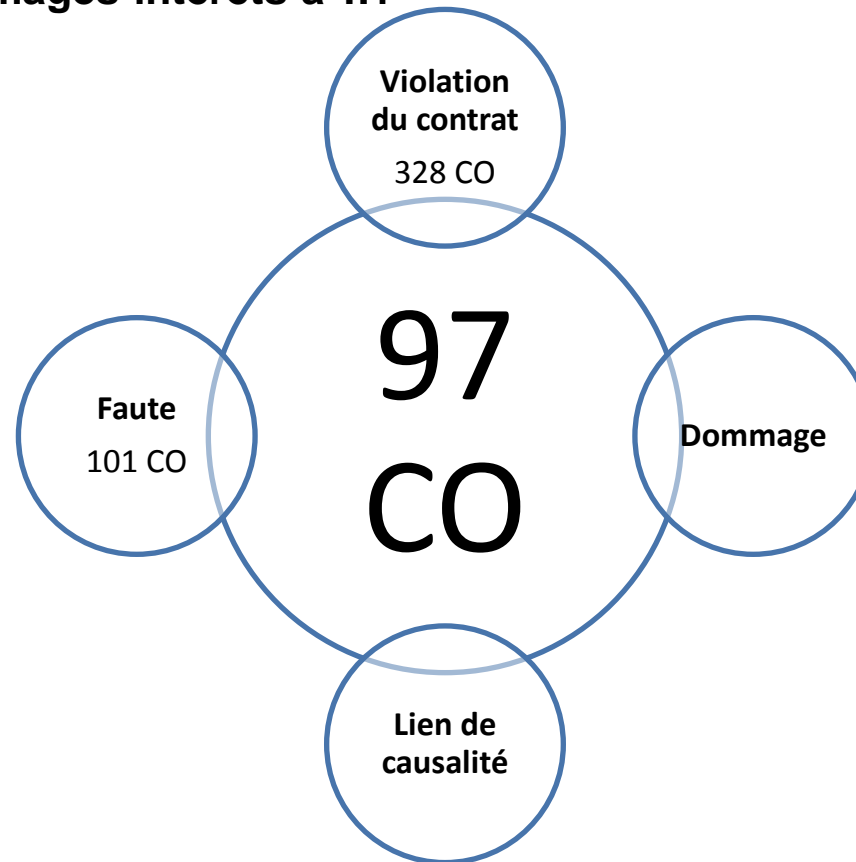
- rejet du recours en matière civile de E.
- E. doit payer la différence entre le salaire mensuel brut jugé convenable (3'874 brut) et le salaire mensuel net moyen réellement encaissé (2'074 frs)

3. PROTECTION DE LA PERSONNALITE: TF 4A_117/2013

- ❑ **Résumé des faits:**
- ❑ T., infirmière, travaille dans un hôpital au service de E. dès le 19 septembre 2003
- ❑ le 23 février 2005 E. résilie le contrat de travail pour le 31 mai 2005 en formulant divers reproches à l'encontre de T.
- ❑ T. conteste son licenciement en justice. Le litige se termine par une convention passée entre les parties le 17 octobre 2005 dans laquelle E. accepte de payer la somme de 30'000 fr. réclamée par T.
- ❑ T. s'inscrit à l'assurance-chômage; elle reste sans travail jusqu'au 1^{er} septembre 2008
- ❑ en janvier 2007, T. a présenté sa candidature pour un poste dans une garderie; la directrice de la garderie s'est renseignée auprès de C., infirmière cheffe de l'hôpital
- ❑ le 26 février 2007, la directrice a informé T. que sa candidature était écartée en raison des mauvais renseignements fournis par l'ancien employeur; selon les faits retenus, C. a donné les informations suivantes sur T.:
- ❑ **«Nous avons eu beaucoup de soucis avec Mme T., sa qualité de travail était médiocre, sa relation avec l'équipe était dégradante ainsi que sa relation avec ses supérieurs. Elle nous a fait un procès pour mobbing qu'elle a perdu. Je vous déconseille de l'engager, nous ne sommes pas les seuls à avoir eu des problèmes avec elle. Nous lui avons donné un bon certificat, car la loi nous interdit de donner de mauvais renseignements»**

3. PROTECTION DE LA PERSONNALITE: TF 4A_117/2013

□ E. doit-il des dommages-intérêts à T.?



3. PROTECTION DE LA PERSONNALITE: TF 4A_117/2013

Considérants:

- l'obligation de protéger la personnalité des employés perdure «dans une certaine mesure» au-delà de la fin des rapports de travail
- il est interdit de donner des renseignements qui sont à la fois défavorables et inexacts
- il a été établi que T. n'a pas été engagée par la garderie en raison des mauvais renseignements fournis par une auxiliaire de E. (condition de la causalité naturelle et adéquate)
- à partir d'une violation contractuelle qui lui est imputable, E. a privé T. de l'engagement par la garderie à une certaine date et pour un certain salaire; il est donc possible sur cette base d'établir le dommage donnant lieu à réparation (97 et 328 CO)

Solution du litige:

- admission du recours en matière civile de T.
- renvoi de la cause à la cour cantonale

4. SURVEILLANCE DU TRAVAILLEUR: ATF 139 II 7, SJ 2013 I 177

- ❑ **Résumé des faits:**
- ❑ T. est employé de E., administration publique tessinoise, depuis 1985; bénéficiant de diverses promotions, il devient chef instructeur et commandant suppléant
- ❑ en juin 2009, suite à des soupçons d'usage abusif, E. fait installer un logiciel espion (Spector Pro) sur l'ordinateur utilisé par T.
- ❑ la surveillance, qui dure 3 mois, révèle que T. utilise très régulièrement à des fins privées l'ordinateur mis à sa disposition (70% de son temps d'ordinateur et près de 23% de son temps total de travail)
- ❑ selon un rapport de 700 pages, les utilisations privées sont les suivantes: lecture de quotidiens online, consultation et participation à des réseaux sociaux, vision d'émissions TV et de films online (dont certains à caractère pornographique), exécution de jeux, opérations de e-banking, réservation de voyages, envoi de messages électroniques de nature privée, téléchargement de documents relatifs à des activités politiques et récréatives, etc.
- ❑ après à une enquête administrative, E. licencie T. avec effet immédiat en date du 22 février 2010

- ❑ E. était-il en droit de faire installer le programme espion et de se prévaloir en justice des preuves ainsi recueillies?

Art. 26 OLT 3

RS 822.113

«Il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail» (al. 1)

«Lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs» (al. 2)

4. SURVEILLANCE DU TRAVAILLEUR: ATF 139 II 7, SJ 2013 I 177

Considérants:

- prise en compte, à titre interprétatif et de standard minimal, du guide du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail, ainsi que du commentaire du SECO des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail
- certaines études démontrent qu'une surveillance constante de l'utilisation de l'ordinateur provoque des effets négatifs sur la santé et le bien-être de la personne surveillée
- l'installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par un employé constitue un système de surveillance destiné à surveiller le comportement des travailleurs. Il est en principe interdit (art. 26 al. 1 OLT 3) ou pour le moins disproportionné (art. 26 al. 2 OLT 3)
- s'agissant de la preuve du manquement, l'intérêt privé de T. à la protection de sa personnalité doit prévaloir sur l'intérêt public à la recherche de la vérité

Solution du litige:

- rejet du recours en matière de droit public de E.
- le moyen de preuve a été obtenu de manière illicite et doit être écarté de la procédure
- le licenciement immédiat de T. est injustifié puisque la violation des devoirs de service n'a pas été prouvée

MERCI DE VOTRE ATTENTION !

Jean-Philippe Dunand
Faculté de droit de Neuchâtel
Co-directeur du Centre d'étude des
relations de travail (CERT)
Jean-Philippe.Dunand@unine.ch
www.unine.ch/cert