WilhelmGilliéron
AVOCATS

Auteur: Sandra Gerber | Le : 6 mai 2019

Contrat de travail, clause pénale et responsabilité de l'employé : l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 2018 sonne-t-il le glas de la clause pénale dans un contrat de travail ?

Dans son arrêt du 7 mai 2018 (ATF 4A_2017 = 144 III 327 ; SJ 2019 I 121), le Tribunal fédéral examine à quelle condition une clause pénale (ou peine conventionnelle) insérée dans un contrat de travail est illicite et donc nulle.

Dans cette affaire lucernoise, la clause suivante était insérée dans un contrat de travail :

« En cas de violation du contrat, en particulier de l'interdiction de concurrence ou de l'obligation de garder le secret, l'employée est débitrice d'une peine conventionnelle de 50'000.- fr. par infraction. Le paiement de la peine ne libère pas l'employée de l'obligation de supprimer l'état de fait contraire au droit et de réparer le dommage supplémentaire ».

A la suite de la fin des rapports de travail, l'employeur a ouvert action contre l'employée et lui a réclamé un montant de CHF 150'000.- à titre de peine conventionnelle. L'action a été rejetée en première instance, mais le Tribunal cantonal du canton de Lucerne a admis l'action de l'employeur à hauteur de CHF 50'000.-.

La responsabilité de l'employé est prévue à l'article 321e du Code des Obligations (CO). Selon cet article, *« le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître ».*

Selon cet article, la responsabilité de l'employé au sens de l'article 321e CO ne peut être engagée que s'il a commis une faute. De plus, un dommage doit avoir été causé à l'employeur.

Quant à la clause pénale, elle est prévue aux articles 160 et suivants CO, soit dans la partie générale du CO.

Selon l'article 162 CO, *« la peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage. Le créancier dont le dommage dépasse le montant de la peine, ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur ».*

La peine conventionnelle est donc due indépendamment d'une faute et indépendamment d'un dommage.

Dans l'arrêt du 7 mai 2018, le Tribunal fédéral rappelle que l'article 321e CO est une disposition impérative, soit une disposition à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment de l'employé. L'article 321e CO figure en effet dans la liste des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du travailleur de l'article 362 CO.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que les auteurs suisses sont unanimes à dire que la clause pénale ne doit pas aggraver la responsabilité de l'employeur prévue à l'article 321e CO. Il rappelle également que l'article 321e CO *« n'exclut pas les sanctions disciplinaires »*. Le Tribunal fédéral relève ainsi qu'une partie de la doctrine fait une distinction entre la clause pénale qui revêt un caractère répressif et la clause pénale qui revêt un caractère indemnitaire.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral considère que la clause pénale qui a été insérée dans le contrat de travail *« est partiellement axée sur la réparation de préjudices patrimoniaux et revêt dès lors un caractère indemnitaire »*. Elle concerne donc la responsabilité de l'employé et *« tombe dans le champ d'application de l'article 321e CO ».*

Dans la mesure où l'article 321e CO est applicable, il faut donc examiner si la clause pénale aggrave de manière illicite la responsabilité de l'employé.

Comme mentionné ci-dessus, la responsabilité de l'employé au sens de l'article 321e CO ne peut être engagée que s'il a commis une faute.

Ainsi, le Tribunal fédéral est d'avis qu'il *« n'est pas licite de prévoir une responsabilité du travailleur indépendamment de toute faute [...]. Partant, une peine conventionnelle indépendante de toute faute qui revêt un caractère indemnitaire n'est pas licite ».*

Le Tribunal fédéral est également d'avis que *« sont en outre illicites les clauses qui prévoient un renversement du fardeau de la preuve au détriment du travailleur »*, soit en d'autres termes les clauses qui prévoient que c'est à l'employé de « s'exculper ». Sont également illicites les clauses qui entraînent *« une responsabilité du travailleur indépendamment du tout dommage ».*

En d'autres termes, l'auteur soussignée comprend que, si la clause pénale a une fonction de réparation ou d'indemnisation, elle n'est licite que si elle est applicable en cas de faute de l'employé et lorsqu'un dommage est causé à l'employé et pour autant que le fardeau de la preuve ne soit pas renversé. Si tel n'est pas le cas, la clause pénale est nulle.

Or, dans la mesure où le but de la clause pénale au sens des articles 160 et suivants CO est de prévoir le versement d'une peine conventionnelle indépendamment d'une faute et indépendamment d'un dommage, il semble qu'une clause pénale ayant une fonction de réparation ou d'indemnisation compatible avec l'article 321e CO est difficilement possible en pratique.

Il semble que cela soit l'avis du Tribunal fédéral qui indique, dans son arrêt du 7 mai 2018, que *« une clause pénale n'est licite que pour autant qu'elle revête un caractère disciplinaire ».*

Ainsi, le Tribunal fédéral a examiné si, dans le cas d'espèce, la clause insérée dans le contrat de travail avait un caractère disciplinaire.

Le Tribunal fédéral rappelle l'article 38 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr).

Selon cet article, *« le règlement d'entreprise doit contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents et, en tant qu'il est nécessaire, sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l'entreprise ; des sanctions disciplinaires ne peuvent être infligées qu'au cas et dans la mesure où le règlement d'entreprise le prévoit d'une manière convenable ».*

En d'autres termes, *« les sanctions disciplinaires ne sont licites qu'au cas et dans la mesure où le règlement d'entreprise le prévoit de manière convenable ».*

La LTr ne s'applique cependant pas à toutes les entreprises ou à tous les employés.

Dans ce cas, le Tribunal fédéral rappelle que *« un contrat de travail individuel peut en principe prévoir des sanctions disciplinaires sous la forme de peines conventionnelles. Toutefois, leur validité suppose que le montant de la peine soit déterminée et proportionné. Par ailleurs, les faits sujets à sanction doivent être clairement définis (ATF 119 II 162 c.2) […] Il est indispensable que chaque infraction susceptible de sanction ainsi que la sanction elle-même soient définies de manière suffisamment claire. Le travailleur doit pouvoir savoir quelle peine sanctionne quel comportement »*.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral est d'avis que l'exigence liée à la précision fait défaut et donc que la sanction disciplinaire n'est pas valable.

Pour conclure, l'auteure soussignée est d'avis que l'arrêt du 7 mai 2018 ne sonne certainement pas le glas de la clause pénale dans les contrats de travail, clause qui a un caractère dissuasif. Cependant, cet arrêt doit très certainement faire réfléchir les employeurs, lors de la rédaction et la conclusion d'un contrat de travail, sur la formulation que doit avoir la clause pénale pour être considérée comme licite et donc valable. L'employeur doit en effet se demander si la clause pénale qu'il entend insérer doit avoir une fonction réparatrice ou une fonction disciplinaire.

Si la peine conventionnelle a une fonction disciplinaire, les « infractions » susceptibles de sanction et les sanctions doivent être définies de manière claire dans le contrat et/ou dans le règlement d'entreprise.

Si la clause a une fonction de réparation, l'employeur doit se demander si elle va au-delà de la responsabilité de l'employé. Si tel est le cas, le risque existe qu'en cas de litige, un tribunal considère celle-ci comme nulle.

Il est cependant important de noter que le Tribunal fédéral ne se prononce pas, dans cet arrêt, sur la validité de la fixation forfaitaire du dommage qui serait insérée dans un contrat de travail. La fixation forfaitaire du dommage fixe à l'avance le montant du dommage sans que les autres conditions de la responsabilité ne soient modifiées. Dans la mesure où les autres conditions de la responsabilité prévue à l'article 321e CO ne sont pas modifiées, il semble donc que la fixation forfaitaire de l'indemnité qui figurerait dans un contrat de travail pourrait être considérée comme licite. Or, la distinction entre clause pénale et fixation forfaire du dommage est souvent difficile à faire. L'auteure soussignée est donc d'avis qu'une clause pénale qui serait en réalité une fixation forfaitaire du dommage devrait être licite au vu la jurisprudence du Tribunal fédéral.

WILHELM Avocats SA – Me Sandra Gerber – 07.05.2019

Source :
https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/contrat-de-travail-clause-penale-et-responsabilite-de-lemploye-larret-du-tribunal-federal-du-17-mai-2018-sonne-t-il-le-glas-de-la-clause-penale-dans-un-contrat-de-travail/