

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Pascal Giorgis, Responsabilité du travailleur et clause pénale - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_579/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch juillet 2018

Art. 321e CO



Responsabilité du travailleur et clause pénale – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_579/2017

Pascal Giorgis, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_579/2017 (et 4A_581/2017), destiné à la publication, examine en détail la question de l'admissibilité, en cas de violation du contrat de travail, des peines conventionnelles au regard de l'art. 321e CO régissant la responsabilité du travailleur.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits et la procédure

Par contrat de travail du 12 avril 2011, l'employée T., médecin, a été engagée par la société E. à compter du 1^{er} mai 2011 en qualité de médecin-chef au sein d'un cabinet médical. Le contrat de travail contenait un art. 16 intitulé « peine conventionnelle » (« *Konventionalstrafe* »), dont la teneur était la suivante :

« En cas de violation du présent contrat, en particulier de l'interdiction de faire concurrence ou de l'obligation de confidentialité, l'employée est redevable d'une peine conventionnelle de CHF 50'000.- pour chaque contravention.

Le paiement de la peine conventionnelle ne libère pas l'employée de l'obligation de respecter le contrat, en particulier s'agissant de l'interdiction de faire concurrence, du devoir de confidentialité ou de l'interdiction de débauchage. Dans tous les cas, même en cas de paiement de la peine conventionnelle, l'employeur peut exiger la cessation de la contravention ainsi que la réparation de tout dommage supplémentaire. »

Le 17 novembre 2011, T. a résilié les rapports de travail avec effet au 31 décembre 2011.

Par demande du 24 février 2014 introduite auprès du Tribunal des prud'hommes du canton de Lucerne, E. a notamment conclu à ce que T. soit condamnée à lui payer une somme de CHF 150'000.- à titre de peines conventionnelles. Par jugement du 7 octobre 2016, le Tribunal des prud'hommes du canton de Lucerne a rejeté la demande.

Le 11 novembre 2016, E. a fait appel de ce jugement auprès du Tribunal cantonal du canton de Lucerne, reprenant ses conclusions de première instance en paiement de peines conventionnelles.

Par arrêt du 25 septembre 2017, le Tribunal cantonal a partiellement admis l'appel et a condamné l'employée à payer la somme de CHF 50'000.-. Il a retenu que l'employée avait commis deux violations contractuelles : premièrement, elle n'avait pas sollicité l'accord écrit de l'employeur pour exercer une activité accessoire en qualité de médecin agréé au sein d'une clinique privée ; en second lieu, au terme des rapports de travail, l'employée n'avait pas restitué le numéro du Registre des codes créanciers (numéro RCC) associé au cabinet.

E. et T. ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral (ci-après TF). E. a conclu à l'annulation de l'arrêt du Tribunal cantonal et à ce que T. soit condamnée à lui verser une somme de CHF 150'000.-. T. a conclu à l'annulation de l'arrêt et au rejet de la demande.

B. Le droit (résumé des considérants topiques ; traduction libre)

1. Motivation du Tribunal cantonal et griefs de l'employée T. (consid. 4.1)

Le Tribunal cantonal a estimé que l'art. 16 du contrat de travail devait être interprété en ce sens que les parties avaient voulu sanctionner toute violation du contrat, indépendamment de sa nature et de sa gravité, par une peine conventionnelle de CHF 50'000.-. L'employée avait commis deux violations (exercice d'une activité accessoire sans l'accord préalable de son employeur et non-restitution à son employeur du numéro RCC). Celles-ci ne concernant pas les devoirs de diligence et de fidélité de l'art. 321a CO, il n'y avait nul besoin d'examiner si la peine conventionnelle revêtait uniquement un caractère punitif ou si elle avait également un caractère indemnitaire. En effet, la nature d'une peine conventionnelle n'est pertinente, au regard de sa compatibilité avec l'art. 321e CO, que lorsqu'il est question de violations du devoir de diligence ou de fidélité du travailleur, non lorsqu'il s'agit d'autres violations.

L'employée fait valoir que la peine conventionnelle, qui revêt un caractère exclusivement indemnitaire, est nulle, car elle est contraire à l'art. 321e CO (disposition semi-impérative ; art. 362 al. 2 CO). La distinction faite par l'instance cantonale entre violations du devoir de diligence et de fidélité et autres violations contractuelles est contraire au droit fédéral, toutes les violations contractuelles étant couvertes par l'art. 321e CO.

2. Champ d'application de l'art. 321e CO (consid. 4.2)

Selon l'art. 321e CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1^{er}). 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 (al. 2).

En application des règles générales, la responsabilité du travailleur au sens de l'art. 321e CO suppose l'existence d'une violation contractuelle, d'un dommage, d'une faute et d'un rapport de causalité adéquate entre la violation contractuelle et le dommage subi. L'employeur doit prouver la violation contractuelle, le dommage ainsi que le rapport de causalité. Le travailleur peut apporter la preuve libératoire de l'absence de faute.

Une prétention de l'employeur en responsabilité du travailleur au sens de l'art. 321e CO suppose ainsi notamment l'existence d'une violation contractuelle. Eu égard aux obligations du travailleur prévues par la loi, le TF et une partie de la doctrine se réfèrent à une violation des art. 321 à 321d CO. Aucune distinction n'est faite, que ce soit dans la jurisprudence du TF ou dans la doctrine relative à l'art. 321e CO, entre les violations du devoir de diligence et de fidélité selon l'art. 321a CO et les autres violations contractuelles. La distinction opérée par l'instance inférieure ne trouve ainsi aucun fondement dans les règles légales. Il ne peut rien être déduit de la référence d'une partie de la doctrine au fait que l'art. 321e al. 1 CO devrait être lu en lien avec l'art. 321a al. 1 CO. Ces auteurs ne restreignent pas non plus la portée de l'art. 321e CO à un certain type de violations. Contrairement à ce que semble supposer l'instance inférieure, une répartition claire des différentes obligations de T. entre les deux catégories qu'elle distingue n'est ni possible ni pertinente. Bien davantage, l'art. 321a al. 1 CO vaut pour l'ensemble des devoirs du travailleur. En outre, l'instance inférieure oublie que les parties sont libres d'étendre contractuellement le devoir général de diligence et de fidélité. Concernant les obligations contractuelles de T., il s'agit d'une concrétisation, respectivement d'une extension des obligations du travailleur prévues par la loi. Ainsi, contrairement à l'avis de l'instance cantonale, la compatibilité de la peine conventionnelle convenue par les parties avec l'art. 321e CO doit être examinée. En ne le faisant pas, la cour cantonale a limité le champ d'application de l'art. 321e CO d'une manière contraire au droit fédéral.

3. Compatibilité de la peine conventionnelle avec l'art. 321e CO (consid. 5)

a. En général (consid. 5.1)

Conformément à l'art. 362 al. 1 CO, il ne peut pas être dérogé à l'art. 321e CO par accord, contrat-type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur. Ce dernier ne saurait être placé, par le biais d'accords contractuels, dans une situation plus défavorable que celle découlant des règles légales. Ainsi, la doctrine unanime est d'avis que les peines conventionnelles destinées à assurer le respect des obligations contractuelles ne peuvent pas équivaloir à une augmentation de la responsabilité.

Les sanctions dites disciplinaires ne sont pas exclues par l'art. 321e CO. Sous certaines conditions, celles-ci peuvent être valablement convenues par contrat de travail et, à cet égard, sont à considérer comme des peines conventionnelles.

b. Sous l'angle de la clause pénale « classique » (consid. 5.2 à 5.4)

La clause pénale au sens des art. 160 ss CO sert à garantir la bonne exécution des obligations contractuelles. En cas de violation du contrat, une clause pénale vise en règle générale à indemniser un préjudice pécuniaire et présente donc une fonction compensatoire. En outre, une clause pénale peut présenter une fonction punitive en venant sanctionner le débiteur de la prestation à la suite d'une violation contractuelle.

En doctrine, il est parfois fait une distinction, s'agissant de la compatibilité d'une clause pénale avec l'art. 321e CO, en fonction de la question de savoir si elle revêt un caractère punitif et/ou compensatoire. Une clause pénale revêt un caractère compensatoire lorsqu'elle a pour but d'indemniser un préjudice pécuniaire et qu'elle se rapporte ainsi à l'intérêt économique à une correcte exécution des obligations. La norme de responsabilité de l'art. 321e CO répond également à cet intérêt, raison pour laquelle une clause pénale ayant un caractère compensatoire entre dans le champ d'application de cette norme.

A teneur de l'art. 16 du contrat de travail, en cas de violation contractuelle, E. est autorisé à réclamer dans tous les cas, y compris en cas de paiement de la peine conventionnelle, la cessation de la contravention ainsi que la réparation de « tout dommage supplémentaire ». Cela ne peut être compris autrement que comme une indication que la pénalité contractuelle sert (également) à indemniser le dommage résultant d'une violation contractuelle commise par le travailleur, ce qui correspond à l'essence de la clause pénale (cf. ci-dessus). Le fait que E. se soit également réservé le droit d'exiger la cessation de la contravention n'y change rien. Il est donc clair que la clause pénale litigieuse vise en partie à compenser un préjudice pécuniaire et revêt donc un caractère compensatoire. Dès lors qu'elle se rapporte à la responsabilité de T. en sa qualité de travailleur, elle tombe dans le champ d'application de l'art. 321e al. 1 CO. Il convient donc d'examiner si la clause pénale convenue étend la responsabilité de T. de manière illicite.

La conclusion d'une clause pénale visant à compenser un préjudice pécuniaire est susceptible d'étendre la responsabilité du travailleur à plusieurs égards :

- Selon l'art. 321e CO, le travailleur ne répond que lorsqu'il cause un dommage à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Une faute du travailleur est une condition impérative. Une clause pénale à caractère compensatoire portant sur une responsabilité sans faute est donc illicite.
- Les accords qui entraînent un renversement du fardeau de la preuve au détriment du travailleur sont illicites. A cet égard, l'on songe en premier lieu aux accords qui étendent l'obligation du travailleur d'amener la preuve libératoire, respectivement qui rendent ladite preuve plus difficile ou impossible.
- Dès lors que la responsabilité du travailleur selon l'art. 321e CO implique obligatoirement la survenance d'un dommage, un accord viole cette disposition s'il conduit à une responsabilité du travailleur indépendamment de tout dommage. Puisque le travailleur répond au maximum du dommage causé, l'obligation de payer une pénalité contractuelle qui excède le dommage effectivement subi est illicite.

La clause pénale prévue par les parties ne présuppose aucune faute de la part de T. A teneur de la disposition contractuelle, l'obligation de payer la peine conventionnelle est déclenchée par une violation du contrat (« en cas de violation du présent contrat ») ; une faute n'est pas requise. Ainsi, d'un point de vue juridique, une responsabilité sans faute de T. a été convenue, ce qui constitue une extension illicite de la responsabilité. Par ailleurs, le fait que la peine conventionnelle revêtant un caractère compensatoire soit due indépendamment de l'existence d'un dommage est contraire à l'art. 321e CO. Dans la mesure où la clause pénale convenue est incompatible avec l'art. 321e CO, elle est nulle (art. 362 al. 2 CO). L'accord nul est remplacé par la règle impérative édictée en faveur du travailleur, indépendamment de la volonté hypothétique des parties. Pour le surplus, le contrat de travail subsiste. Une peine conventionnelle, qui a un caractère compensatoire, n'est par conséquent pas réduite dans une mesure admissible ; elle est nulle. Seules les peines excessives au sens de l'art. 163 al. 3 CO sont réduites selon l'appréciation du juge. En revanche, cette disposition n'est pas applicable aux peines conventionnelles qui sont nulles en raison d'une violation d'une disposition (semi-) impérative du droit du travail.

Avec la clause pénale litigieuse, les parties ont convenu d'une responsabilité de T. indépendante de tout dommage et de toute faute. Dans la mesure où il s'agit d'une extension contractuelle de responsabilité contraire à l'art. 321e CO, l'accord en question est nul.

c. Sous l'angle de la sanction disciplinaire

Au regard de l'art. 321e CO, une clause pénale n'est admissible que si elle revêt un caractère disciplinaire. Il s'agit donc d'examiner si la clause pénale litigieuse peut être maintenue sous cet angle.

Selon le droit actuel, la question de l'admissibilité et de la forme des sanctions disciplinaires est avant tout discutée en lien avec l'art. 38 de la Loi sur le travail (LTr). Selon cette disposition, 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. Cette disposition n'est toutefois pas applicable en l'espèce, car T., en tant que médecin-chef, est exclue du champ d'application personnel de la LTr en vertu de l'art. 3 lit. d LTr (fonction dirigeante élevée). Cela ne change néanmoins rien au fait que des limites sont également fixées à la mise en place de sanctions disciplinaires dans les relations entre employeurs et cadres dirigeants, étant donné que l'employeur de droit privé n'a en principe pas de pouvoir disciplinaire sur le travailleur et que des sanctions ne sauraient être prononcées selon le bon vouloir de l'employeur.

Des sanctions disciplinaires peuvent en principe être convenues dans un contrat individuel de travail sous la forme de peines conventionnelles. Néanmoins, pour que celles-ci soient valablement convenues, il faut que le montant de la peine soit déterminé et proportionné. En outre, les comportements (« éléments constitutifs ») qui sont sanctionnés doivent être décrits avec précision. Il est nécessaire que chaque infraction conduisant au prononcé d'une sanction de même que la sanction correspondante soient définies de manière suffisamment claire. Le travailleur doit pouvoir se rendre compte et savoir quel comportement est sanctionné, et ceci par quelle sanction. Il s'agit du seul moyen de s'assurer que l'employeur n'abuse pas du pouvoir disciplinaire que lui accorde le contrat.

En vertu de l'art. 16 du contrat de travail, T. est passible d'une peine pour « violation du présent contrat ». A titre d'exemple, il est mentionné le non-respect de l'interdiction de concurrence ou du devoir de confidentialité. Le contrat de travail ne contient aucune autre description des comportements qui peuvent déclencher le paiement de la pénalité. Il faut davantage partir du principe, comme l'instance inférieure l'a retenu, que toute violation du contrat par T. pourrait être sanctionnée par une peine conventionnelle, indépendamment de la nature et de la gravité de la violation. Une telle disposition contractuelle ne satisfait donc de toute évidence pas à l'exigence de précision. L'accord, selon lequel toute violation du contrat conduit au prononcé d'une peine conventionnelle, ne saurait se substituer à une description concrète des éléments de faits déterminants. Dans la mesure où les comportements conduisant au prononcé d'une pénalité conventionnelle ne sont pas suffisamment déterminés, il n'y a pas lieu d'examiner si une mesure disciplinaire pouvait même être prévue pour s'appliquer aux violations contractuelles dont il est question dans la présente cause. Il est ainsi établi que les parties n'ont pas convenu d'une sanction disciplinaire valable. La question de la proportionnalité de la peine conventionnelle peut donc demeurer ouverte.

d. Conclusion

E. ne peut rien tirer de la clause pénale de CHF 50'000.- prévue à l'art. 16 du contrat de travail du 12 avril 2011. Il n'y a donc plus lieu d'examiner si les violations contractuelles dont il est question ont été commises. Le TF rejette par conséquent le recours de E. et admet le recours

de T. en ce sens que l'arrêt du Tribunal cantonal est annulé et que la demande de E. est rejetée.

III. Analyse

Cet arrêt du TF, qui sera publié aux ATF, nous paraît avoir une portée importante, dans la mesure où il tranche – de manière très restrictive – la question de l'admissibilité des peines conventionnelles dans un contrat individuel de travail.

Etrangement, alors que le recours à des clauses pénales dans un contrat de travail est relativement fréquent en pratique, par exemple lorsqu'il est question de la violation par le travailleur de son obligation de confidentialité et de discrétion, la validité de telles clauses a rarement fait l'objet d'un contrôle juridictionnel par le TF avant le prononcé de l'arrêt ici commenté¹. De son côté, la doctrine unanime relève certes qu'il n'est pas possible de déroger à l'art. 321e CO au détriment du travailleur compte tenu du caractère semi-impératif de cette disposition (art. 362 CO)². L'exemple souvent mentionné est celui de clauses prévoyant une responsabilité du travailleur en l'absence de toute faute³. En revanche, peu d'auteurs ont abordé la question particulière de la peine conventionnelle. Certains relèvent uniquement que les parties ne sauraient convenir du versement d'une peine conventionnelle supérieure au montant que le travailleur serait tenu de verser selon le régime légal⁴. Rares sont ceux qui indiquent expressément que l'art. 321e CO exclut un accord prévoyant une peine conventionnelle si celle-ci revêt une fonction réparatrice pour le dommage subi⁵.

Il a ainsi fallu attendre cet arrêt du TF pour que soit tranchée, dans un arrêt de principe, la question de la validité, au regard de l'art. 321e CO, d'une peine conventionnelle. Le raisonnement du TF contient des principes importants qui méritent d'être repris et résumés :

- L'art. 321e CO, qui règle la responsabilité civile du travailleur dans ses rapports vis-à-vis de l'employeur, s'applique de manière générale aux obligations contractuelles incombant au salarié, et non uniquement aux devoirs de diligence et de fidélité.
- L'art. 321e CO est de nature semi-impérative, si bien qu'un accord contractuel ne saurait placer le travailleur dans une situation plus défavorable que celle qui

¹ Il est précisé ici que le présent commentaire n'aborde pas la question des peines conventionnelles contenues dans des clauses de prohibition de concurrence post-contractuelles régies par les art. 340 ss CO ; la validité de telles peines conventionnelles, qui sont expressément prévues à l'art. 340b al. 2 CO, n'est pas remise en cause par l'arrêt faisant l'objet du présent commentaire.

² THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3^e éd. 2015, p. 196 N° 467 et p. 197 N° 470a ; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 118 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit), *Commentaire du contrat de travail*, 2013 (ci-après JEAN-PHILIPPE DUNAND), art. 321e CO N° 27 et art. 321a CO N° 11 ; CR CO I – GABRIEL AUBERT, art. 321e CO N° 7 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, art. 321e CO N° 4 et N° 15 ; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du Travail – Eléments de droit suisse*, 2010, p. 153 N° 1 ; PHILIPPE CARUZZO, *Le contrat individuel de travail – Commentaire de articles 319 à 341 du Code des obligations*, 2009, p. 95 N° 4 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., art. 321e CO N° 9 et art. 321a CO N° 2.

³ Voir par exemple : RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *op. cit.*, p. 118 ; CR CO I – GABRIEL AUBERT, art. 321e CO N° 7 ; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *op. cit.*, p. 153 N° 1 ; PHILIPPE CARUZZO, *op. cit.*, p. 95 N° 4 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op. cit.*, art. 321e CO N° 9.

⁴ JEAN-PHILIPPE DUNAND, *op. cit.*, art. 321e CO N° 48 ; CR CO I – GABRIEL AUBERT, art. 321e CO N° 7.

⁵ Voir par exemple STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op. cit.*, art. 321e CO N° 15.

découlerait de l'application du régime légal (inadmissibilité d'une extension de la responsabilité au détriment du travailleur).

- Une clause pénale qui a vocation à compenser un dommage subi par l'employeur en raison d'une violation par le travailleur de ses obligations contractuelles entre dans le champ d'application de l'art. 321e CO.
- Une telle clause pénale à caractère compensatoire est contraire à l'art. 321e CO si elle étend la responsabilité du travailleur. Tel est le cas, en particulier, (i) si la clause prévoit une responsabilité indépendante de toute faute du travailleur, (ii) si elle renverse le fardeau de la preuve au détriment du travailleur ou (iii) si elle conduit le travailleur à devoir payer un montant en l'absence d'un dommage concret ou un montant supérieur au dommage effectif de l'employeur.
- Une clause pénale incompatible avec l'art. 321e CO est nulle, et non pas seulement réductible en application de l'art. 163 al. 3 CO.
- Au passage, cet arrêt précise, respectivement corrige une précédente décision du TF (non publiée aux ATF). En effet, dans un arrêt du 21 décembre 2012⁶, le TF avait retenu qu'une peine conventionnelle, bien que contraire à l'art. 321e CO dans la mesure où elle revêtait (partiellement) un caractère compensatoire, devait être réduite en application de l'art. 163 al. 3 CO. Le nouvel arrêt ici commenté va donc plus loin : dans la mesure où la clause pénale est contraire à l'art. 321e CO, celle-ci est nulle, et non pas réduite dans une mesure non excessive.
- L'art. 321e CO ne s'oppose pas à la mise en œuvre, à certaines conditions, de sanctions disciplinaires. Selon le TF, une clause pénale n'est d'ailleurs admissible, au regard de l'art. 321e CO, qu'à la condition de revêtir un caractère disciplinaire.

Au vu de ce qui précède, cet arrêt semble donc sonner le glas – d'un point de vue juridique – des peines conventionnelles prévues par contrat individuel de travail et destinées à réparer un dommage subi par l'employeur consécutivement à une violation par le travailleur de ses obligations. Il en irait ainsi, notamment, des peines conventionnelles censées réparer un préjudice découlant de la violation par le travailleur de son obligation de confidentialité ou de la violation d'une interdiction d'exercer une activité accessoire ou concurrente durant les rapports de travail. En particulier, des peines conventionnelles instaurées pour ce type de violations, qui sont relativement fréquentes en pratique, ont généralement pour objectif de faciliter la tâche de l'employeur-créancier, notamment en palliant la difficulté pour l'employeur de prouver le montant effectif de son éventuel dommage. Vu que l'employeur, selon le TF, doit prouver son dommage effectif, le recours à de telles clauses pénales, même à supposer qu'elles ne soient pas nulles, perdrait tout intérêt dans la perspective d'un contentieux.

A teneur de l'arrêt du TF, une peine conventionnelle doit prendre la forme d'une sanction disciplinaire pour demeurer valable au regard de l'art. 321e CO. En effet, notre Haute Cour indique qu'une peine conventionnelle n'est admissible au regard de cette disposition que dans la mesure où elle revêt un caractère disciplinaire (*Eine Konventionalstrafe ist mit Rücksicht auf Art. 321e OR nur zulässig, soweit sie Disziplinarcharakter aufweist*).

⁶ TF 4A_595/2012 du 21.12.2012 ; pour une critique de cet arrêt, voir MARTIN FARNER, *Die Sicherung der Treupflicht mit Konventionalstrafe*, in Revue des avocats, 5/2013, p. 223.

L'on relèvera que ce faisant, le TF confirme un arrêt relativement ancien, datant du 20 avril 1993⁷, aux termes duquel il avait admis la possibilité pour un employeur de prévoir des sanctions disciplinaires. Il avait ainsi relevé que bien que les parties à un rapport de droit privé se trouvent en principe sur un pied d'égalité et que l'employeur de droit privé ne dispose *ex lege* d'aucun pouvoir disciplinaire, des sanctions disciplinaires pouvaient néanmoins être admissibles en cas de violation du contrat, moyennant certains garde-fous, eu égard à l'obligation de diligence et de fidélité à charge du travailleur et au fait que l'employeur est légitimé à donner des directives générales et des instructions particulières aux employés. Dans l'arrêt commenté, le TF affine les exigences – relativement strictes – devant être remplies pour qu'une sanction disciplinaire soit valable. Il est ainsi nécessaire (i) que la sanction soit prévue contractuellement (dans le contrat individuel ou dans un règlement d'entreprise), (ii) que le montant (ou la nature) de la peine soit déterminé et proportionné et (iii) que les violations pouvant conduire à une sanction soient décrites avec précision. Sur ce dernier point, chaque violation et la peine y afférente doivent être définies de manière suffisamment précise, de sorte que le travailleur puisse anticiper les conséquences d'un comportement déterminé et que l'employeur ne puisse pas abuser de son pouvoir disciplinaire. Une simple liste exemplative de violations présentées selon des termes généraux ne saurait satisfaire à cette exigence de précision. Ainsi, une mesure disciplinaire, pour être valable, doit être prévue par une disposition qui respecte un certain nombre de critères formels relativement stricts. En outre, dans ce qui s'apparente à un *obiter dictum* (cf. consid. 5.5.3 *in fine*), le TF semble sous-entendre et insinuer que la possibilité d'instaurer une sanction disciplinaire pourrait également dépendre de la nature des violations concernées, ajoutant ainsi aux exigences de forme susmentionnées une sorte de condition qualitative ou de « seuil de matérialité » de la violation.

Ceci étant précisé, il convient de relever qu'une peine conventionnelle « classique » (par opposition à une sanction disciplinaire) peut néanmoins conserver – d'un point de vue pratique – un certain intérêt. Elle peut en effet viser un objectif préventif et dissuasif : le fait de prévoir une peine conventionnelle – le cas échéant d'un montant important – peut avoir pour but de dissuader le travailleur de violer l'une ou l'autre de ses obligations contractuelles. En outre, si la violation se produit alors que le travailleur dispose encore de créances à l'encontre de son employeur, ce dernier pourra compenser lesdites créances avec la peine conventionnelle invoquée. Il reviendrait alors au travailleur d'agir en justice et de supporter les risques et – dans un premier temps du moins – les frais d'un procès, ce qui pourrait dissuader bon nombre de travailleurs.

Par ailleurs, nonobstant les conclusions à première vue sans appel du Tribunal fédéral au sujet de l'admissibilité des peines conventionnelles, il semble que certains points ne soient néanmoins pas définitivement tranchés ou demeurent, dans tous les cas, encore ouverts. Par exemple, l'arrêt ne concerne pas expressément la question de la validité d'une peine conventionnelle lorsqu'elle s'applique à des violations post-contractuelles. En effet, l'arrêt a été rendu au sujet de deux violations commises au cours des rapports de travail (exercice d'une activité accessoire sans autorisation), respectivement à la fin du contrat (non restitution du numéro RCC). Dès lors, il ne semble pas que l'on puisse inférer de cet arrêt qu'une peine conventionnelle soit également exclue s'agissant de violations commises après la fin du

⁷ ATF 119 II 162 = JdT 1994 I 105.

contrat de travail. A cet égard, l'on relève que l'art. 321e CO, dont le caractère semi-impératif justifie l'absence de validité d'une clause pénale, s'attache à la qualité de travailleur de l'auteur de la violation ; or, après la fin des rapports de travail, l'auteur n'est par définition plus un « travailleur », si bien que l'art. 321e CO ne s'applique plus. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une peine conventionnelle, qui s'avèrerait être nulle en tant qu'elle s'applique à une violation commise durant les rapports de travail, puisse néanmoins valablement s'appliquer lorsque la violation survient après la fin du contrat.

Un autre exemple est celui du cas particulier de l'administrateur-travailleur, qui peut nécessiter un traitement plus nuancé que le cas du travailleur n'occupant pas de fonction d'organe. Les rapports juridiques entre une personne morale et ses organes peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats. S'il est admis qu'un organe dirigeant d'une société peut être considéré comme un employé de celle-ci lorsqu'il lui est subordonné et qu'il exerce pour son compte une activité à titre de profession principale⁸, les directeurs sont également, en principe, des personnes qui s'occupent de la gestion au sens des art. 717 et 754 CO. Il peut ainsi exister un double rapport : obligationnel (en vertu du droit du travail) et organique (en vertu du droit des sociétés)⁹. Or, le devoir de fidélité de l'administrateur et des personnes qui sont en charge de la gestion d'une société ainsi que la responsabilité qui en découle en cas de violation sont régis par des normes spécifiques du droit des sociétés : l'art. 717 CO s'agissant du devoir de diligence et de fidélité et l'art. 754 CO s'agissant de la responsabilité dans l'administration et la gestion. Ces dispositions instituent une responsabilité plus étendue que celle découlant des règles du contrat de travail¹⁰. Selon le TF, la double qualification de cette relation a pour conséquence que l'organe qui est en même temps un employé doit respecter non seulement le devoir de fidélité de l'employé (art. 321a CO), mais également le devoir de fidélité d'une personne qui s'occupe de la gestion (art. 717 CO). Il précise que lorsqu'une violation du devoir de fidélité est en cause, il convient d'examiner séparément quel devoir a été violé¹¹. HEINZER semble faire un pas de plus. Il indique qu'étant donné que l'art. 754 CO repose sur la notion matérielle d'organe, indépendamment de la qualification du rapport contractuel unissant la personne concernée à la société, il s'appliquera de manière générale à l'administrateur-travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée, sans que l'intéressé puisse se prévaloir de l'atténuation prévue par l'art. 321e CO¹². Etant donné que s'agissant de l'art. 754 al. 1 CO, il n'est pas question d'une norme semi-impérative, l'on peut retenir qu'il demeure possible de prévoir des peines conventionnelles « classiques » pour l'administrateur-travailleur.

L'on peut encore se demander si une clause pénale pourrait conserver un certain intérêt dans le cadre d'une prétention de l'employeur en indemnisation pour tort moral¹³ en cas d'atteinte

⁸ ATF 130 III 213, consid. 2.1 = JdT 2004 I 223 ; TF 4A_10/2017 du 19.07.2017, consid. 3.1 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, art. 321e CO N° 5.

⁹ Voir TF 4A_55/2017 du 16.06.2017, consid. 4.2 ; ATF 140 III 409, consid. 3.1.

¹⁰ ATF 130 III 213, consid. 2.1 = JdT 2004 I 223 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, art. 321e CO N° 5 ; BORIS HEINZER, *Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé*, in Rémy Wyler (édit.), *Panorama I en droit du travail*, p. 358-362.

¹¹ ATF 140 III 409, consid. 3.1 ; ATF 130 III 213, consid. 2.1 = JdT 2004 I 223 ; 4A_55/2017 du 16.06.2017, consid. 4.2.

¹² BORIS HEINZER, *op. cit.*, p. 362.

¹³ Bien que l'art. 321e al. 1 CO ne fasse mention que du « dommage », il faut comprendre la notion au sens large de « préjudice », ce dernier incluant le tort moral ; cf. JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La responsabilité civile du*

illicite à sa personnalité. Une telle prétention peut être invoquée aussi bien par une personne physique que par une personne morale en application de l'art. 49 CO¹⁴. Parmi les droits de la personnalité susceptibles d'être invoqués par les personnes juridiques figurent notamment le sentiment de l'honneur, la protection de la sphère privée ou secrète, le droit à la considération sociale ou le droit au libre développement économique¹⁵. Or, l'octroi d'une réparation pour tort moral ne vise pas à réparer un dommage patrimonial concret, mais à compenser les souffrances subies par la victime¹⁶. Si le tort moral ressenti dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce¹⁷, il n'existe néanmoins pas de dommage pécuniaire effectif qui puisse être prouvé par l'employeur. Le montant de l'indemnité allouée à titre de tort moral est fixé pour l'essentiel en équité, le juge devant faire usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC)¹⁸. Dans ces circonstances, une clause pénale convenue contractuellement pourrait demeurer admissible, ou à tout le moins servir à guider et à orienter le juge dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation lors de la fixation du tort moral. Une clause pénale trop élevée, à supposer qu'elle soit admissible, ne manquerait néanmoins pas d'être réduite par le tribunal. A titre d'exemple, dans un cas où une société s'est prévaluée avec succès d'une atteinte à sa personnalité commise par un ancien travailleur en raison d'un site internet attentatoire à l'honneur de la société, le TF a octroyé un montant de CHF 10'000.- à titre d'indemnité pour tort moral, réduisant la somme de CHF 25'000.- allouée par la juridiction cantonale¹⁹.

En guise de conclusion, il faut retenir de cet arrêt du TF que les peines conventionnelles « classiques » (avec fonction compensatoire) telles qu'on les rencontre en pratique sont en principe exclues, d'un point de vue juridique, lorsqu'elles s'appliquent à la responsabilité du travailleur vis-à-vis de son employeur. En effet, une peine conventionnelle « classique » aura nécessairement pour conséquence d'étendre, d'une manière ou d'une autre, la responsabilité du travailleur au détriment de ce dernier, ce qui est contraire à l'art. 321e CO et rend la clause pénale nulle. Ceci étant précisé, nonobstant l'inadmissibilité juridique d'une peine conventionnelle « classique », cette dernière peut néanmoins conserver un intérêt pratique en tant qu'elle viserait un but préventif et dissuasif.

Pour être juridiquement valable au regard de l'art. 321e CO, une peine conventionnelle doit prendre la forme d'une sanction disciplinaire. Or, en pratique, il est à ce jour rare que les employeurs de droit privé aient recours à des mesures disciplinaires. Peut-être cet arrêt du TF conduira-t-il à un changement de tendance dans ce domaine. Toutefois, nous l'avons vu, la validité des sanctions disciplinaires suppose que soient réunies des conditions relativement strictes, en particulier quant à la forme des dispositions contractuelles qui les instaurent. Il n'est en outre pas exclu que le TF entende réserver les sanctions disciplinaires à des violations d'une certaine gravité. Quoi qu'il en soit, si un employeur souhaite mettre en place des sanctions disciplinaires, il lui faudra prêter une attention particulière à la rédaction des clauses

travailleur (art. 321e CO), in François Bohnet (édit.), *Quelques actions en responsabilité*, 2008, p. 77 N° 7 ; JEAN-PHILIPPE DUNAND, art. 321e CO N° 13 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op. cit.*, art. 321e CO N° 2 ; PHILIPPE CARUZZO, *op. cit.*, p. 94 N° 3.

¹⁴ Voir ATF 138 III 337.

¹⁵ ATF 138 III 337, consid. 6.1.

¹⁶ Voir CR CO I - FRANZ WERRO, Introduction aux articles 47-49 CO N° 2 et art. 49 CO N° 13.

¹⁷ ATF 138 III 337, consid. 6.3.3.

¹⁸ Voir CR CO I - FRANZ WERRO, Introduction aux articles 47-49 CO N° 5.

¹⁹ ATF 138 III 337, consid. 6.3.6.

contractuelles introduisant de telles sanctions. En outre, vu l'application du principe de proportionnalité, l'intérêt pratique de telles sanctions pourrait se révéler limité.