

Les conventions de départ négocié

Me Giuseppe Donatiello
docteur en droit
avocat spécialiste FSA droit du travail

I. Introduction

II. Considérations d'un point de vue factuel

A. Intérêts des parties

B. Deux types d'accord

C. Contenu-type d'une convention de départ

Intérêts des parties

- Plusieurs intérêts, convergents ou divergents, des parties peuvent conduire à une convention de départ négocié:
 - maîtriser la fin de contrat,
 - se quitter en bons termes,
 - élaborer une alternative à un licenciement,
 - obtenir un prompt règlement des créances (4A_96/2017, c. 3.2),
 - aménager un régime post-contractuel particulier,
 - éviter un règlement public de la fin de contrat, etc.
- Attention: prendre en considération les intérêts de l'autre partie ne suffit pas pour admettre une concession au sens de CO 341 I (4A_96/2017, c. 3.2)

II. Considérations d'un point de vue factuel

A. Intérêts des parties

B. Deux types d'accord

C. Contenu-type d'une convention de départ

Deux types d'accord – définitions

Accord de résiliation

- Définition: accord mettant fin à un contrat de travail d'entente entre les parties (4A_673/2016)
- admissible, mais pas de réglementation spécifique

Accord sur les modalités de la fin de contrat

- Définition: accord régissant uniquement les modalités de la fin du contrat de travail, alors que celui-ci prend fin pour une autre cause (4A_96/2017)
- admissible, mais pas de réglementation spécifique

Deux types d'accord – exemples

Accord de résiliation

- 4A_673/2016, c. 3.3 : en l'espèce, la convention de départ négocié contient notamment une clause selon laquelle les rapports de travail sont résiliés « en tout cas » pour le 30 juin 2013.

Accord sur les modalités de la fin de contrat

- 4A_96/2017, c. 3.2 : en l'espèce, la convention de départ négocié a été conclue alors que le contrat de travail avait déjà pris fin par le décès de l'employeur (CO 338 II); elle ne vise qu'à régler les modalités de la fin du contrat.

Deux types d'accord – effets défavorables

Accord de résiliation

- Conséquences défavorables pour le travailleur (4A_673/2016, c. 3.1):
 - inapplicabilité de la protection contre les congés abusifs (CO 336 ss) ou en temps inopportun (CO 336c s.)
 - suspension du droit à l'indemnité de chômage (LACI 30 I a)

Accord sur les modalités de la fin de contrat

- Pas de conséquences défavorables pour le travailleur, si l'employeur résilie le contrat.
- En particulier, CO 336c reste applicable (4A_362/2015, c. 3.2).

Possibles hybrides?

Accord de résiliation

- En vertu du principe de la liberté contractuelle et de l'absence de *numerus clausus* des contrats, les parties peuvent inclure conventionnellement dans un accord de résiliation une protection à raison du temps (CO 336c par analogie)

Accord sur les modalités de la fin de contrat

- Pour les mêmes raisons, les parties peuvent supprimer dans un accord sur les modalités de la fin de contrat la protection contre les congés abusifs (CO 336 ss) ou en temps inopportun (CO 336c s.) (moyennant concessions réciproques).

II. Considérations d'un point de vue factuel

A. Intérêts des parties

B. Deux types d'accord

C. Contenu-type d'une convention de départ

Fin de contrat (1/2)

- Fixation de la **date de fin** des rapports de travail:
 - dans le respect du délai de congé, à moins qu'une fin anticipée ne soit dans l'intérêt du travailleur ou compensée par une concession de l'employeur
 - en reconnaissant l'application de CO 336c, à moins que la non-application ne soit dans l'intérêt du travailleur ou compensée par une concession de l'employeur
 - possible concession de l'employeur selon les circonstances, si la date de fin convenue est plus éloignée que la simple application du délai de congé

Fin de contrat (2/2)

- Eventuel accord sur une **fin anticipée** des rapports de travail en cas de nouvel emploi du travailleur
 - possible concession de l'employeur selon circonstances, par ex. si la fin anticipée peut intervenir même en cas de nouvel emploi au sein d'une entreprise concurrente
- Eventuelle fixation de la date de **libération** de l'obligation de travailler
- Eventuel retrait conventionnel du licenciement avec faculté pour le travailleur de démissionner pour la date de fin
- En principe, maintien des droits et obligations des parties jusqu'à la date de fin, sauf convention contraire

Obligations du travailleur (1/2)

- Obligations de **diligence et de fidélité** jusqu'à la date de fin
- Obligation de **rendre compte et restituer**
- Obligation post-contractuelle de **confidentialité** (CO 321a IV)
- Eventuelle obligation post-contractuelle de secret (par exemple, de secret bancaire)
- Renonciation à toute prétention concernant le bonus discrétionnaire

Obligations du travailleur (2/2)

- Eventuelle renonciation à la clause de prohibition de faire concurrence
 - possible concession de l'employeur, si la clause n'est pas inefficace ou caduque pour d'autres causes
- Eventuel maintien de la clause de non-débauchage

Obligations de l'employeur (1/4)

- Maintien de l'intégralité des prestations de nature salariale jusqu'à la date de fin
- En cas de fin anticipée des rapports de travail en raison d'une nouvelle prise d'emploi du travailleur:
 - éventuel engagement de l'employeur à compenser la différence salariale jusqu'à la date de fin initialement convenue, ou même
 - cumul (total ou partiel) des rémunérations jusqu'à la date de fin initialement convenue
 - possibles concessions de l'employeur
- Paiement additionnel d'un bonus discrétionnaire
 - possible concession de l'employeur

Obligations de l'employeur (2/4)

- Paiement additionnel d'une indemnité de départ à bien plaire
 - possible concession de l'employeur
- Financement d'un rachat auprès de l'institution de prévoyance
 - possible concession de l'employeur
- Remboursement des frais
 - possible concession de l'employeur, notamment si pour des frais dont le remboursement n'est pas imposé par la loi (ex.: déménagement)
- Indemnisation en argent du solde de vacances
 - possible concession de l'employeur, si ce dernier ne compense pas le solde avec une période de libération de l'obligation de travailler

Obligations de l'employeur (3/4)

- Financement de prestations d'*outplacement*
 - possible concession de l'employeur
- Décompte de salaire pour les prestations convenues
- Etablissement de certificats (intermédiaire et/ou final) de travail
 - Important: **annexer le projet de texte à la convention**, pour éviter toute ambiguïté et différend futur entre les parties
- Confirmation du ou des certificats de travail en cas de prise de références sur le travailleur, sans commentaires contradictoires
- Restitution des objets personnels du travailleur
- Communication sur le départ

Obligations de l'employeur (4/4)

- Engagements particuliers concernant le dossier personnel du travailleur
- Assistance sur les aspects administratifs du départ (chômage, imposition, prévoyance professionnelle, assurances)
- **Précaution pratiquée** pour les prestations en argent à bien plaie: ne les verser qu'après que le travailleur a par écrit confirmé une deuxième fois, après la fin du mois qui suit la fin des rapports de travail, qu'il est toujours d'accord avec la convention et qu'il renonce à toute autre prétention.

Obligations et déclarations communes (1/2)

- Règlement des aspects de propriété intellectuelle
- Confidentialité sur la convention et son contenu, sous réserve d'obligations légales d'informer ou des communications nécessaires pour l'exécution de la convention
- Confirmation de l'absence de toute cession de créance à des tiers
- Engagement à ne pas nuire à la réputation de l'autre
- Eventuels engagements en matière de collaboration légale future
- Frais compensés

Obligations et déclarations communes (2/2)

- Confirmation d'un accord conclu moyennant concessions réciproques librement consenties et après un délai de réflexion suffisamment long

Quittances réciproques

- Solde de tout compte de la part du travailleur:
 - visant toutes les prétentions vis-à-vis de l'employeur
 - stipulation pour autrui (CO 112 II) visant les prétentions vis-à-vis des autres sociétés du groupe, les ayants-droits économiques, les organes, employés ou autres auxiliaires (cf. 4A_331/2015, c. 4.3)
- Solde de tout compte de la part de l'employeur:
 - visant toutes les prétentions vis-à-vis de l'employé
 - porte-fort (CO 111) que les autres sociétés du groupe, les ayant-droits économiques, les organes, employés ou autres auxiliaires n'introduiront pas de procédure vis-à-vis du travailleur
- Clause de déductibilité

Clauses finales

- Caducité de tout éventuel accord antérieur sur la fin de contrat
- Exigence de forme écrite pour toute modification
- Soumission de la convention au droit suisse
- For en cas de litige sur la convention
- Nombre d'exemplaires originaux
- Dates de signature
- Signatures

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

A. Transaction

B. Conclusion de la transaction

C. Forme de la transaction

Transaction

- Définition: contrat destiné à mettre un terme à un litige ou à une incertitude juridique moyennant des concessions réciproques (ATF 130 III 49, c. 1.2)
- Une convention de départ négocié est une transaction.

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

A. *Transaction*

B. Conclusion de la transaction

C. *Forme de la transaction*

Conclusion de la transaction

Lorsqu'une partie se prévaut d'une convention de départ négocié, la première vérification juridique qu'on peut imaginer est celle de savoir si une telle convention a été conclue et quel est son contenu.

Conclusion de la transaction – principes généraux d'interprétation

Comme tout contrat, la transaction, y compris la convention de départ négocié, est soumise aux **principes généraux d'interprétation** (4A_362/2015, c. 3.2):

- Il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties (CO 18 I; interprétation subjective);
- A défaut, il faut rechercher quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (interprétation objective).

Conclusion de la transaction – retenue concernant les accords de résiliation

En vertu des règles de la bonne foi, un **accord de résiliation**, particulièrement périlleux pour le travailleur, ne doit être admis qu'**avec retenue** (4A_364/2016, c. 3.1, 4A_673/2016, c. 3.1):

- Il faut notamment que soit prouvée sans équivoque la volonté des parties de se départir du contrat (4A_364/2016, c. 3.1):
 - 4A_364/2016, c. 4.2.2 et 4.2.3: en l'espèce, le travailleur n'avait pas la volonté de résilier le contrat de travail (inefficacité de la convention)
- Le fait que le travailleur contresigne la lettre de licenciement, accepte celui-ci, et même ait espéré d'être licencié, ne suffit pas pour déduire l'existence d'un accord de résiliation (4A_362/2015, c. 3.2 et 3.3).

Conclusion de la transaction – préférence pour les accords sur les modalités de la fin de contrat

- S'il apparaît que les parties ont conclu une convention de départ négocié mais qu'il n'est pas clair de quel type s'agit-il, la préférence doit être donnée à la conclusion d'un accord sur les modalités de la fin de contrat, car la conclusion d'un accord de résiliation doit être admise restrictivement en raison des conséquences défavorables pour le travailleur (cf. 4A_362/2015, c. 3.3).

Conclusion de la transaction – réflexion suffisante

En outre, lorsque la convention de départ négocié est préparée par l'employeur ou un tiers mandaté par ce dernier, il faut que le travailleur (4A_364/2016, c. 3.1):

- ait pu bénéficier d'un délai de réflexion, et
- n'ait pas été pris de court au moment de la signature.
 - 4A_364/2016, c. 4.2.2 et 4.2.3: en l'espèce, le travailleur avait été pris de court lors de la signature et n'avait pas bénéficié du délai de réflexion nécessaire (inefficacité de la convention)

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

B. Conclusion de la transaction

C. Forme de la transaction

D. Objet de la transaction

Forme de la transaction

- Les conventions de départ négocié ne sont soumises à aucune exigence de forme (cf. CO 115).
- Elles peuvent être conclues par écrit, oralement ou même tacitement (4A_362/2015, c. 3.2)
- Néanmoins, au vu des principes d'interprétation applicables, il est vivement conseillé de conclure par écrit les conventions de départ négocié, afin de pouvoir en prouver la conclusion et le contenu.

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

C. Forme de la transaction

D. Objet de la transaction

E. Vices du consentement

Objet de la transaction

Une fois qu'il a été établi que les parties ont conclu une convention de départ négocié ainsi que le contenu de celle-ci, la deuxième vérification juridique qu'on peut imaginer est celle de savoir si une telle convention est valable quant à son objet:

- sous l'angle des dispositions spéciales sur le contrat de travail (CO 341 I),
- mais aussi sous l'angle des dispositions générales sur le droit des contrats (CO 19 ss).

Limites résultant de CO 341 I - sens

- Aux termes de CO 341 I, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat ni durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.
- Cette interdiction prend en considération que le travailleur se trouve dans une situation de dépendance aiguë et que celle-ci peut l'entraîner à accepter une réduction de ses prétentions (ATF 136 III 467, c. 4.5).

Limites résultant de CO 341 I - contenu

- CO 341 I présuppose:
 - une renonciation
 - de la part du travailleur
 - portant sur un ou plusieurs droits découlant de dispositions impératives de la loi, d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux impératifs,
 - pendant la durée du contrat de travail ou durant le mois suivant la fin du contrat.
- Si ces conditions sont remplies, la renonciation de la part du travailleur est nulle.

Limites résultant de CO 341 I - portée

- Appliqué à une convention de départ négocié, CO 341 I interdit, lorsque ses conditions sont remplies, les renonciations unilatérales du travailleur, c'est-à-dire sans contrepartie adéquate de la part de l'employeur lors d'une transaction (ATF 136 III 467, c. 4.5).
- En revanche, si la transaction comporte **une équivalence appropriée** des concessions réciproques, elle ne contrevient pas à CO 341 I (ATF 136 III 467, c. 4.5).
- Il serait contraire à la lettre et à l'esprit de la loi de priver le travailleur de cette protection accrue par le biais de CC 2 II (ATF 110 II 168, c. 3c).

Limites résultant de CO 341 I – précisions sur l'équivalence appropriée

- Le Tribunal fédéral a précisé l'exigence d'équivalence appropriée des concessions réciproques comme suit:
 - «*c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient **de valeur comparable***» (4A_96/2017, c. 3.1)
 - «***von ungefähr gleichem Wert***» (4A_673/2016, c. 4.1, 4A_25/2014, c. 6.2)
- L'examen s'effectue selon les circonstances concrètes de fait et de droit au moment de la transaction (4A_25/2014, c. 6.2) et les événements imprévisibles survenant durant la période correspondant au délai de congé applicable (4A_376/2010, c. 3).

Limites résultant de CO 341 I – assistance d'un avocat

- En général, si le travailleur est assisté d'un avocat (un syndicat ne suffit pas nécessairement, 4A_328/2016, c. 3.5), l'équivalence appropriée est présumée (4A_25/2014, c. 6.2).

Limites résultant de CO 341 I – en pratique 1

- Pour les créances qui sont aisément calculables (ex.: salaire, suppléments salariaux, indemnité de vacances), les concessions de l'employeur doivent être d'une valeur au moins égale à celle des créances auxquelles le travailleur renonce:
 - 4A_96/2017, c. 4: en l'espèce, comme la valeur totale des prétentions de la travailleuse est de CHF 29'087, le montant transactionnel de CHF 20'000 est insuffisant et, de ce fait, la clause pour solde de tout compte est nulle.

Limites résultant de CO 341 I – en pratique 2

- Pour les créances du travailleur qui ne sont pas aisément établies ou calculables (ex.: dommages-intérêts, congé abusif, congé immédiat), une équivalence approximative des concessions réciproques peut suffire:
 - 4A_25/2014, c. 6.2: en l'espèce, prétention en responsabilité, la transaction portant notamment sur l'incertitude quant à l'évolution future de l'état de santé du travailleur.

Limites résultant de CO 341 I – en pratique 3

- En cas d'accord de résiliation, à moins que celui-ci ne soit conclu dans l'intérêt du travailleur (qui, par exemple, aurait trouvé l'emploi de ses rêves ailleurs), les concessions de l'employeur doivent être importantes pour compenser les conséquences préjudiciables pour le travailleur:
 - 4A_673/2016, c. 4.2: en l'espèce, l'objet de l'accord de résiliation ne posait pas de problème, car la période convenue jusqu'à la fin du contrat était plus que double par rapport au délai de congé applicable et l'employeur versait un 13^e salaire non contractuel ainsi qu'une prime exceptionnelle de CHF 275'000.-.

Limites résultant de CO 19 ss

La convention de départ négocié qui est conclue au-delà des limites temporelles de CO 341 reste soumise aux règles générales sur l'objet du contrat, par exemple:

- en cas de contenu illicite selon CO 20 I (4A_328/2016, c. 3.4.3),
- en cas de lésion selon CO 21 (4A_328/2016, c. 3.3)

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

D. Objet de la transaction

E. Vices du consentement

F. Conséquences d'un accord invalide

Vices du consentement

Une fois qu'il a été établi que l'objet de la convention de départ négocié est valable, la troisième vérification juridique qu'on peut imaginer est celle de savoir si la convention est affectée par un vice du consentement.

Vices du consentement

La nature même de la transaction impose des réserves en matière de vices du consentement. Ainsi, une convention de départ négocié peut être invalidée (CO 31) :

- pour erreur (CO 23 et 24), mais non si l'erreur concerne l'objet de la transaction (ATF 130 III 49, c. 1.2, 4A_523/2014, c. 4.2);
 - 4A_25/2014, c. 5: en l'espèce, l'incertitude au sujet du processus de guérison du travailleur était l'objet même de la transaction, de sorte que l'invalidation pour erreur n'est pas possible.
- pour dol (CO 28) (4A_523/2014, c. 5);
- pour crainte fondée (CO 29 et 30), mais non si les concessions sont simplement excessives (ATF 111 II 349, c. 3).

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

E. Vices du consentement

F. Conséquences d'un accord invalide

G. Autres points intéressants

Conséquences d'un accord invalide – inefficacité totale ou partielle

Si une convention de départ négocié est viciée pour une des raisons indiquées, elle est inefficace (ne lie pas les parties):

- généralement, dans sa totalité
 - 4A_364/2016, c. 4.2.2 et 4.2.3: en l'espèce, aucun accord n'a été conclu, faute de volonté du travailleur
- parfois, uniquement sur le point qui est vicié (CO 20 II) (ATF 130 III 49, c. 3.2, 4A_364/2016, c. 4.2.4)
 - 4A_96/2017, c. 4.2: en l'espèce, seule la quittance pour solde de tout compte est sans effet juridique
 - 4A_364/2016, c. 4.2.5: en l'espèce, tout l'accord est inefficace

Conséquences d'un accord invalide – accord de résiliation

- Si un accord de résiliation est inefficace, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu (4A_364/2016, c. 3.2).
- Suivant la réponse, le travailleur pourra:
 - soit invoquer ses droits contractuels jusqu'à la fin ordinaire du contrat (le échéant, après application de CO 336c), ainsi que, le cas échéant, une indemnité pour congé abusif (4A_699/2016, c. 2.3),
 - soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur CO 337c I et III (4A_364/2016, c. 3.2)
- Le travailleur supporte le fardeau de la preuve de ce second scénario (4A_364/2016, c. 3.2 et 5.2.3).

III. Considérations d'un point de vue purement juridique

E. Vices du consentement

F. Conséquences d'un accord invalide

G. Autres points intéressants

Aspects transnationaux (1/3)

Au moment d'élaborer une convention de départ négocié, les aspects transnationaux peuvent jouer un rôle, par exemple si le travailleur réside en France:

- Si le travailleur tombe au chômage complet à cause de la fin du contrat de travail, il doit s'inscrire au chômage en France pour percevoir des indemnités (R/CE_883/2004 65 § 2)
 - un accord de résiliation «suisse» prive intégralement le travailleur des indemnités de chômage,
 - une indemnité de départ à bien plaisir diffère le droit aux indemnités de chômage, alors que le paiement d'un bonus n'a pas cet effet juridique.

Aspects transnationaux (2/3)

- Du fait de l'inscription au chômage en France, ce même travailleur devient intégralement (R/CE_883/2004 11 § 1) soumis à la sécurité sociale française (R/CE_883/2004 11 § 3c), s'il ne l'était pas encore.

Aspects transnationaux (3/3)

Les versements prévus en faveur du travailleur sont imposables en Suisse ou en France, selon le type de revenu:

- les salaires, traitements et autres rémunérations similaires, dans l'Etat du lieu de travail (CDI CH-FR 17 § 1),
- les pensions et autres rémunérations similaires, dans l'Etat de résidence (CDI CH-FR 20 § 1)
- les autres revenus, dans l'Etat de résidence (CDI CH-FR 23)
 - ATF 143 II 257, c. 7: en l'espèce, une indemnité couvrant, du moins partiellement, la période entre la date de libération de l'obligation de travailler et la fin du contrat de travail

Aspects procéduraux

- Un litige peut naître dans une dynamique de contestation de la validité de la convention de départ négocié. Il se développe alors devant le juge du travail (cf. 4A_96/2017)
- Ou un litige peut naître dans l'exécution de la convention de départ:
 - S'il concerne le paiement d'une somme convenue, il se développe le plus souvent par le biais de l'exécution forcée.
 - S'il concerne une prestation en nature, il se développe devant le juge du travail.

IV. Conclusion

Quelques considérations finales pour limiter les risques juridiques (1/3)

1. A moins que ce ne soit clairement dans l'intérêt du travailleur, il vaut mieux éviter les accords de résiliation, qui sont généralement défavorables aux travailleurs, moins résistants aux griefs juridiques et plus onéreux pour l'employeur.
2. Dans toute hypothèse, le travailleur doit disposer d'un délai de réflexion suffisant et ne pas être pris de court au moment de la signature.

Quelques considérations finales pour limiter les risques juridiques (2/3)

3. Pour les prétentions aisément calculable (et dont le montant va apparaître au cours d'une éventuelle procédure), les concessions de l'employeur doivent être au moins d'une valeur égale à ces prétentions.
4. Si le travailleur renonce à des prétentions complexes (dédommagements à la suite d'un accident de travail) ou comportant une marge d'appréciation (congé abusif), il suffit d'une équivalence approximative tenant compte de l'insécurité juridique.

Quelques considérations finales pour limiter les risques juridiques (3/3)

5. Il est conseillé de conclure la convention de départ négocié par écrit, ainsi que d'annexer le texte du projet de certificat de travail.