

Tribunal fédéral – 4A_458/2018
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 29 janvier 2020 (f)

Newsletter août 2020

Résumé et commentaire

Congé immédiat,
cotisations LPP

Proposition de citation :

Anne Troillet, Congé avec effet immédiat et prévoyance professionnelle ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_458/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2020

**Art. 337c, 349a CO,
10 et 11 LPP**



Congé avec effet immédiat et prévoyance professionnelle ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_458/2018

Anne Troillet, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_458/2018 du 29 janvier 2020 traite d'une affaire de licenciement immédiat. Dans ce contexte, l'ex-employé, recourant devant le Tribunal fédéral, se prévaut, notamment, de la réparation du dommage subi en matière de prévoyance professionnelle découlant, d'une part, du licenciement injustifié qui lui a été notifié et, d'autre part, du changement d'institution de prévoyance qui a été effectué sans son accord, en cours d'emploi.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Dans la matinée du mardi 10 janvier 2012, l'employé, dont le contrat avait préalablement été résilié et qui était délié de l'obligation de travailler durant son délai de congé, est revenu sur son ancien lieu de travail au vu et au su d'autres collaborateurs, grâce au badge d'un collègue qui avait également été congédié. Ce dernier lui a en outre envoyé à son adresse électronique privée une liste de clients de l'employeuse ainsi que des coordonnées de *traders* travaillant dans les principaux établissements bancaires et financiers.

Par courrier du 11 janvier 2012, l'employeuse a licencié l'employé avec effet immédiat en se référant à l'événement précité. Elle en a fait de même vis-à-vis du collègue qui avait fourni le badge.

L'intéressé a contesté le congé immédiat et a offert ses services. L'employeuse n'a pas réagi.

L'employé a été affilié à la Caisse P1 jusqu'au 31 décembre 2010. Au 1^{er} janvier 2010, son salaire annuel assuré était de CHF 450'000.- et la cotisation annuelle totale de CHF 83'829.60, répartie à parts égales entre l'employeuse et l'employé. En 2011, l'employeuse a transféré le compte de l'employé auprès de P2. Son salaire assuré n'était plus que de CHF 59'160.- et la cotisation annuelle totale de CHF 10'952.90. Les conditions dans lesquelles l'employeuse a opéré le transfert sont nébuleuses ; un courrier de la Caisse P1 adressé à l'employé le 12 août

2011 donne à penser que l'employeuse a fait croire indûment à une résiliation des rapports de travail en décembre 2010.

Il est en tout cas patent que l'employeuse a passé d'un régime sur-obligatoire à un régime obligatoire, impliquant une baisse des cotisations de plus de CHF 70'000.- par année.

Le 27 mars 2012, l'employé a saisi la Chambre patrimoniale du canton de Vaud d'une action dirigée contre son ex-employeuse. Parmi ses diverses prétentions figuraient deux prétentions ayant trait à la prévoyance professionnelle. Il s'agissait de prétentions en indemnisation du dommage subi en raison de la baisse des cotisations LPP liée au changement d'institution de prévoyance, d'une part, et du « *dommage LPP causé par la fin abrupte du contrat* », d'autre part.

B. Le droit

S'agissant des conséquences du licenciement en matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral a relevé que, selon la jurisprudence qui s'appuie sur l'art. 10 al. 2 let. b LPP, la résiliation immédiate, même injustifiée, du contrat de travail met fin au rapport de prévoyance professionnelle obligatoire. Alors que l'indemnité de l'art. 337c al. 1 CO comprend en principe les cotisations aux assurances sociales, elle ne saurait inclure la cotisation LPP, s'agissant d'une période où le rapport de prévoyance n'existe plus (arrêt B 55/99 du 8 novembre 2001 consid. 2 et 3c, rés. in : PJA 2002 583). La doctrine en déduit que le congé immédiat injustifié cause un dommage à l'évolution de l'avoir de vieillesse LPP du travailleur, qui disposera d'une prestation de libre passage inférieure à celle qu'il aurait obtenue si les rapports avaient pris fin à l'échéance ordinaire.

Le Tribunal fédéral relève, références doctrinales à l'appui que certains auteurs préconisent de revoir la jurisprudence et d'admettre une prolongation du rapport de prévoyance jusqu'à l'échéance ordinaire, alors que d'autres considèrent que le dommage subi doit être indemnisé sur la base de l'art. 337c al. 1 CO.

Le travailleur pourrait ainsi réclamer le dommage correspondant à la part patronale des cotisations épargne que l'employeur aurait payée (prévoyance obligatoire et sur-obligatoire) jusqu'à l'échéance ordinaire, soit l'équivalent de la contribution de l'employeur à la prestation de libre passage, sous déduction de ce qui serait versé par un nouvel employeur pour la période correspondante en cas de prise de nouvel emploi. Le Tribunal fédéral mentionne qu'un des auteurs cités concède que l'art. 337c al. 1 CO ne permet pas nécessairement d'appréhender ce type de dommage.

Le Tribunal fédéral relève que le recourant ne se prévaut pas de la thèse selon laquelle le rapport de prévoyance devrait être prolongé jusqu'à l'échéance ordinaire. Se plaçant sur le terrain de l'art. 337c al. 1 CO, le recourant réclame le paiement en ses mains de la « part employeur » des cotisations que la société aurait théoriquement dû verser entre le congé immédiat et l'échéance ordinaire du contrat.

Ce faisant, il méconnaît, selon le Tribunal fédéral, les explications doctrinales précitées, dont il ressort que le dommage réside dans une prestation de libre passage moindre, due aux lacunes de cotisations qui n'ont pas été versées jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat. Dans le cas d'espèce, il n'est pas possible d'établir, sur la base des allégués du recourant, quel dommage il a pu subir du fait de la résiliation prématurée du contrat de travail. Sur la base de

cette constatation, le Tribunal fédéral rejette le grief du recourant, sans examiner les questions soulevées par la doctrine.

Le Tribunal fédéral conclut ainsi au rejet des prétentions du recourant relatives au dommage causé en matière de prévoyance professionnelle, émises sous l'angle de l'art. 337c al. 1 CO.

Le recourant prétend encore à une indemnisation pour le dommage subi du fait que l'employeuse s'est réaffiliée à une nouvelle institution de prévoyance sans son consentement, à des conditions nettement moins avantageuses. Il conteste ainsi la validité du changement d'institution de prévoyance et, partant, de ses conditions d'assurance.

Le Tribunal fédéral relève que, d'après l'arrêt attaqué, le contrat de travail ne contenait aucune précision sur l'identité de l'institution de prévoyance choisie par l'employeuse, sur le montant des cotisations ou encore sur la nature des prestations assurées. Il est également relevé que le recourant n'a jamais exprimé le moindre mécontentement pendant plus de deux ans, laissant penser qu'il a accepté tacitement le changement de ses conditions de prévoyance.

Le Tribunal fédéral relève que le problème se situe désormais au niveau de la prestation de sortie, puisque les rapports de travail et de prévoyance ont pris fin. Il souligne que le recourant concède dans sa réplique qu'il conviendrait de recalculer la prestation de sortie en tenant compte des cotisations arriérées dues par l'employeuse. Or, selon le Tribunal fédéral, le caractère lacunaire des informations données empêche d'établir concrètement le dommage résultant du fait que l'employeuse, en changeant d'institution, a passé d'un régime sur-obligatoire à un régime obligatoire, avec des cotisations nettement inférieures. Le Tribunal fédéral retient qu'il n'est pas possible d'établir une comparaison entre la situation telle qu'elle se présente concrètement, et telle qu'elle aurait été si l'employeuse avait maintenu le régime sur-obligatoire initial. Le Tribunal fédéral en conclut que l'autorité précédente n'a pas enfreint le droit fédéral en rejetant la conclusion qui tendait au paiement en mains du recourant d'une somme correspondant à la différence entre les cotisations employeur du régime sur-obligatoire initial et celles du régime obligatoire contesté.

Le Tribunal fédéral a déclaré laisser en suspens « les questions délicates discutées en doctrine qui ont trait, entre autres, à la distinction entre modification contractuelle du régime LPP ou changement unilatéral ». Il a toutefois mis en exergue la nécessité d'une réaction rapide en cas d'opposition à un changement d'institution de prévoyance, relevant que ce n'est pas tant ce changement en soi qui pose problème que la modification des prestations offertes par la nouvelle institution.

III. Analyse

Le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher dans cette affaire la question délicate qui est de déterminer si les cotisations qui auraient dû être payées auprès de l'institution de prévoyance pendant le délai de congé, et dont le travailleur a été privé en raison d'un licenciement immédiat injustifié, font partie du dommage dont l'employeur doit répondre en vertu de l'art. 337c al. 1 CO. Le Tribunal fédéral s'est en effet prévalu d'un état de fait lacunaire en l'espèce.

A ce stade, l'on peut relever que l'opinion de la doctrine, citée par le Tribunal fédéral, selon laquelle le rapport de prévoyance initial devrait être prolongé jusqu'à l'échéance ordinaire, ne

paraît reposer sur aucune base légale. Il faut ainsi écarter cette option, qui permettrait d'imposer à une institution de prévoyance de réaffilier un ancien assuré, le cas échéant à l'issue d'une procédure prud'hommale, des années après que son contrat de travail a pris fin. Rappelons ici que le licenciement immédiat, même injustifié, met fin au contrat de travail en fait et en droit.

La solution qui reviendrait à réaffilier un assuré avec effet rétroactif entraînerait pour le surplus une incertitude juridique insoutenable pour les institutions de prévoyance. Il faut souligner qu'une telle ré-affiliation pourrait avoir des conséquences non seulement en ce qui concerne le montant de la prestation de libre passage, mais encore, selon les cas, ouvrir un droit à des prestations d'invalidité, voire de survivants.

Par ailleurs, si le Tribunal fédéral devait considérer que l'employeur est tenu de réparer le dommage à hauteur des cotisations dont il aurait dû s'acquitter si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé, il resterait encore à déterminer sous quelle forme l'employeur doit indemniser l'employé·e. S'agissant d'une assurance sociale couvrant les conséquences de la vieillesse, de l'invalidité ou du décès, il n'y aurait pas lieu d'octroyer un montant en espèces à ce titre, à tout le moins tant que l'employé·e est soumis·e à la prévoyance professionnelle. Les montants qui seraient octroyés au titre de dédommagement pour la diminution de la prestation de libre passage devront demeurer dans le circuit de la prévoyance professionnelle, que ce soit via un versement à la nouvelle institution de prévoyance à laquelle l'employé·e est désormais assuré·e, ou auprès d'une institution de libre passage auprès de laquelle il·elle aurait ouvert un compte de libre passage. Reste alors la difficulté de s'assurer que la nouvelle institution de prévoyance permette un tel versement, ce qui dépendra notamment de ses dispositions réglementaires.

Par ailleurs, saisi de la question de savoir si un·e employé·e pouvait se prévaloir d'un dommage découlant du fait que l'employeur avait changé d'institution de prévoyance, impliquant une baisse du salaire assuré, le Tribunal fédéral, tout en précisant qu'il ne pouvait trancher la question en l'espèce en raison de l'absence de preuve du dommage, s'est référé aux divers avis doctrinaux en la matière. Or, le Tribunal fédéral a depuis lors rendu, le 5 mai 2020, un arrêt de principe en matière de résiliation d'un contrat d'affiliation à une institution de prévoyance (TF 9C_409/2019 ; publication prévue). Dans cet arrêt, il élève les exigences en matière de consentement préalable des employés, découlant de l'art. 11 LPP. Notamment, le Tribunal fédéral a écarté une obligation à charge des assurés de s'opposer dans un bref délai au changement d'institution de prévoyance. Dès lors, l'argument selon lequel un·e employé·e a tacitement accepté le changement d'institution de prévoyance ne devrait ainsi plus avoir de portée.

Cet arrêt concernait toutefois le cas d'un recours effectué par une institution de prévoyance à l'encontre d'une décision de l'autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance. L'affaire a été portée dans un premier temps devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant la Cour de droit social du Tribunal fédéral. Cette dernière a conclu à la nullité de la résiliation de la convention d'affiliation.

Il paraît ainsi douteux que les principes évoqués dans ledit arrêt puissent ouvrir la porte à des prétentions pécuniaires d'un·e employé·e à l'encontre de son ex-employeur, basées sur la violation par l'employeur de ses obligations contractuelles et déposée devant la juridiction prud'hommale. C'est bien plutôt devant les tribunaux institués par les art. 73 et 74 LPP que

les employé·es devront agir pour faire valoir des prétentions basées sur la violation de l'art. 11 LPP.

En tout état de cause, il faudra suivre attentivement l'évolution de la jurisprudence en matière de prétentions liées à la prévoyance professionnelle dans le contexte d'un licenciement immédiat. De nombreuses questions restent en effet à trancher.