



La protection de la personnalité et la liberté contractuelle – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 4A_651/2017

Elsa Perdaems, collaboratrice scientifique (Unige), candidate au doctorat

I. Objet de l’arrêt

Dans un arrêt TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, le Tribunal fédéral analyse la portée du principe d’égalité de traitement dans le régime juridique des gratifications (art. 322d CO).

II. Résumé de l’arrêt

A. Les faits et la procédure

A. SA engage B. dès le 9 mai 2011. Le contrat prévoit un salaire de 195’000 fr. annuels et une gratification purement facultative – qualification non contestée devant le Tribunal fédéral – dont le versement est conditionné à l’absence de résiliation à la date de paiement du bonus. En décembre 2011, juillet 2012, décembre 2012 et décembre 2013, B. reçoit des montants compris entre 19’000 fr. et 33’000 fr. Selon les courriers joints, ces versements interviennent compte tenu des résultats de la société et de l’appréciation des performances de B. Début janvier 2015, constatant qu’il n’a rien touché pour l’année 2014, B. se renseigne auprès de ses collègues qui confirment tous avoir reçu un bonus.

Le 27 janvier 2015, B. est licencié avec effet au 30 avril 2015 et libéré de son obligation de travailler. A. SA supprime son poste en raison d’une restructuration. L’employeur propose une indemnité de départ de 33’502 fr. qu’il ne versera finalement pas. B. s’oppose formellement au licenciement le 27 février 2015 en contestant les motifs invoqués par A. SA et en réclamant son bonus correspondant à l’année 2014. Sans succès.

Le 22 février 2016, B. intente une action devant le Tribunal des prud’hommes du canton de Genève, lequel rejette la prétention de B. quant au bonus. Le 6 novembre 2017, la Cour de justice du canton de Genève réforme cette décision et accorde à B. la somme de 23’450 fr. à titre de bonus pour l’année 2014, soit 1,4 fois le salaire mensuel de B., conformément à la pratique de l’employeur en 2014, en plus de l’indemnité contractuelle de licenciement de 33’502 fr. L’employeur recourt en matière civile contre cette décision devant le Tribunal fédéral, qui confirme le jugement de l’instance genevoise.

B. Droit applicable

En apparence, le Tribunal fédéral semble essentiellement rappeler sa jurisprudence constante¹. Il réaffirme que le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement, principe général découlant des art. 328 CO et 28 ss CC. Ainsi, « [u]ne décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés ». Il précise en outre que l'exigence de dépréciation de la personnalité ne doit pas nécessairement être ressentie comme telle par la personne concernée². Chose nouvelle, le Tribunal fédéral liste les motifs que l'employeur peut poursuivre par le versement d'une gratification : la récompense du travail accompli, la fidélité de longue date ou encore la motivation pour l'avenir. A ce propos, il rappelle que si la gratification n'est destinée qu'à récompenser l'employé pour le travail effectué, elle ne peut être réduite ou supprimée pour le motif que le contrat a été résilié.

III. Analyse

Tout d'abord, nous examinerons l'analyse du Tribunal fédéral sur les points suivants : l'assiette de comparaison, l'exigence d'une majorité, le sentiment de dénigrement et l'inexistence d'une différence de traitement. Ensuite, nous étudierons les enjeux posés par cet arrêt.

¹ En matière de gratification : ATF 129 III 276, consid. 3.1 (arrêt de principe) ; TF 4C.473/2004 du 6 avril 2005, consid. 3.2 ; TF, 4C.364/2004 du 1er juillet 2005, consid. 3.3.1 ; TF, 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, consid. 7.4 ; TF, 4A_172/2012 et 4A_174/2012 du 22 février 2012, consid. 8.2, JAR 2013, p. 293. En matière d'indemnité de départ : TF, 4A_63/2007 du 6 juin 2007, consid. 4.1. Lire aussi PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Berne 2009, N 1441-1468 ; REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz, *Berner Kommentar. Einleitung und Kommentar zu den art. 319-330b OR*, Berne 2010, ad art. 322d N 9 et art. 328 N 7 ; STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7e éd., Zurich et al. 2012, ad art. 322d N 5 et art. 328 N 12 ; STAEHELIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag. Art. 319-330a OR*, 4e éd., Zurich et al. 2006, ad art. 322d N 12-13 et art. 328 N 10 ; WYLER Rémy, HEINZER Boris, coll. de Mika-Panchaud, *Droit du travail*, 3e éd., Berne 2014, p. 369 ss ; WITZIG Aurélien, *Le renouveau des rémunérations variables*, 2015 Genève, N 396-415 ; DANTHE Marie-Gisèle, ad art. 322d N 25 et art. 328 N 53-58 et DUNAND Jean-Philippe, ad art. 328 N 53-58, in Dunand Jean-Philippe, Mahon Pascal [édit.], *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 ; GEISER Thomas, MÜLLER Roland, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3e éd., Berne 2015, N 402 et 453-463 ; BRUNNER Christiane ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., Lausanne 2010, ad art. 322d N 6 et art. 328 N 8.

² TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, consid. 3.6.2, où le Tribunal fédéral se réfère à l'arrêt TF, 4A_63/2007 du 6 juin 2007, consid. 4.2.

A. Analyse des griefs

1. Assiette de comparaison

Bien souvent, l'analyse d'une inégalité implique la comparaison de situations³. En droit du travail, celle-ci s'opère entre des personnes employées par la même entreprise et en fonction du sens et du but d'une différence de traitement⁴.

In casu, l'entreprise estime qu'il faut comparer la situation de B. à celle des anciens employés licenciés. Le Tribunal fédéral rejette cette opinion pour deux motifs. Premièrement, à la date où les gratifications ont été versées aux collègues de B. (décembre 2014), le contrat de ce dernier n'avait pas encore été résilié (27 janvier 2015). Deuxièmement, lorsque la gratification poursuit l'objectif de récompenser le personnel pour le travail déjà effectué, l'employeur ne peut pas la réduire ou la supprimer.

Le Tribunal fédéral entérine en outre la motivation articulée par la Cour cantonale, qui avait exclu la comparaison avec le directeur et son adjoint. Ces personnes assumaient la responsabilité de distribuer les bonus, dont l'enveloppe avait diminué en 2014. Leur décision de sacrifier leur gratification poursuivait une logique différente que celle de priver de bonus un seul des subordonnés, lequel pouvait induire de cette absence une appréciation négative de ses prestations. Pour la Cour de Justice, il convenait donc d'opérer une comparaison entre B. et ses collègues directs. Or, la différence de traitement consistant à verser un bonus à tous les collègues de B., mais d'en priver ce dernier, ne se justifiait aucunement, puisque l'employeuse ne formulait aucun reproche quant au travail fourni par B.

2. Exigence d'une majorité de collègues favorisés

Le Tribunal fédéral confirme ici la position de la jurisprudence et la doctrine majoritaire, qui conditionnent la protection de l'égalité de traitement à l'existence d'une dépréciation de la personne *par comparaison à la majorité* des collègues⁵. A cet égard, PÄRLI distingue deux hypothèses⁶ (cf. p. 6). Soit une inégalité repose sur un critère discriminatoire et PÄRLI ne peut pas croire que le Tribunal fédéral entérine une politique d'*apartheid* en entreprise, que cette dernière vise une minorité ou une majorité. Compte tenu du principe général d'interdiction des discriminations concrétisé par des dispositions de droit privé suisse⁷, il appelle ainsi la haute juridiction à préciser sa jurisprudence en condamnant toutes les discriminations, peu importe la proportion du personnel visée⁸. Soit une inégalité se rattache à un critère non discriminatoire et seule s'applique l'égalité de traitement, selon le régime défini par la jurisprudence actuelle.

³ TF, 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, consid. 9.7 : « Die Verweigerung der Zahlung eines Bonus an eine bestimmte Person unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung [ist] nur dann relevant, wenn gleiche Umstände vorliegen. » Lire aussi KLEBER Eleonor, *La discrimination multiple*, Genève et al. 2015, p. 430 ss, critique sur la nécessité d'une comparaison.

⁴ REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz, *Op. cit.*, ad art. 328, p. 465 N 7. Le Tribunal fédéral a exclu la similitude des situations lorsque la partie employeuse verse un bonus à des personnes employées sur un site en voie de fermeture afin de les maintenir motivées, mais pas au collaborateur muté en Allemagne : TF, 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.4, JAR 2014 p. 157.

⁵ Voir notamment STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger, *op. cit.*, ad art. 322d CO N 5 p. 343 ; REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz, *op. cit.*, ad art. 322d, N 9 p. 290 ; WITZIG Aurélien, *op. cit.*, N 401, qui traduit cette règle par l'idée que l'employeur peut avoir quelques « chouchous », mais pas un « bouc émissaire ».

⁶ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1456.

⁷ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, p. 502 ss ; WITZIG Aurélien, *op. cit.*, N 378.

⁸ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1452 et 1464.

Or, l'employeur contestait l'ampleur de l'échantillon de comparaison, formé à partir des cinq personnes de l'équipe de B. Selon lui, l'assiette serait trop faible, parce que la jurisprudence exige un grand nombre d'employés favorisés. Le Tribunal fédéral rétorque qu'en l'espèce, les collègues directs de B. offrent une référence tout à fait pertinente pour examiner l'inégalité, ce d'autant que l'employeur ne démontre pas qu'un grand nombre des personnes employées dans d'autres départements n'auraient pas reçu de gratification. Il ne revient pas sur la distinction proposée par PÄRLI, sans qu'on ne puisse en tirer de conclusions, puisque l'affaire n'implique aucun critère discriminatoire.

3. Sentiment de dénigrement

L'arrêt répond ensuite au moyen de fait soulevé par l'employeur, qui dénonce l'absence de dénigrement ressenti par B. après l'absence de versement du bonus, que l'employé aurait attribué à une omission. Le Tribunal fédéral précise qu'il faut rechercher l'existence d'un caractère blessant de l'inégalité de manière *objective*, indépendamment du ressenti de la personne concernée. Ainsi, il semble moins s'intéresser aux motifs de l'employeur qu'au respect de la personnalité (cf. p. 7, B.2).

4. Inexistence d'une différence de traitement

Enfin, l'employeur se trompe, aux yeux du Tribunal fédéral lorsqu'il inclut la prime de départ dans l'analyse d'une différence de traitement. Cette somme, versée pour compenser le licenciement, poursuivait un but différent de celui de rémunérer B. pour le travail fourni en 2014.

B. Enjeux de l'arrêt

1. Liberté contractuelle versus protection de la personnalité

Traditionnellement, l'ordre juridique suisse consacre l'autonomie privée comme « l'un des principaux piliers des libertés fondamentales garanties par le droit privé »⁹ qui prime le droit à l'égalité¹⁰, à défaut de loi générale sur le sujet en droit suisse¹¹, sous réserve des normes juridiques instaurant une interdiction impérative de la discrimination, par exemple l'art. 3 LEg¹². Ainsi, le travailleur qui « négocie de manière moins habile qu'un autre » doit, « en principe, se contenter de conditions de travail moins intéressantes »¹³. L'employeur peut quant à lui choisir de privilégier ou de désavantager certaines personnes qu'il emploie¹⁴. Dans ce contexte, lorsque le Tribunal fédéral qualifie un bonus, il observe en tout premier lieu la

⁹ ATF 129 III 276, JdT 2003 I p. 346, consid. 3.1. Frank VISCHER justifie cet attachement par la flexibilité et la fluidité du marché du travail qu'il apporte, contribuant ainsi à contenir le chômage « Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers », recht 2006 p. 112-116, 112. Cf. également le rejet des initiatives populaires « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) » (18 mai 2014) et « 1:12 – Pour des salaires équitables » (24 novembre 2013).

¹⁰ DUNAND Jean-Philippe, ad art. 328 N 53-58 ; PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, op. cit., N 623 et 1444 ; REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz, op. cit., ad. art. 328 N 8 p. 465 ; STAEHELIN Adrian, op. cit., ad art. 322d N 13 ; WYLER Rémy, HEINZER Boris, op. cit., p. 369 ; PORTMANN Wolfgang, RUDOLPH Roger, ad art. 328 N 30, in Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang [édit.], *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6e éd., Bâle 2015.

¹¹ STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger, op. cit., ad art. 328 N 12.

¹² Lire LEMPEN Karine, ad art. 3 LEg N 7, respectivement N 11 ss, in AUBERT Gabriel, LEMPEN Karine [édit.], *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011, qui explique les motifs très limités invocables pour justifier une différence de traitement.

¹³ ATF 129 III 276, JdT 2003 I p. 346, consid. 3.1.

¹⁴ TF, 4C.364/2004 du 1er juillet 2005, consid. 3.3.1.

volonté des parties¹⁵. En outre, il accorde une protection restrictive aux très hauts revenus, déterminés de manière large¹⁶, en les excluant de la condition de l'accessoriété¹⁷.

L'art. 328 CO peut toutefois restreindre l'autonomie privée, quoique de manière très limitée¹⁸, lorsqu'une décision porte atteinte à la personnalité de la personne salariée¹⁹. La raison d'être de ce rempart tient au rapport de force inégal entre les parties au contrat de travail²⁰.

Selon le Tribunal fédéral, « la jurisprudence déduit un principe général de droit à l'égalité de traitement » qui permet de sanctionner les atteintes à la personnalité²¹. La doctrine emploie des termes plus nuancés, reflets de la portée limitée que notre Haute cour confère elle-même en pratique²². En effet, s'il existe sans conteste un principe général de protection de la personnalité en droit privé suisse (art. 27/28 ss CC)²³, la doctrine exclut majoritairement, à ce jour, l'existence d'un principe général d'égalité de traitement dans les relations de travail²⁴ et limite son application aux prestations discrétionnaires – dont les gratifications – et au pouvoir de directive de l'employeur²⁵. En dehors de ces cas, qui concernent en réalité la « *liberté de l'employeur d'user de son pouvoir de directive* »²⁶, le Tribunal fédéral consacre selon elle le règne de la liberté contractuelle, exclusivement limitée par l'art. 27 II CC ou encore les normes spéciales de protection contre le licenciement abusif (art. 336 ss, 5, 9 et 10 LEg), notifié en temps inopportun (art. 336c CO) ou avec effet immédiat sans juste motif (art. 337 ss CO).

Un courant doctrinal se distancie d'une vision antinomique de l'égalité de traitement et de la liberté contractuelle. Il distingue égalité de traitement, égalité et non-discrimination et considère que l'interdiction de la discrimination offre au contraire un contrefort à la liberté contractuelle, dans la mesure où les personnes ne peuvent jouir de leur liberté qu'en l'absence de discriminations²⁷. Reconnue de la *même* manière à toute personne humaine, la dimension

¹⁵ ATF 129 III 276, JdT 2003 I p. 346, consid. 2.

¹⁶ TF, 4A_557/2015 du 22 juin 2016 ; DIETSCHY-MARTENET Patricia, « Bonus et très haut revenu : du nouveau ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2015 », Newsletter DroitDuTravail.ch août 2016.

¹⁷ Selon AUBERT, « les bénéficiaires de gratification sont en général des employés très qualifiés, capables de comprendre la réserve figurant dans leur contrat et de relire celui-ci en cas de doute » ; AUBERT Gabriel, ad art. 322d N 13, *op. cit.*, suivi par le Tribunal fédéral qui considère qu'en cas de très hauts revenus, « il n'y a pas [...] de besoin de protection du travailleur », cf. ATF 141 III 407, consid. 4.3.2. et 5.3.1 ; TF, 4A_714/2016 du 29 août 2017, consid. 3.3.1 ; TF, 4A_290/2017 du 12 mars 2018, consid. 4.1.4.2 ; TF, 4A_463/2017 du 4 mai 2018, consid. 3.1.4.2.

¹⁸ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1443 ; PORTMANN Wolfgang, RUDOLPH Roger, ad art. 328 N 29, *op. cit.*

¹⁹ GEISER Thomas, MÜLLER Roland, *op. cit.*, N 454 : « der Persönlichkeitsschutz wirkt als *Schranke* zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin (vgl. Art. 321d OR) » (nos italiques). Selon Pierre TERCIER, « la personnalité est au centre de tout l'ordre juridique », *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, N 118.

²⁰ GABUS Pierre, ROHMER Sandrine, « Bonus et hauts salaires : liberté contractuelle ou protection du travailleur ? », SJ 2014 II p. 219, 221.

²¹ TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, consid. 3.3.

²² DUNAND Jean-Philippe, ad art. 328 N 54, *op. cit.* ; WYLER Rémy, HEINZER Boris, *op. cit.*, p. 371 (pour qui l'égalité de traitement n'est pas un principe autonome dans le droit privé et ne s'applique qu'en dehors des accords négociés par les parties).

²³ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1300 ; WITZIG Aurélien, *op. cit.*, N 379.

²⁴ STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger, *op. cit.*, ad art. 328 N 12 et les références citées.

²⁵ REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz, *op. cit.*, ad art. 322d, N 9 p. 290 et art. 328 N 8 ; WYLER Rémy, HEINZER Boris, *op. cit.*, p. 370-371 ; et les références citées ici : PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1444, en particulier les notes 2915 à 2918, ainsi que N 1454.

²⁶ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1454.

²⁷ AUBERT Gabriel, « Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale », PJA 1992 p. 572, 573, qui privilégie ailleurs « la volonté des parties dans la mesure compatible avec le droit impératif », in AUBERT Gabriel, ad art. 322d N 13, in Thévenoz Luc, Werro Franz [édit.], *Commentaire romand du Code des*

universelle de la liberté, qu'elle soit personnelle ou économique par exemple, implique que son exercice effectif ne peut constituer l'apanage d'un cercle limité de personnes.

Cette tendance doctrinale considère le champ d'application de l'égalité de traitement dans les rapports de travail moins restreint qu'il n'y paraît, parce que le législateur a concrétisé cette protection dans des normes de large portée précédemment citées²⁸.

Or, le Tribunal fédéral a récemment apporté une limite significative à la liberté des employeurs de résilier le contrat de travail de leurs employés âgés²⁹ qui cautionne l'existence d'un principe général d'interdiction des discriminations. En effet, la jurisprudence tient compte des difficultés de ces derniers sur le marché du travail causées par leur âge³⁰. Or, dans une affaire où le caractère abusif de la résiliation découlait non pas de son motif, mais de la manière de licencier, donc *en dehors* d'un cas d'abus prévu par la loi³¹, le Tribunal fédéral a imposé une obligation accrue de protection de la personnalité des personnes salariées âgées³². En revanche, on ne peut en dire de même à l'égard du principe d'égalité de traitement : à ce jour une jurisprudence cantonale a exclu son application dans le droit du licenciement³³. Face à cette lacune, PÄRLI estime qu'il existe déjà de nombreuses limites à la liberté dans le cadre des prestations contractuelles, à l'instar des limites posées par les art. 19/20 CO et 27 II CC³⁴ et qu'il convient d'étendre l'égalité de traitement aux obligations contractuelles³⁵.

obligations, Vol. I, Art. 1-529 CO, 2e édition, Bâle 2012 ; PÄRLI Kurt, « Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung », DTA 2018 p. 1-12, p. 5 et PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, op. cit.* ; WITZIG Aurélien, *op. cit.*, N 378.

²⁸ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, op. cit.*, N 1443 ; GEISER Thomas, « Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? », in BECKER Jürgen et al., *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes : Festschrift für Manfred Rehbinder*, Munich et al. 2002, p. 38 et 39 ss.

²⁹ TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, DTA 2014 p. 263, JAR 2015 p. 35.

³⁰ TF, 8C_59/2018 du 19 juillet 2018, consid. 4 ; TF, 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017, consid. 3.5.3 ; TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2, 4.2.2 et 5.2 ; TF, 4A_183/2012 du 22 février 2012, consid. 4.4, JAR 2013 p. 345 ; TF, 4A_60/2009 du 3 avril 2009, consid. 3, TF, 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, consid. 2.7 et particulièrement ATF 132 III 115, consid. 2.4 et 5.5.

³¹ La protection découle alors de l'interprétation téléologique de l'art. 336 CO en tant que concrétisation de l'art. 2 CC, TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.1, DTA 2014 p. 263, JAR 2015 p. 35.

³² TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2.2, DTA 2014 p. 263, JAR 2015 p. 35 : « Dabei spielt das fortgeschrittene Alter eines Arbeitnehmers mit langer Dienstzeit eine massgebliche Rolle. Für diese Arbeitnehmerkategorie gilt eine erhöhte arbeitgeberische [...]. Daraus ist zu schliessen, dass bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken ist. Er hat namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Ein absoluter Kündigungsschutz für diese Kategorie von Arbeitnehmenden besteht indes dennoch nicht, würde ein solcher doch das Prinzip der Kündigungsfreiheit grundsätzlich in Frage stellen. ». Cf. également VISCHER Frank, *Op. Cit.*, p. 113 ; PÄRLI Kurt, « Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung », DTA 2018 p. 1-12, p. 10-11 ; HUMBERT Denis J., « Die Alterskündigung », AJP 2015 p. 868 ; STÖCKLI Jean-Fritz, « Missbräuliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers », DTA 2015 p. 17 ; BRUN POGGI Stéphanie, « L'employeur doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », in Wyler Rémy [édit.], *Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, IDAT, Berne 2017, p. 443 ss.

³³ Décision saint-galloise, JAR 2009 p. 579 : trois collaborateurs avaient commis la même faute, un seul avait été licencié avec effet immédiat.

³⁴ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, op. cit.*, N 1468.

³⁵ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, op. cit.*, N 1460.

2. Marge de manœuvre concédée à l'employeur

Jusqu'ici, le courant qui prédomine, sans être uniforme³⁶, veut que l'employeur soit libre de déterminer les motifs pertinents propres à justifier une différence de traitement³⁷. Plusieurs opinions relèvent la complaisance excessive de cette approche, qui laisse à la partie intimée le soin de définir les critères d'après lesquels elle sera jugée, et propose par conséquent d'appliquer les critères qu'un employeur raisonnable aurait définis³⁸.

Selon certains arrêts et une partie de la doctrine, l'employeur peut prendre des décisions arbitraires, sous réserve d'adopter une attitude entraînant le dénigrement d'une personne employée³⁹. D'autres auteurs, plus nuancés, requièrent l'usage de « critères objectifs applicables à tous »⁴⁰. PÄRLI, rappelle l'application, en sus de l'art. 328 CO, des dispositions générales limitant la liberté contractuelle (art. 19 et 20 CO *cum* 27 II CC), de sorte que le Tribunal fédéral ne peut accorder à l'employeur la liberté de se rattacher à n'importe quel motif⁴¹.

Or, le Tribunal fédéral ne semble pas insensible à ces opinions. Dans son arrêt 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, il limite la liberté contractuelle de l'employeur de définir les critères pertinents à ceux qui se montrent reconnaissables, non arbitraires, respectueux de la personnalité et licites⁴². Un arrêt de 2011 considère en outre que la large marge de manœuvre de l'employeur s'arrête aux décisions arbitraires – « *aus sachfremden Gründen* »⁴³. Dans un arrêt de 2012, il exige « des motifs économiques à même de justifier la décision de l'employeur »⁴⁴. Dans l'arrêt qui nous occupe ici, le Tribunal fédéral dresse la liste, exemplative, des motifs que l'employeur peut invoquer, tels que la récompense du travail fourni, la fidélité, la motivation⁴⁵. Il accorde ainsi une place grandissante à l'interdiction de l'arbitraire dans les rapports de travail.

3. Transparence

Le Tribunal fédéral rappelle qu'en cas de résiliation des rapports de travail, l'employeur ne peut pas réduire ou supprimer les gratifications versées afin de récompenser le travail du personnel⁴⁶. L'objectif d'une gratification engendre donc des conséquences notables sur le droit au versement. Ainsi, moins une entreprise communique sur sa politique de rémunération, plus le personnel peut rencontrer des difficultés à démontrer qu'un objectif

³⁶ WITZIG Aurélien, *op. cit.*, N 412.

³⁷ WYLER Rémy, HEINZER Boris, *op. cit.*, p. 373 ; STAEHELIN Adrian, *op. cit.*, ad art. 322d N 13 ; PORTMANN Wolfgang, RUDOLPH Roger, ad art. 328 N 33, *op. cit.* ; DUNAND Jean-Philippe, ad art. 328 N 55, *op. cit.*

³⁸ PORTMANN Wolfgang, RUDOLPH Roger, ad art. 328 N 34, rejoint par PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1455.

³⁹ « Décider soi-même des critères jugés pertinents fait partie de l'essence même de la liberté contractuelle et de l'autonomie privée », ATF 129 III 276, JdT 2003 I p. 346, consid. 3.1. Voir aussi TF, 4C.364/2004 du 1^{er} juillet 2005, consid. 3.3.1. : « [Es besteht] kein Anspruch auf eine willkürfreie Entscheidung über die Bonuszahlung [...] und [es kann] sich ein Bonusanspruch höchstens aus dem Diskriminierungsverbot [...] ergeben » ; En particulier WYLER Rémy, HEINZER Boris, *op. cit.*, p. 373 ; DUNAND Jean-Philippe, ad art. 328 N 54, *op. cit.* ; STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger, *op. cit.*, ad art. 322d CO N 5 p. 343 et N 12 ; STAEHELIN Adrian, *op. cit.*, ad art. 322d N 13.

⁴⁰ BRUNNER Christiane ET AL., ad art. 322d N 6 et art. 328 N 8.

⁴¹ PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit*, *op. cit.*, N 1452.

⁴² Consid. 4.1.

⁴³ TF, 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, consid. 9.6.

⁴⁴ TF, 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.4, JAR 2014 p. 157.

⁴⁵ TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, consid. 3.3 *in fine*.

⁴⁶ TF, 4A_651/2017 du 4 avril 2018, consid. 4.4.

poursuivi lui confère un droit. De toute évidence, les informations communiquées par une entreprise en matière de rémunération servent la cause de la protection contre la discrimination (cf. art. 6 LEg). En effet, la transparence constitue un outil primordial de lutte contre les inégalités, en particulier contre les discriminations, ce que l'Union européenne a d'ores et déjà assimilé au point d'inciter ses États-membres à adapter leur législation⁴⁷.

IV. Conclusion : vers une protection accrue de la personnalité ?

Le Tribunal fédéral a adopté, au cours des dernières années, quelques décisions hautement symboliques et audacieuses, qui s'orientent vers un accroissement de la protection de la personne salariée dans la vie professionnelle⁴⁸. Assurément, la validation d'une loi cantonale sur le salaire minimum⁴⁹, l'application du régime de protection de la personnalité aux rapports précontractuels⁵⁰ ou l'instauration d'un régime de protection accrue des travailleurs âgés licenciés repoussent les limites de la liberté contractuelle.

Toutefois, gardons-nous de conclusions trop hâtives. En particulier, le Tribunal fédéral a récemment choisi d'aller à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et de certains tribunaux cantonaux. Celle-ci interprète la notion de « lieu de travail » prévu par l'art. 4 LEg comme interdisant tout harcèlement produisant un impact négatif sur les rapports de travail⁵¹. Au contraire, le Tribunal fédéral a considéré que les propos d'un collaborateur, à l'occasion d'un pot de départ se déroulant dans un bar et demandant qui, parmi l'assemblée « prendrait [cette collègue] à quatre pattes sur la table d'audit », n'étaient pas proférés sur le lieu de travail⁵².

En ce qui concerne l'arrêt qui nous occupe ici, il faut reconnaître que l'employé n'appartient pas à une catégorie de travailleurs exposée à la précarité⁵³. Au contraire, les ajustements en apparence légers qu'y formule le Tribunal fédéral dépassent largement ce cas d'espèce. On y lit que la dichotomie traditionnelle entre la liberté contractuelle et la protection de la personnalité n'est pas statique ; le Tribunal fédéral conçoit de moins en moins la deuxième comme une limite à la première et accorde au contraire une autonomie grandissante à la protection de la personnalité. Ainsi, notre Haute cour tient compte des réalités sociales et économiques et semble encline à corriger, aussi peu que possible, mais autant que nécessaire, les déséquilibres typiques de notre société contemporaine.

⁴⁷ AUMAYR-PINTAR Christine, GUSTAFSSON Anna-Karin, SAVOLAINEN Anna, JORGENSEN Carsten, *Pay transparency in Europe : First experiences with gender pay reports and audits in four Member States*, 7 février 2018 (https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18004en.pdf) ; VELDMAN Albertine, *Pay transparency in the EU. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Lichtenstein and Norway*, European Commission, avril 2017.

⁴⁸ Jurisprudence relative au devoir accru de protection de la personnalité des travailleurs âgés, TF, 4A_384/2014 du 12 novembre 2014 ainsi que celle afférente au salaire minimum cf. TF, 2C_774/2014 du 21 juillet 2017.

⁴⁹ ATF 143 I 403.

⁵⁰ TF, 2C_103/2008 du 30.06.2008, consid. 6.1 : « les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels ». Contra, PORTMANN Wolfgang, RUDOLPH Roger, ad art. 328 N 35.

⁵¹ LEMPEN Karine, « Le point sur la loi fédérale sur l'égalité », RFJ 2013 p. 261, 278.

⁵² Cf. http://www.leg.ch/jurisprudence/arret/tf_vd_31.1.2018, et la présentation de LEMPEN Karine relative à l'arrêt (VD) 31.1.2018, confirmé par le TF dans un arrêt 4A_124/2017 du 31 janvier 2018.

⁵³ Son revenu annuel de plus de 220'000 fr. se situe entre 70'800 et 354'000 fr., cf. TF, 4A_714/2016 du 29 août 2017, consid. 3.3.3.