

**Tribunal fédéral – 4A\_63/2016**

**Ire Cour de droit civil**

**Arrêt du 10 octobre 2016 (f)**

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

Aurélien Witzig, L'obligation de production de l'employeur et la protection des données des travailleurs ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2017

**Newsletter janvier 2017**

Procédure ; protection  
des données

**Art. 322a, 328b CO ;  
art. 163 CPC ; art. 2 LPD**



## L'obligation de production de l'employeur et la protection des données des travailleurs ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2016

Aurélien Witzig, docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et de Genève

### I. Objet de l'arrêt

Lorsqu'il intente une action en paiement non chiffrée en faisant valoir qu'il lui manque diverses pièces pour déterminer précisément la rémunération variable contractuelle à laquelle il prétend, un travailleur est en droit de demander la production de fiches de salaire et du calcul des bonus d'autres employés, dès lors que l'étude de tels documents lui permettrait de mieux comprendre la manière dont les bonus sont calculés au sein de l'entreprise.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Le contrat de travail d'un employé avait prévu que ce dernier serait « intégré » dans un système de calcul de bonus, lequel serait défini par convention séparée.

Ladite convention réglait en son art. 1 le droit de l'employé à un bonus annuel, lequel correspondait à une part proportionnelle du profit généré par l'unité opérationnelle au sein de laquelle il devait exercer son activité. Dans un premier temps (selon l'art. 2 de la convention), le bonus revenant à cette unité dans son ensemble devait être calculé selon une formule décrite dans des annexes et sur la base de différentes variables. 80 % du montant ainsi déterminé était réputé garanti, le solde pouvant être distribué – ou non – de façon discrétionnaire. Dans un second temps (selon l'art. 3 de la convention), la part du montant garanti revenant à chaque employé de l'unité était déterminée selon une formule décrite dans une annexe.

La convention de bonus n'avait jamais été appliquée, en ce sens qu'aucun bonus calculé selon ses dispositions n'avait jamais été attribué à l'employé.

L'employé a saisi les prud'hommes genevois, expliquant ne pas avoir reçu de calcul de bonus ni d'autres données chiffrées permettant de déterminer le montant qui lui était dû à titre de bonus ; aussi a-t-il conclu au paiement d'un montant minimal d'environ 800'000 francs, établi sur la base de suppositions, conformément à l'art. 85 al. 1 CPC.

Pour préciser ses conclusions, l'employé demandait la production de divers titres, dont des certificats de salaire et des justificatifs de bonus pour les années pertinentes concernant cinq autres employés de la banque, soit trois membres de son unité opérationnelle, un collaborateur des ressources humaines et un membre du comité exécutif.

Les juridictions cantonales ont enjoint à l'employeuse de produire les certificats de salaire et les lettres ou documents attestant le montant du bonus et sa méthode de calcul s'agissant des cinq collaborateurs mentionnés par le demandeur. L'employeuse était autorisée à caviarder les documents afin de ne faire apparaître que ce qui concernait le montant du bonus.

Le Tribunal fédéral confirme la position des instances cantonales.

## **B. Le droit**

Du point de vue procédural, le Tribunal fédéral indique tout d'abord que, *prima facie*, un recours immédiat fondé sur l'art. 93 LTF semble pouvoir être interjeté même lorsque le risque de préjudice irréparable menace des tiers (en l'espèce d'autres travailleurs) et non le recourant lui-même (à savoir l'employeur) (cons. 1.2).

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral traite de la demande de production faite par l'employé. En l'espèce, ce dernier a intenté une action en paiement non chiffrée en faisant valoir qu'il lui manquait diverses pièces pour déterminer précisément le bonus auquel il prétend sur une base contractuelle. Dès lors que les conditions d'une action non chiffrée sont réalisées, l'administration des preuves – telles que la demande de production de fiches de salaire et de calcul des bonus – est licite (cons. 2.3).

Le Tribunal fédéral précise ensuite qu'une demande de production de certificats de salaire et de lettres attestant le montant du bonus et sa méthode de calcul se justifie même à l'égard d'employés non membres de l'équipe de l'employé requérant, dans la mesure où il s'agit de mieux comprendre la manière dont les bonus sont calculés au sein de l'entreprise (cons. 3.2).

D'ailleurs, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 125 CPC (simplification du procès, en l'occurrence limitation de la procédure à la question du droit au bonus) (cons. 4.2).

Concernant la protection de la personnalité des employés dont la production des fiches de salaire est requise, le Tribunal fédéral constate que l'art. 328b CO renvoie à la LPD tout en précisant que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Toutefois, la LPD ne s'applique pas aux procédures civiles pendantes (art. 2 al. 2 let. c LPD). Selon la jurisprudence, les règles spéciales de la procédure assurent déjà suffisamment la protection de la personnalité. Il s'agit en outre d'éviter un conflit de normes (cons. 5.2.2).

Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 322a al. 2 CO oblige l'employeur à laisser le travailleur consulter ses livres de comptabilité dans la mesure nécessaire. L'employeur doit certes protéger et respecter la personnalité des travailleurs (selon l'art. 328 CO), mais cette obligation ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers. Ainsi, l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur, dans la mesure où le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre. La consultation de la comptabilité, garantie par l'art. 322a CO au travailleur partie à la procédure, implique d'ailleurs la divulgation de ces informations.

En l'occurrence, les documents requis sont nécessaires pour fixer le montant dû à l'employé à titre de participation aux bénéfices.

Point n'est besoin de déterminer si les documents litigieux sont « protégés par la loi » au sens de l'art. 163 al. 2 CPC (ce qui autoriserait un refus de collaborer de la part de l'employeur). En effet, si tel devait être le cas, il faudrait de toute façon admettre, à l'instar de la Cour de justice, un intérêt prépondérant du demandeur à la manifestation de la vérité (cons. 5.3 et 5.4).

### III. Analyse

Il est admis par la jurisprudence, depuis un certain temps déjà, que l'employeur a l'obligation de répondre à l'injonction du juge lui ordonnant de produire les pièces nécessaires à l'établissement de la rémunération variable du salarié. Cette obligation découle logiquement du caractère contractuel de la rémunération concernée<sup>1</sup>. Elle est d'ailleurs ancrée dans la loi aux art. 322a et 322c CO.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de rejeter l'argument selon lequel la production des pièces par l'employeur faciliterait un éventuel débauchage de certains de ses salariés par des employeurs tiers. En effet, rien n'empêche un salarié contacté par un employeur tiers de divulguer à ce dernier la rémunération qu'il perçoit<sup>2</sup>.

D'ailleurs, le fait pour un salarié de connaître la rémunération des autres salariés d'une entreprise n'est pas un secret d'affaires au sens de l'art. 340, al. 2 CO<sup>3</sup>, ni au sens de l'art. 321a, al. 4 du même code<sup>4</sup>. Plus généralement, il n'existe aucune obligation légale pour un salarié de taire le montant de sa rémunération<sup>5</sup>. La tendance actuelle est plutôt à la transparence des rémunérations, comme en témoignent par exemple les recommandations des codes de bonnes pratiques<sup>6</sup>.

C'est dans cette lignée que se place l'arrêt ici commenté. Il met en évidence deux éléments : la production des éléments permettant de déterminer la rémunération variable

---

<sup>1</sup> TF, 8 juin 2010, 4A\_195/2010, cons. 2.3 ; DANTHE, in Dunand/Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N 11 ad art. 322a CO.

<sup>2</sup> TF, 8 juin 2010, 4A\_195/2010, cons. 2.3.

<sup>3</sup> TF, 11 août 2010, 4A\_283/2010, cons. 2.3 ; pour plus de détails, cf. WITZIG, « "Secrets de fabrication" et "secrets d'affaires" (art. 340 CO) », in : Wyler (éd.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, pp. 247 ss.

<sup>4</sup> STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Zurich 2012, N 2 ad art. 322 CO.

<sup>5</sup> TF, 14 décembre 1994, JAR 1995. 214.

<sup>6</sup> Cf. par exemple la motion n° 11.3517 introduite le 14 juin 2011 par Silvia Schenker « Lohntransparenz schaffen ».

contractuelle est une question procédurale avant tout (1) ; la personnalité des autres travailleurs n'est pas violée du seul fait de la production de leurs fiches de salaires (2).

### 1. La production des éléments permettant de déterminer la rémunération variable contractuelle : une question procédurale

Le Tribunal fédéral traite la question de la production des éléments permettant de déterminer la rémunération variable contractuelle sous un angle avant tout procédural : ni l'art. 328b CO ni la LPD ne sont concernés.

La lettre de l'art. 328b CO, qui énonce que « l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail » ne se rapporte effectivement pas à la question qui nous intéresse dans cette affaire. Il n'y est pas reproché à l'employeur de traiter des données qu'il n'aurait pas le droit de traiter.

Quant à la LPD, son régime lui-même prévoit son inapplicabilité aux « procédures civiles pendantes » (art. 2, al. 2, c LPD). Cette limitation du champ d'application de la LPD est logique si l'on considère que le droit à la manifestation de la vérité, dans le cadre d'une procédure judiciaire placée sous le contrôle de magistrats, est un droit primordial.

Reste donc à se tourner vers les principes procéduraux. En cette matière, importe surtout le refus de collaborer qu'une partie à la procédure peut invoquer sur le fondement de l'art. 163 CPC : « Une partie peut refuser de collaborer : a. lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile ; b. lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du code pénal (CP) ; les réviseurs sont exceptés ; l'art. 166, al. 1, let. b, in fine, est applicable par analogie. (al. 1) Les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. (al. 2) » En effet, selon le Tribunal fédéral, « dans le procès civil pendant, la communication de données relève de l'art. 163 CPC » (cons. 5.4).

La question qui se posait en l'espèce était de savoir si l'employeur n'était pas le « dépositaire d'un secret protégé par la loi », autrement dit l'obligation de protection de la personnalité des travailleurs n'interdisait-elle pas la production de leurs fiches de salaire ?

### 2. La protection de la personnalité des autres travailleurs : une absence de violation du seul fait de la production de leurs fiches de salaires

L'angle sous lequel la personnalité du travailleur est ici mise en jeu est la protection de sa vie privée. Elle se heurte à un autre principe légal reconnu – le droit du travailleur d'obtenir les renseignements nécessaires au calcul de sa rémunération variable et de consulter les livres de comptabilité – (a), sans être prépondérante par rapport à la manifestation de la vérité judiciaire (b).

#### a. Le droit du travailleur d'obtenir les renseignements nécessaires au calcul de sa rémunération variable et de consulter les livres de comptabilité

L'art. 322a CO dispose, sans ambiguïté : « L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, un expert désigné en commun ou par le juge ; il

autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige. (al. 2) Si une participation aux bénéficiaires de l'entreprise est convenue, une copie du compte de résultat est en outre remise au travailleur qui le demande. (al. 3) ».

Notons que la loi ne contraint l'employeur à fournir au salarié que les « renseignements nécessaires » : le droit de regard du salarié ne peut pas être supérieur à l'obligation de renseigner de l'employeur<sup>7</sup>. Il se rapporte donc au calcul de sa rémunération variable contractuelle.

### b. Le caractère prépondérant de la manifestation de la vérité judiciaire sur l'obligation de protection de la vie privée des travailleurs

Si l'employeur doit protéger et respecter la personnalité des travailleurs, cette obligation ne saurait faire obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers, dans la mesure où le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre.

Le Tribunal fédéral juge ainsi que le respect de son obligation contractuelle par l'employeur surpasse la protection de la vie privée des autres travailleurs. Cette dernière n'est de toute façon que peu protégée en droit du travail suisse. Le caviardage des fiches de salaire, autorisé par le Tribunal des prud'hommes, « afin de ne faire apparaître que ce qui concerne le montant du bonus », représente une certaine garantie en faveur des autres travailleurs (même si le petit nombre de collaborateurs concernés n'empêcherait peut-être pas en l'espèce une certaine identification).

### 3. Rappel de bon sens à l'attention des rédacteurs de plans de rémunérations variables

De nombreux litiges autour des rémunérations variables proviennent de ce qu'une ambiguïté est (parfois volontairement) maintenue sur la nature de l'élément de rémunération qui est indiquée au travailleur. Il faut rappeler qu'il existe deux sortes de rémunérations : les rémunérations discrétionnaires et les rémunérations contractuelles. Or, si une rémunération discrétionnaire ne procure pas une prétention juridique au travailleur, il en va différemment d'une rémunération contractuelle.

Promettre un élément de rémunération implique du même coup l'acceptation de devoir justifier du calcul de son montant. En l'espèce, le refus de l'employeur non seulement d'octroyer l'élément de rémunération promis mais également d'expliquer comment les bonus étaient calculés l'a logiquement mené à une impasse procédurale.

---

<sup>7</sup> Pour plus de détails, cf. WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève 2015, pp. 208-209.