



RAPPORT DE Mme TECHER, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 529 du 11 mai 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-25.136

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 09 septembre 2021

**La société TP ICAP Europe
C/
M. [U] [W]**

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [W] a été engagé à compter du 1^{er} janvier 2016 par la société Tullet Prebon, aux droits de laquelle se trouve la société TP ICAP Europe, en qualité d'opérateur sur marchés financiers.

Le salarié a donné sa démission le 16 mars 2017.

L'employeur a saisi la juridiction prud'homale le 12 septembre 2017 de diverses demandes de nature salariale et indemnitaire.

Par jugement du 17 septembre 2018, le conseil de prud'hommes de Paris a :

- condamné le salarié à payer à l'employeur diverses sommes à titre de remboursement de prime d'arrivée au prorata et de dommages-intérêts pour résistance abusive, ainsi qu'en application de l'article 700 du code de procédure civile,

- rejeté le surplus des demandes de l'employeur et la demande reconventionnelle du salarié,
- condamné le salarié aux dépens.

Par arrêt du 9 septembre 2021, la cour d'appel de Paris a :

- confirmé le jugement en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande au titre d'une retenue,
- infirmé le jugement pour le surplus,
- statuant à nouveau, débouté l'employeur de ses demandes, ordonné à ce dernier de remettre au salarié un solde de tout compte, sans astreinte, dit n'y avoir lieu à l'application de l'article 700 du code de procédure civile et condamné l'employeur aux dépens d'appel.

L'employeur a formé un pourvoi le 7 décembre 2021.

Le 7 avril 2022, il a déposé un mémoire ampliatif qui a été signifié le 21 avril 2022 au salarié et dans lequel il conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt, demande que l'affaire soit réglée au fond par la confirmation du jugement, et réclame la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 21 juin 2022, le salarié a déposé un mémoire en défense qui a été notifié le même jour à l'employeur et dans lequel il conclut au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de ce dernier à lui payer la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure apparaît régulière en la forme et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen unique divisé en trois branches, l'employeur fait grief à l'arrêt de le débouter de l'intégralité de ses demandes et de lui ordonner de remettre au salarié un solde de tout compte sans astreinte, alors :

« 1°/ que ne porte pas atteinte à la liberté du travail, la clause subordonnant l'acquisition de l'intégralité d'une prime d'arrivée, indépendante de la rémunération de l'activité du salarié, à une condition de présence dans l'entreprise après son versement pendant une durée convenue entre les parties et prévoyant l'acquisition de cette prime au prorata du temps passé par le salarié dans l'entreprise et le remboursement du solde en cas de démission avant l'échéance prévue ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 1121-1 du code du travail, 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ;

2°/ qu'en affirmant que l'octroi définitif de la prime initiale, subordonné à la condition que le salarié ne démissionne pas à une date postérieure à son versement, avait pour effet de fixer un coût à la démission et de porter en conséquence atteinte à la liberté de travailler sans concrètement caractériser en quoi, compte tenu notamment de son niveau de rémunération, les conditions de l'engagement pris par le salarié, précisément définies par le contrat de travail, de rembourser cette prime au prorata de son temps de présence dans l'entreprise avaient pour effet de le priver de la faculté de démissionner, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au

regard des articles L. 1221-1 et L. 1121-1 du code du travail, 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ;

3°/ qu'une clause restreignant la liberté du travail du salarié est valable si elle est justifiée et proportionnée au but recherché ; que dans ses conclusions d'appel (p.5), l'employeur a fait valoir que la prime d'arrivée, indépendante de la rémunération de l'activité du salarié, était usuelle dans le secteur financier et avait pour but de favoriser l'embauche et de fidéliser les traders, ce qui justifiait qu'elle soit assortie de conditions visant à s'assurer de la collaboration de son bénéficiaire pendant une certaine durée ; qu'à supposer même qu'elles portent atteinte à la liberté du travail, **en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle était invitée à le faire, si les conditions d'acquisition et de remboursement de la prime d'arrivée n'étaient pas justifiées et proportionnées au but recherché**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 et L. 1121-1 du code du travail et 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Conditions de validité d'une clause stipulant une prime d'arrivée dont l'acquisition est liée à la présence du salarié dans l'entreprise pendant une certaine durée et qui est remboursable par ce dernier en cas de démission avant l'échéance de cette durée.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Les parties sont libres d'insérer diverses clauses dans le contrat de travail qu'elles concluent, au nom de la liberté contractuelle.

Cette liberté est toutefois encadrée dans la mesure où ces clauses, notamment, ne doivent pas porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié.

En effet, aux termes de l'article L. 1121-1 du code du travail :

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

Dans cette logique, notre chambre a posé des conditions de validité de certaines clauses, à l'instar :

* des clauses d'exclusivité applicables aux VRP (Soc., 11 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.240, Bull. 2000, V, n° 277 ; Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-40.837, Bull. 2005, V, n° 161) et aux salariés à temps partiel (Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-43.392, Bulletin civil 2004, V, n° 64 ; Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-16.418, en cours de publication),

* des clauses de non-concurrence, dont les conditions de validité ont été fixées comme suit dans l'arrêt Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, Bull. 2002, V, n° 239 :

« Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence, la cour d'appel a énoncé que la clause litigieuse était licite et régulière ; qu'elle ne comportait aucune contrepartie financière, ce qui était conforme à la convention collective applicable ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en déclarant licite une clause de non-concurrence qui ne comportait pas de contrepartie financière, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ; »

Voir notamment Soc., 14 avril 2016, pourvoi n° 14-29.679, Bull. 2016, V, n° 76 :

*« Mais attendu qu'ayant constaté que **l'article 32 de l'annexe IV de la convention collective nationale de l'industrie textile du 1^{er} février 1951 applicable dans l'entreprise, auquel se conformait le contrat de travail, prévoyait une minoration de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence en cas de rupture de ce contrat par le salarié, la cour d'appel a exactement décidé que cette disposition, contraire au principe de libre exercice d'une activité professionnelle et à l'article L. 1121-1 du code du travail, devait être réputée non écrite ; que le moyen n'est pas fondé ; »***

* ou encore des clauses de dédit-formation, dont les conditions de validité ont été fixées comme suit dans l'arrêt Soc., 21 mai 2002, pourvoi n° 00-42.909, Bull. 2002, V, n° 169 :

« Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que M. [G] a été engagé le 20 novembre 1996 par la compagnie aérienne Flandre Air en qualité de commandant de bord ; que l'article 4 de son contrat de travail prévoyait qu'il pourrait être appelé à suivre des stages de qualification et que, dans ce cas, il s'engageait à servir la société pendant une durée dépendant de la qualification obtenue ou à lui rembourser prorata temporis les frais de stage; que, le jour même de cette embauche, les parties ont signé un contrat de formation aux termes duquel l'employeur s'engageait à financer l'obtention par le salarié de la qualification sur appareil de type Embraer E120 ; que l'article 4 de ce contrat stipulait qu'en contrepartie de la formation reçue, le salarié s'engageait à rester au service de l'employeur pendant une durée minimale de quarante-huit mois et qu'en cas d'inobservation de cette obligation, il serait redevable d'une indemnité de dédit-formation ; que par lettre du 15 juillet 1997, le salarié a démissionné avec effet au 17 octobre suivant; que l'employeur a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement d'une indemnité au titre de la clause de dédit-formation ainsi que d'une indemnité compensatrice pour le défaut d'exécution du préavis de démission ;

Attendu que pour débouter l'employeur de cette demande, l'arrêt attaqué énonce qu'au travers de l'article 4 du contrat de travail, la compagnie aérienne a obligé par avance le salarié à accepter la stipulation d'une clause de dédit-formation chaque fois qu'elle déciderait de lui faire obtenir une nouvelle qualification ; qu'en mettant cette clause en oeuvre lors de l'embauche par la signature d'un contrat de formation contenant une clause de dédit-formation, la société s'est donnée les moyens de prolonger de façon potestative la période pendant laquelle il n'était pas possible de démissionner sans contrepartie financière ; qu'à cette entrave à la liberté de démissionner, s'ajoute une restriction à la liberté du travail dès lors que l'article 15 de l'accord d'entreprise institue une clause de non-concurrence qui coïncide avec la période d'amortissement ; qu'il apparaît ainsi que, par la combinaison de ces différentes sources d'obligations, la clause de dédit-formation insérée dans le contrat de formation est illicite ;

*Attendu, cependant, que **les clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner ;***

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la circonstance que le contrat de formation ait été signé le jour même de l'embauche, et que l'interdiction faite au salarié d'exploiter la qualification payée par l'employeur auprès d'une autre compagnie française pendant la période d'amortissement du coût de cette qualification, ne rendaient pas illicite la clause de dédit-formation contenue dans ce contrat, laquelle était conforme tant aux stipulations du contrat de travail qu'à l'article 15 de l'accord d'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Voir notamment Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 11-16.032, Bull. 2013, V, n° 247 (dans le même sens, Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 11-26.318) :

« Vu l'article L. 932-1 I devenu L. 6321-2 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

*Attendu, selon le premier de ces textes, que toute action de formation suivie par un salarié pour assurer son adaptation au poste de travail constitue un temps de travail effectif et donne lieu pendant sa réalisation au maintien par l'entreprise de la rémunération ; qu'il en résulte que **la clause de dédit-formation, qui prévoit qu'en cas de départ prématuré, le salarié devra rembourser les rémunérations qu'il a perçues durant sa formation, est nulle ;***

Attendu que pour condamner le salarié à payer à l'employeur une somme au titre du dédit pour la formation Embraer 135-145, l'arrêt énonce que le montant de l'indemnité prévue est bien proportionné aux frais de formation engagés, puisqu'il correspond au montant des frais réels exposés par l'employeur pour celle-ci, soit 29 986,85 euros, qu'en outre, le montant de l'indemnité réclamée tient compte de la formation déjà "amortie" puisqu'elle est calculée proportionnellement au temps restant à courir sur le nombre de mois pendant lesquels l'intéressé s'est engagé à rester au sein de la société, celui-ci n'étant pas tenu de rembourser la totalité du coût de la formation, quelle que soit la date de son départ ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la clause stipulait le remboursement par le salarié des rémunérations qu'il avait perçues durant sa formation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

En matière de primes, notre chambre a posé pour règle que, si l'employeur peut les assortir de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié.

Elle a ainsi jugé qu'il ne peut prévoir qu'une prime de fin d'année devra être reversée si le salarié n'est pas présent dans l'entreprise le 30 juin de l'année suivante. Voir Soc., 18 avril 2000, pourvoi n° 97-44.235, Bulletin civil 2000, V, n° 141 (dans le même sens, Soc., 18 avril 2000, pourvoi n° 97-43.717) :

*« Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Forbach, 18 juin 1997), que Mme [H], embauchée le 14 septembre 1992 en qualité d'employée de bureau par la société Rehau, a démissionné le 31 janvier 1997 ; que l'employeur ayant déduit du solde de tout compte le montant de la prime de fin d'année, versée avec le salaire de décembre 1996, aux motifs que **ladite prime était remboursable si la salariée donnait sa démission avant le 30 juin de l'année suivant son versement**, Mme [H] a saisi la juridiction prud'homale ;*

Attendu que la société Rehau fait grief au jugement de l'avoir condamnée à payer à la salariée le montant de la prime de fin d'année, alors, selon le moyen, d'une part, que même si une prime a un caractère de complément de salaire, son paiement peut être subordonné à certaines conditions ; que pour condamner la société Rehau industrie à payer à Mme [H], démissionnaire en janvier 1997, une prime de fin d'année au titre de l'année 1996, le conseil de prud'hommes a énoncé que cette gratification réunissait les caractères de constance, généralité et fixité rendant son paiement obligatoire, sans que l'employeur puisse faire référence à un acte contractuel du moment qu'il s'autorisait unilatéralement à demander le remboursement de ladite prime dans certaines conditions ; qu'en statuant ainsi quand la société Rehau industrie, qui instituait un complément de rémunération, avait la faculté d'en subordonner l'octroi à certaines conditions, le conseil de prud'hommes a violé, par refus d'application, l'article 1134 du Code civil ; que, d'autre part, dans son courrier du 23 décembre 1996 accompagnant le versement de la gratification de fin d'année, la société Rehau industrie rappelait que "ce versement correspond à un avantage supplémentaire Rehau qui ne relève d'aucune obligation légale ou conventionnelle, cette gratification est bienveillante et révocable, en l'acceptant, vous prenez l'engagement de la rembourser à la société si vous donnez votre démission avant le 30 juin 1997" ; qu'en condamnant la société Rehau industrie à payer à Mme [H], démissionnaire en janvier 1997, une prime de fin d'année au titre de l'année 1996 quand il constatait que le maintien du paiement de cette prime était subordonné par l'employeur à l'absence de démission du salarié avant le 30 juin de l'année suivant son versement, le conseil de prud'hommes a violé l'article 1134 du Code civil ;

*Mais attendu que **si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ;***

Que la société Rehau industrie ne pouvait, sans porter atteinte à la liberté de travail de la salariée, subordonner le maintien du droit à la prime de fin d'année à la condition de la présence de Mme

[H] dans l'entreprise au 30 juin de l'année suivant son versement et déduire le montant de la prime du solde de tout compte de la salariée qui avait démissionné avant cette date, sauf à pratiquer une sanction pécuniaire illicite ;

Que par ce motif de pur droit, substitué à ceux des premiers juges, la décision se trouve légalement justifiée ; »

Cette décision a fait l'objet, notamment, des commentaires suivants :

- du professeur Radé, dans un article intitulé « Rémunération. Prime d'intéressement. Validité. Conditions. Respect des libertés et droit fondamentaux du salarié. Atteinte à la liberté de travail », *Droit social*, Dalloz, 2000, p.646 :

*« L'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 dispose qu' « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon ». Ce principe de la liberté du travail a aujourd'hui été consacré comme un principe fondamental du droit du travail non seulement par le législateur (l'entrave à la liberté du travail constitue depuis la loi du 25 mai 1864 un délit - aujourd'hui C. pén., art. 431-1), mais également par le Conseil constitutionnel (décision du 28 mai 1983 : AJDA 1983, p. 619, note R.-F. Le Bris) et la Cour de cassation qui le vise désormais dans ses arrêts (Cass. soc., 19 nov. 1996, M. [J] contre société Auto Service 34 : Bull. civ. V, n° 392). Conçu à l'origine pour assurer la protection des travailleurs contre l'emprise des corporations, ce principe est invoqué aujourd'hui au bénéfice des salariés contre les dispositions « liberticides » présentes dans le contrat de travail ou le statut collectif. C'est ainsi qu'une clause de non-concurrence n'est valable que si elle ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du travail (dernièrement N. Gavaldà, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, pp. 582-590).*

C'est à une application originale que nous convie cet arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 avril 2000. Un employeur avait en effet prévu que les salariés qui quittaient l'entreprise dans les six mois suivant le versement d'une prime de fin d'année devaient la lui rembourser. Une salariée avait démissionné dès le mois de janvier et l'employeur avait compensé ce qu'il considérait être une dette de la salariée avec les différentes indemnités de fin de contrat. Le conseil de prud'hommes de Forbach avait donné tort à l'employeur, au prix d'un raisonnement qui pouvait laisser perplexe ; selon le jugement, en effet, « cette gratification réunissait les caractères de constance, généralité et fixité rendant son paiement obligatoire, sans que l'employeur puisse faire référence à un acte contractuel du moment qu'il s'autorisait unilatéralement à demander le remboursement de ladite prime dans certaines conditions ». C'est le pourvoi formé par ce dernier contre le jugement qui se trouve ici rejeté, la Cour de cassation ayant très prudemment substitué au charabia prud'homal une formulation plus orthodoxe.

L'employeur prétendait que cette prime présentait un caractère purement facultatif et qu'il était par conséquent libre d'en subordonner le versement aux conditions de son choix. La Cour de cassation ne le conteste pas, mais lui impose une limite : les conditions ne doivent pas porter « atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ». Or la condition de maintien dans l'entreprise pendant les six mois suivant le versement de la prime portait « atteinte à la liberté de travail de la salariée » et la retenue s'apparentait dès lors à une sanction pécuniaire prohibée (C. trav., art. L. 122-42).

La lecture de cette décision n'est pas sans provoquer un certain sentiment de malaise, tant la méthode et les objectifs peuvent laisser dubitatifs.

*S'agissant tout d'abord des objectifs poursuivis, la Cour, tout comme le conseil de prud'hommes de Forbach, trouvait scandaleux que l'employeur reprenne une prime qu'il avait versée sous prétexte que la salariée avait démissionné dans les six mois qui suivaient son paiement. Donner c'est donner, reprendre c'est voler ! Ce raisonnement qui sous-tend l'arrêt nous paraît par trop simpliste. Certes, il aurait été plus adroit pour l'employeur d'instaurer non pas une prime versée sous condition résolutoire (le départ de l'entreprise entraînant la perte du droit à la prime et l'obligation de rembourser), mais sous condition suspensive en ne la versant qu'à l'issue de la période de six mois suivant la fin de l'année. Les données auraient sans doute été différentes et la réaction d'hostilité des magistrats moins vive. Mais on ne pourra s'empêcher de penser que la salariée connaissait « les règles du jeu » (à propos d'un concours de vente : Cass. soc., 18 janv. 2000, Sté Renault France automobiles c./ M. P. Fleury et a. ; *Dr. soc.* 2000, p. 436, et nos obs.) et qu'il lui appartenait de ne pas dépenser la prime si elle envisageait de démissionner dans les six mois. Dans la mesure où cette gratification avait été librement instaurée par l'employeur, qu'on y voit un usage ou un engagement unilatéral, et qu'elle ne constituait qu'un complément de rémunération, on ne*

voit pas pourquoi il serait interdit à l'employeur de chercher à fidéliser son personnel en liant formellement stabilité d'emploi et perception des primes. À l'époque où se développent des formes nouvelles d'incitations financières à la fidélité qui connaissent un vrai succès auprès des salariés (stock options, avantages en nature divers), la Cour de cassation risque de se retrouver à contre-courant et de dissuader les entreprises d'instaurer de tels avantages, au grand dam des principaux intéressés.

Pourtant, tout n'est pas acceptable et certaines pratiques méritent bien entendu d'être prohibées. La Cour de cassation a choisi de poser comme limite au droit d'instaurer des primes le respect des « libertés et droits fondamentaux du salarié ». La formule est généreuse mais nous paraît dangereusement vague et imprécise. Lorsque la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative au recrutement et aux libertés individuelles a été votée, le législateur a souhaité réaliser un équilibre entre les intérêts des entreprises et les droits essentiels des salariés. L'article L. 120-2 du Code du travail traduit cette recherche d'un compromis acceptable et dispose ainsi que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Cette formule, finement ciselée, devrait dès lors servir de référence obligée pour le juge et délimiter le champ de son intervention.

Or la Cour de cassation ne nous propose qu'une formule allégée qui s'éloigne dangereusement des termes de l'article L. 120-2. La Cour vise en effet les clauses qui portent « atteinte » aux droits et libertés sans aucunement faire référence aux principes de nécessité et de proportionnalité ni même limiter la censure aux dispositions qui porteraient « manifestement atteinte » ou une « atteinte excessive » à ces droits (et pour cause...).

On pourrait donc être tenté de déduire de cette formule très générale que toute atteinte au principe de liberté du travail devrait être sanctionnée, quelles que soient son ampleur et sa légitimité. Si telle devait être la portée de cet arrêt (par ailleurs marqué P+B), alors son potentiel destructeur serait imposant : l'employeur ne pourrait plus prévoir la déchéance du terme lors que le salarié quitte l'entreprise avant d'avoir complètement remboursé le prêt qu'il lui aurait consenti, ou stipuler une clause pénale en complément d'une clause de dédit-formation. Pourrait-il encore subordonner l'octroi d'avantages ou de primes à l'ancienneté du salarié ?

Une telle conception aussi large doit nécessairement être rejetée. Non seulement elle s'affranchit des exigences légales pourtant claires et précises, mais elle possède une portée virtuelle qui risque de déstabiliser toute la politique de gestion du personnel dans les entreprises. Ce n'est donc pas simplement parce qu'une clause porte atteinte à la liberté du travail qu'elle doit être écartée, mais bien parce cette atteinte n'est ni nécessaire pour l'entreprise, ni proportionnée au but à atteindre. Ce n'est qu'en rappelant le respect de ce double principe que la Cour de cassation préviendra ici tout risque d'arbitraire judiciaire. »

- du professeur Mouly, dans un article intitulé « Prime de fidélité remboursable et salaire conditionnel », Recueil Dalloz, 2001 p.263 :

« 1 - Si les employeurs sont le plus souvent soucieux de préserver leur droit de licenciement, il leur arrive aussi quelquefois de chercher à retenir, par la stipulation de clauses de fidélité, les salariés qui souhaiteraient, le cas échéant, quitter l'entreprise (sur cette question, cf. le numéro spécial de Droit social, mai 1991, consacré à la fidélité à l'entreprise). Depuis quelques années, les techniques se font encore plus sophistiquées et prennent parfois la forme d'avances remboursables pour le cas où le salarié partirait de l'entreprise avant la date convenue. On se trouve alors en présence d'une sorte de salaire conditionnel, d'une rémunération versée sous la condition résolutoire d'une démission du salarié. C'est la licéité d'une clause de ce type qui était discutée dans l'arrêt rapporté.

2 - En l'espèce, une employée de bureau, recrutée en 1992, avait démissionné de son poste le 31 janv. 1997. Lors du règlement de ses comptes, l'employeur avait déduit des sommes dues à la salariée le montant de la prime de fin d'année de 1996, au motif que celle-ci était remboursable si la salariée quittait l'entreprise avant le 30 juin de l'année suivante. La salariée saisit alors le conseil de prud'hommes, qui lui accorda la prime litigieuse. L'employeur forma un pourvoi contre cette décision, en invoquant l'art. 1134 c. civ. et la liberté des conventions - si tant est que l'on fût en l'espèce en matière contractuelle (cf., sur ce point, F.-J. Pansier, note sous l'arrêt commenté, cah. soc. barreau Paris, juill. 2000, n° A 33) - et en soutenant que, s'agissant en l'occurrence d'une simple gratification, son versement pouvait être laissé à la libre convenance des parties. C'est ce pourvoi qui est rejeté par l'arrêt rapporté, la Cour rappelant que, « si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ». Elle en déduit que l'employeur « ne pouvait,

sans porter atteinte à la liberté de travail de la salariée, subordonner le maintien du droit à la prime de fin d'année à la condition de la présence de Mme [H] dans l'entreprise au 30 juin de l'année suivant son versement ». **Si la solution mérite d'être approuvée, sa justification, en revanche, essentiellement fondée sur l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié, est moins convaincante (I).** C'est peut-être la raison pour laquelle la Cour de cassation a cru bon d'en rajouter, en indiquant que l'employeur ne pouvait agir de cette façon, « sauf à pratiquer une sanction pécuniaire illicite ». Espérant sans doute se sortir ainsi de l'ornière, la Cour s'y est cependant enfoncée un peu plus, en se mettant en contradiction avec sa propre jurisprudence (II).

I - 3 - La Cour de cassation a donc fondé sa décision essentiellement sur l'atteinte que réaliserait la clause litigieuse à la liberté du travail du salarié. La faculté de démissionner de celui-ci se trouverait en effet réduite par l'obligation de reverser la somme déjà perçue et la clause devrait donc être annulée. Tout cela a priori ne paraît guère contestable. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour de cassation se sert du principe de liberté du travail pour encadrer des clauses figurant dans le contrat du salarié. On retrouve par exemple cette façon de faire dans la jurisprudence sur les clauses de non-concurrence ou encore dans celle relative aux clauses de dédit-formation. Il existe cependant une différence importante entre l'arrêt rapporté et les jurisprudences évoquées. Celles-ci en effet ne sanctionnent que les atteintes excessives à la liberté du travail du salarié, celles qui en fait suppriment sa faculté de démissionner (cf., par exemple, Cass. soc., 17 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 373). Or tel n'est pas le cas avec l'arrêt commenté, qui admet au contraire que toute atteinte, même limitée, portée par la clause litigieuse au droit de démissionner du salarié est illicite. Pourtant, en matière de prime de fin d'année remboursable, il n'est pas du tout acquis que le montant de la prime soit suffisamment important pour empêcher réellement le salarié de quitter l'entreprise.

4 - Ensuite, la Cour de cassation, pour caractériser l'atteinte portée par la clause à la liberté du salarié, ne mentionne nullement, comme pourtant elle a coutume de le faire, les possibilités de restrictions de cette liberté prévues par la loi (cf. art. L. 120-2 c. trav.), en particulier lorsqu'elles sont justifiées par la sauvegarde d'un intérêt légitime de l'entreprise et proportionnées au but poursuivi. On a pu justement reprocher à la Cour suprême cette manière un peu abrupte de procéder (C. Radé, Dr. soc. 2000, p. 646), une formule aussi lapidaire pouvant en effet, appliquée à la lettre, se révéler dangereuse pour l'entreprise et condamner nombre de stipulations considérées pourtant jusque-là comme parfaitement légitimes. Ainsi les clauses de dédit-formation ou celles de non-concurrence, qui elles aussi consomment une atteinte à la faculté de démissionner du salarié, ont été néanmoins validées par la jurisprudence parce qu'elles comportent en contrepartie un avantage pour le salarié (clauses de dédit-formation ; cf. aussi les clauses de remboursement anticipé des prêts consentis par les employeurs au salarié en cas de départ prématuré de celui-ci, CA Versailles, 3 nov. 1992, D. 1994, Jur. p. 284 et la note) ou parce qu'elles préservent un intérêt primordial de l'entreprise (clauses de non-concurrence). On peut donc se demander pourquoi en l'espèce la Cour de cassation n'a pas procédé de la même façon. En réalité, le raisonnement que tient la Cour n'est légitime qu'autant que l'on considère a priori que, dans le cas des primes de fidélité remboursables, l'employeur n'est de toute façon pas en mesure d'invoquer un intérêt essentiel de nature à justifier l'atteinte ainsi portée au droit de résiliation unilatérale du salarié. Ce qui d'ailleurs n'est pas forcément à exclure, l'idée de fidélisation du personnel n'étant pas en soi parfaitement compatible avec celle de liberté du travail. Mais alors, s'il est interdit de peser sur la liberté du salarié de quitter l'entreprise pour le seul motif de fidélisation du personnel, on peut se demander s'il ne convenait pas d'aller plus loin que la Cour ne l'a fait.

5 - En effet, sur le terrain choisi par la Cour de l'atteinte à la liberté du travail, il convient certainement de condamner non seulement, comme en l'espèce, les primes de fidélité remboursables, stipulées sous condition résolutoire du départ du salarié, mais aussi celles plus classiques stipulées sous condition suspensive du maintien de celui-ci dans l'entreprise à l'échéance. De telles clauses en effet comportent elles aussi un effet dissuasif et pèsent sur la volonté du salarié de démissionner. Elles devraient par conséquent également être condamnées. Pourtant, on le sait, la Cour de cassation admet leur validité (cf., par exemple, Cass. soc., 7 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 5 ; D. 1992, IR p. 55). Plus encore, et de façon très discutable, en matière de primes, elle présume que les parties sont convenues de les affecter d'une telle condition. Il appartient alors au salarié de rapporter la preuve qu'il a droit, en cas de départ anticipé, à la prime au prorata temporis (Cass. ass. plén., 5 mars 1993, D. 1993, Jur. p. 245, concl. Jeol ; JCP éd. E 1994, II, n° 531, note critique G. Pignarre ; Dr. soc. 1993, p. 641, obs. J. Savatier). Or cette jurisprudence n'a pas été remise en cause par l'arrêt rapporté, qui ne vise au contraire que les clauses subordonnant le droit du salarié au maintien de la prime à sa présence dans l'entreprise postérieurement au versement de celle-ci. Le moins que l'on puisse dire est que la Cour de

cassation ne fait pas preuve ici d'une très grande cohérence. En réalité, la Cour aurait pu éviter ces contradictions en se plaçant sur un autre terrain, celui de la réglementation légale du salaire.

6 - Ce dernier, on le sait, doit être versé selon une périodicité précise ; il présente en effet un caractère très largement alimentaire. Pour cette raison, le salaire a par nature vocation à être dépensé au fur et à mesure qu'il est réglé au travailleur. A partir de là, en présence d'une prime remboursable, de deux choses l'une : ou le salarié, comme il en a le droit, dépense les sommes qu'il a touchées, mais, en cas de démission, il risque de se trouver pris à la gorge par l'employeur (la prime ne le fidélise pas, elle l'asservit), ou le salarié garde par-devers lui les primes versées, pour conserver intact son droit de démissionner, mais alors il faut admettre qu'il n'y a pas vraiment eu versement d'un salaire au sens de l'art. L. 143-2, puisque le travailleur se trouve privé du droit de dépenser les sommes ainsi versées. En réalité, il ne peut y avoir de versement au sens de l'art. précité que celui qui permet au salarié de dépenser librement ce qu'il a touché. D'une certaine façon, en matière de salaire comme en matière de donations, « donner et retenir ne vaut ». Le versement d'un salaire, dans le code du travail, implique le règlement de sommes définitivement acquises. Ce qui condamne bien évidemment les primes remboursables, l'employeur ne pouvant reprendre ce qu'il a déjà versé et qui était juridiquement dû (cf. en ce sens la pertinente démonstration de F. Gaudu, largement reprise ici, in *Fidélité et rupture*, Dr. soc. 1991, p. 419, spéc. p. 421). Ce qui donne aussi la mesure de cette condamnation.

7 - Tout d'abord, il va de soi que la stipulation d'une condition n'est condamnée que s'agissant des primes proprement dites, et non des simples gratifications ou libéralités, lesquelles en effet ne sont pas assujetties à la réglementation du salaire. On remarquera d'ailleurs que la formule de la Cour de cassation ne vise que les primes, non les libéralités. Cela étant, dans l'immense majorité des cas, les prétendues « avances remboursables » sont en réalité de véritables primes de salaire conditionnelles : la jurisprudence du présent arrêt pourra donc leur être appliquée. D'autre part, cette jurisprudence n'est applicable qu'à la stipulation de conditions résolutoires, parce que seules elles portent atteinte aux règles d'ordre public de paiement des créances salariales. Au contraire, les primes de fidélité affectées d'une condition suspensive et payables à l'échéance échappent à cet égard à toute critique (en ce sens, F. Gaudu, préc.). La condamnation des primes remboursables par la violation de la réglementation du salaire est donc moins radicale, mais mieux adaptée à la solution retenue par la Cour de cassation. Enfin, toutes les stipulations de primes sous conditions résolutoires devraient être condamnées par l'arrêt du 18 avr. 2000. On aurait pu songer en effet à distinguer les hypothèses où, comme dans l'espèce sous examen, la condition remet en cause le versement d'une prime déjà échue par l'écoulement de la période de référence, de celles au contraire où la prime est versée par avance au début de la période, la somme n'étant toutefois définitivement acquise, comme dans le cas traditionnel des primes versées à l'échéance, qu'à l'issue de celle-ci. Dans ce dernier cas, la situation est beaucoup plus proche de celle admise par la Cour de cassation en matière de primes sous condition suspensive et, du point de vue de l'atteinte réalisée au droit de démissionner du salarié, la stipulation d'une condition résolutoire aurait certainement pu être admise. Le recours à la justification par la violation de la réglementation du salaire, pour stigmatiser les primes remboursables, permet au contraire de les condamner.

8 - En définitive, une motivation fondée sur la nature particulière du salaire et la réglementation de celui-ci aurait sans doute été préférable et plus adéquate que celle fondée sur l'atteinte à la liberté du travail du salarié, motivation certes dans l'air du temps, mais en fin de compte très approximative. La Cour n'a malheureusement guère été plus inspirée en complétant sa justification par une référence aux sanctions pécuniaires prohibées. »

Nous pouvons citer ici ces extraits de l'article du professeur Gaudu, «Fidélité et rupture », *Droit social*, Dalloz, 1991 p.419, auquel renvoie le professeur Mouly :

« 11. Les clauses de dédit sans formation se présentent sous des apparences diverses : il est parfois question de prêt, non remboursable si le salarié reste au service de l'entreprise pendant un certain temps, ou encore d'avance sur une prime dite " de fidélité " (8) ; par exemple le contrat stipule que le salarié n'a droit qu'à un salaire modique, mais qu'il lui sera versé chaque mois le double de ce salaire. Le complément versé chaque mois constitue une " avance ". Pour encourager la fidélité du salarié, cette avance lui sera définitivement acquise s'il reste au service de l'entreprise jusqu'au terme d'un certain délai. Dans le cas contraire, il devra naturellement rembourser l'avance...

12. Pour porter une appréciation sur la licéité des clauses de dédit sans formation, il est nécessaire de commencer par analyser le contenu économique de l'opération : à supposer que le

salarié respecte l'engagement de fidélité, le prêt, l'avance... lui demeurent définitivement acquis. A quel titre lui sont-il acquis ? Il est clair qu'il s'agit dans l'esprit des contractants de la contrepartie du travail fourni, c'est-à-dire d'un salaire.

En dépit des appellations retenues, il ne peut échapper que les avances sur prime de fidélité, ou encore les prêts non remboursables, constituent un salaire (d'ailleurs il serait curieux que la Sécurité sociale les exemptât de cotisations). Toutefois, ce salaire est versé sous condition résolutoire : si le salarié démissionne avant une certaine date, les sommes versées devront être remboursées.

13. Mais il faut tenir compte du fait que le salaire fait l'objet d'une réglementation d'ordre public. De là une première série de conséquences : les qualifications retenues par les parties ne lient pas le juge, dès lors que l'objet de la clause est de rémunérer une prestation de travail subordonné. La réglementation d'ordre public du salaire ne peut en effet pas être écartée par la volonté des parties.

Au sein de cette réglementation, peut-être convient-il pour résoudre la question posée de prendre en considération le principe de la périodicité du paiement du salaire, qui résulte de l'art. L 143-2 C. Trav.

Pourquoi le paiement du salaire doit-il avoir lieu périodiquement ? Le fondement de la règle est le caractère alimentaire du salaire, qui lui donne vocation à être dépensé au fur et à mesure qu'il est acquis.

La technique de l'avance sur prime de fidélité est en apparence irréprochable : l'employeur ne peut-il pas, d'une façon générale, récompenser par des primes qui échappent à la règle du paiement périodique des qualités particulières du salarié (l'assiduité par exemple) (9) ; une prime de fidélité payée au terme de la période convenue échapperait à toute critique. Mais l'avance, faite dans le seul but d'interdire au salarié de démissionner, soulève une difficulté.

En effet, il est évident que le salarié - d'autant plus que la rémunération de base est relativement faible - va dépenser immédiatement l'essentiel des sommes qu'il touche. Cette dépense même l'asservit : tel est le but de l'opération. Il est certes possible d'objecter que les salariés concernés sont en général d'un niveau social élevé, et jouissent de revenus importants (ce qui affaiblirait le côté " alimentaire " de l'argument). Mais rien, dans le mécanisme juridique, ne garantit qu'il en soit toujours ainsi.

C'est pourquoi il est permis de se demander si, en définitive, le principe de périodicité du paiement du salaire n'est pas violé. Le paiement fait sous condition résolutoire est-il un vrai paiement au sens de l'art. L 142-2 C. Trav. ? La règle ne requiert-elle pas, en raison du caractère alimentaire du salaire (10), que les sommes versées soient définitivement acquises au salarié ? S'il en est ainsi, les clauses de dédit sans formation pourraient bien être considérées comme nulles.

14. C'est sous un autre angle que le tribunal de grande instance de Paris a été récemment conduit à connaître de la question du remboursement des prêts faits par l'employeur au salarié, après la rupture du contrat de travail.

Le salarié, employé de banque, s'était vu octroyer un prêt à un taux préférentiel. Il est licencié, et l'employeur invoque une clause qui majore le taux d'intérêt au cas où le salarié cesserait d'être employé pour quelque cause que ce soit " par la banque. Dans un jugement du 9 février 1990 (11), le tribunal de grande instance de Paris refuse d'appliquer cette clause : " dans les conditions de réalisation du licenciement - celui-ci était de surcroît abusif - la clause litigieuse est nulle comme purement potestative ".

Le raisonnement n'est peut-être pas tout à fait exact (12). Mais l'idée de base est juste : l'étendue de l'obligation du salarié, dans l'exemple, dépend d'un événement qu'il est au pouvoir de la seule volonté de l'employeur de faire advenir ; en licenciant, l'employeur peut majorer le taux d'intérêt, et il y a bien un texte du Code civil qui paraît prohiber une telle stipulation : c'est l'art. 1129, suivant lequel la chose qui fait l'objet de l'obligation doit être déterminable, ce qui implique suivant la jurisprudence que sa détermination ne doit pas être laissée à la seule volonté d'une partie (13).

La question des majorations de taux d'intérêt en cas de licenciement attire en tous cas l'attention sur une argumentation qui pourrait s'appliquer à certaines clauses de dédit-formation. »

Dans le même sens que l'arrêt susvisé du 18 avril 2000, voir Soc., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-46.306 (salariée engagée en 1993 ayant donné sa démission le 27 janvier 1995) :

« Vu l'article L. 121-1 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour débouter Mme Stokic de sa demande en paiement de la prime annuelle pour l'année 1994, l'arrêt énonce que cette prime n'était pas due à la salariée car l'une des conditions d'octroi prévues par l'employeur, à savoir la présence de l'intéressée dans l'entreprise à la date du 31 mars 1995, n'était pas remplie en l'espèce ;

Attendu, cependant, que si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la société Zepter-France ne pouvait, sans porter atteinte à la liberté de travail de la salariée, subordonner le maintien du droit à la prime de fin d'année à la condition de la présence de l'intéressée dans l'entreprise à la date du 31 mars 1995, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

En revanche, aucune atteinte à la liberté du travail n'a été retenue dans des hypothèses où **le maintien** d'avantages conférés au salarié était subordonné à une condition de présence de ce dernier dans l'entreprise. Voir par exemple :

- une clause subordonnant le maintien du droit à la prime de progression du chiffre d'affaires par rapport à l'année précédente à la condition de présence du salarié dans l'entreprise au 30 janvier de l'année suivant celle servant de période de référence, Soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 02-46.717 :

« Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 11 septembre 2002), d'avoir débouté le salarié de sa demande de prime de progression alors, selon le moyen :

1°/ que si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux; que ne peut recevoir application la condition portant atteinte à la liberté du travail qui subordonne le maintien du droit à la prime de progression du chiffre d'affaires par rapport à l'année précédente, à la condition de présence du salarié dans l'entreprise au 30 janvier de l'année suivant celle servant de période de référence ; qu'en faisant application d'une condition illicite, la cour d'appel a violé le principe, garanti par la constitution, de la liberté du travail ;

2°/ que la mention dans les notes de l'employeur, selon laquelle la prime de progression est versée avec le salaire du mois de janvier suivant l'année de référence, n'énonce qu'une modalité de versement et non une condition de fond d'attribution de la prime, tenant à la présence du salarié dans l'entreprise à la date prévue pour son versement ; qu'en l'opposant comme telle au salarié sans rechercher si celui-ci avait reçu clairement l'information lui permettant de la considérer comme une condition de fond de l'attribution de la prime, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que le salarié avait quitté la société en cours d'année a par ce seul motif légalement justifié sa décision ; »

- une clause subordonnant le maintien des stock options à la présence du salarié dans l'entreprise, le premier grief formulé par le salarié contre l'arrêt attaqué précisant que la clause du règlement de plan des stock options excluait la possibilité de lever les options en cas de licenciement pour motif personnel (Soc., 20 octobre 2004, pourvoi n° 02-41.860),

- des avantages, indépendants de l'activité du salarié, conférés unilatéralement par l'employeur dans le but de s'assurer la collaboration de ce dernier dans la durée, Soc., 2 mars 2016, pourvoi n° 14-26.864 :

« Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de rappels de salaire alors, selon le moyen :

1°/ que pour infirmer la décision des premiers juges qui avaient retenu que « le plan KCIP 2008 précisait, en son article 1, qu'il bénéficiait à ceux dont « la performance au cours de l'exercice passé présente un caractère stratégique et mérite un encouragement » et que le plan CMIP 2009 présentait le même objectif, récompenser les salariés pour leurs résultats de l'année précédente » si bien « qu'il en résulte que l'éligibilité du salarié aux plans KCIP et CMIP résultait de ses performances des années précédentes 2006 et 2007 pour les plans KCIP et 2008 pour le plan CMIP », la cour d'appel se borne à affirmer « que les plans KCIP 2008 et CMIP 2009 B viennent s'ajouter au bonus ordinaire de salariés particulièrement méritants sans constituer une rémunération spécifique au titre d'une année déterminée et ne forment pas avec le bonus annuel un tout indistinct obéissant nécessairement à un régime commun » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé le sens clair et précis des clauses du plan KCIP 2008 et CMIP 2009 - tel que l'avait précisément analysé les premiers juges - violant ainsi l'article 1134 du code civil ;

2°/ que constitue une rémunération un bonus différé même destiné à fidéliser les salariés ; que le droit à rémunération, acquis lorsque la période a été intégralement travaillée, ne peut pas être soumis à une condition de présence à la date, postérieure, de son versement ; que, même s'il est fixé de manière discrétionnaire par l'employeur, même s'il est soumis à un plan de rémunération différé en vigueur dans l'entreprise, un bonus, attribué en contrepartie des résultats d'une année travaillée, ne peut donc être soumis à une condition de présence que les plans de rémunération différée auraient institué ultérieurement ; que, pour infirmer la décision des premiers juges qui avaient retenu que « l'éligibilité du salarié aux plans KCIP et CMIP résultait de ses performances des années précédentes 2006 et 2007 pour les plans KCIP et 2008 pour le plan CMIP » et que « il résulte des termes de l'article 3.d du plan KCIP 2008 et de l'article 4 du plan CMIP de 2009 ; que le paiement des parts est conditionné par la présence du salarié dans l'entreprise et qu'il s'agit donc de clauses de présence, subordonnant le versement de la rémunération acquise au titre de l'activité d'un exercice écoulé à la présence du salarié dans l'entreprise à la date du paiement, et comme telles illicites », la cour d'appel se borne à affirmer que l'article 3.d du KCIP 2008 et l'article 4.1 du plan CMIP 2009 B prévoient que « l'éligibilité du bénéficiaire cesse dès lors que le collaborateur n'a pas été, depuis la mise en place du présent plan KCIP et jusqu'aux dates de paiement, sous contrat de travail ou mandataire social au sein du groupe » ; qu'en statuant ainsi, en admettant que les plans de rémunération différé pour les années 2008 et 2009 pouvaient assortir d'une condition de présence un élément de rémunération acquis au titre des exercices 2006, 2007 et 2008, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble le principe de la liberté du travail ;

3°/ que le bonus constitue un élément de salaire lorsqu'avec constance et régularité, il est versé au salarié chaque année sans exception depuis l'engagement de la relation contractuelle, même si le montant annuel est variable et discrétionnaire ; que pour infirmer la décision des premiers juges qui avaient constaté que le salarié avait constamment bénéficié des plans de rémunération différée depuis 2006 jusqu'à 2009 sans discontinuer, la cour d'appel relève elle aussi que le salarié a bénéficié du KCIP 2006 du KCIP 2007 du KCIP 2008 et du CMIP 2009 B, déboutant néanmoins le salarié du paiement des dernières échéances KCIP 2007 du KCIP 2008 et du CMIP 2009 B au motif inopérant et infondé que le salarié aurait démissionné avant les dernières échéances de ce plan ; qu'en statuant ainsi la cour d'appel a de plus fort violé l'article 1134 du code civil, l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble le principe de la liberté du travail ;

4°/ qu'en constatant que le bonus litigieux était versé aux salariés ayant terminé leur carrière, ce dont il résultait que la condition de présence n'était pas liée à la seule présence, mais avait pour unique but de « fidéliser » les salariés c'est-à-dire de le dissuader voire les empêcher de quitter l'entreprise, ce dont il résultait qu'elle était une entrave à la liberté du travail, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui s'en déduisaient au regard de l'article 1134 du code civil, l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble le principe de la liberté du travail ;

Mais attendu que, sous le couvert de griefs non fondés pris de dénaturation et de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation de la cour d'appel qui a relevé que les dispositions des plans KCIP et CMIP n'étaient pas afférentes à la rémunération d'une année de travail déjà rémunérée en totalité par le bonus contractuel mais cherchaient à fidéliser certains salariés dont le groupe BNP Paribas souhaitait s'assurer la collaboration dans la durée ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Par ailleurs, nous pouvons rappeler qu'en matière de rémunération variable, notre chambre admet que l'ouverture du droit à un élément de la rémunération puisse être soumise à une condition de présence à la date de son échéance, soit à la date à

laquelle les conditions de son exigibilité sont remplies, dès lors que son application dépend d'éléments qui sont, pour partie, étrangers à la volonté de l'employeur. Voir Soc., 7 janvier 1992, pourvoi n° 88-43.269, Bulletin 1992 V N° 5 :

« Vu les articles 1134 du Code civil et L. 141-10 du Code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les pièces de la procédure, que M. [I] a été engagé par la société Maisons Phenix le 1^{er} juillet 1983 en qualité de technicien commercial ; que le contrat de travail prévoyait une rémunération se composant notamment d'un salaire mensuel, de commissions sur commandes acceptées et de commissions sur ouverture de chantier sur lesquelles étaient imputées les commissions sur commandes acceptées ; que le 22 juillet 1985 M. [I] a démissionné et a demandé à être dispensé d'exécuter le préavis, ce qu'a accepté l'employeur par courrier du 25 juillet 1985 ; qu'estimant n'avoir pas été intégralement rempli de ses droits quant à sa rémunération, M. [I] a réclamé le paiement d'un solde de commissions à son employeur qui lui a opposé une stipulation du contrat de travail selon laquelle le salarié ne pouvait prétendre à une commission sur les ouvertures de chantier, non réalisées à la date de la cessation effective de fonction, "le préavis non travaillé n'étant pas considéré comme temps de présence effective" ; que M. [I] a alors saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour faire droit aux prétentions du salarié, l'arrêt énonce que l'article 15 C (en réalité 14 C) du contrat de travail subordonnait le droit à commissions à la présence effective du salarié dans l'entreprise à la date de l'ouverture de chantier, que le droit à une rémunération est la contrepartie du travail effectivement fourni, qu'il est loisible aux parties de subordonner conventionnellement le droit à commissions à la réalisation de certaines conditions survenant postérieurement à la prise de commande, mais qu'en l'espèce les dispositions de l'article 15 C ont pour effet de priver le salarié du droit à une rémunération légitimement due en raison de la survenance d'un évènement étranger à la cause de l'obligation de payer de l'employeur, qu'une telle clause doit être déclarée nulle en ce qu'elle exonérerait l'employeur de payer les commissions, quelles que soient les raisons de l'absence d'ouverture du chantier ;

Attendu cependant qu'un contrat peut prévoir que la partie du salaire stipulée sous forme de commissions ne sera versée que si le salarié est présent dans l'entreprise au moment où les conditions d'exigibilité de ces commissions sont remplies ; qu'une telle clause n'est pas purement potestative dès lors que son application dépend d'éléments qui sont, pour partie, étrangers à la volonté de l'employeur ; que l'application de cette clause ne peut être écartée que si le salarié rapporte la preuve soit de la faute de l'employeur ayant empêché la réalisation de l'une de ces conditions, soit de la réduction de son salaire à un montant inférieur au minimum, légal ou conventionnel selon le cas, de sa catégorie ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'elle ne relevait ni que les chantiers n'avaient pas été ouverts par la faute de l'employeur, ni que le défaut de paiement des commissions sur ouverture de chantier n'avait pas permis d'atteindre le salaire minimum de la catégorie, la cour d'appel a violé les textes sus-visés ; »

Et elle juge que, lorsque la condition subordonnant l'ouverture d'un droit à la présence du salarié dans l'entreprise n'est pas remplie, elle ne peut, en tout état de cause, entraîner la perte d'un droit qui est déjà ouvert (Soc., 3 avril 2007, pourvoi n° 05-45.110 ; Soc., 18 juin 2008, pourvoi n° 07-40.695 ; Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-19.166 ; Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-21.945).

Voir notamment cet arrêt, Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-41.499, dont il résulte que cette règle prévient toute atteinte à la liberté du travail :

« Attendu que la société fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer au salarié le solde du bonus exceptionnel pour l'année 2000 et, prorata temporis, le solde du bonus exceptionnel pour l'année 2001, alors, selon le moyen :

1°/ que les conventions régulièrement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'en l'espèce, la lettre du 17 avril 2000, contresignée par le salarié, précisait que le paiement des bonus au titre des années 2000 et 2001 n'interviendrait que dans la mesure où à la date respective de leur règlement, le salarié n'aurait pas démissionné de ses fonctions au sein de l'entreprise ; que cette condition spécifique et limitée à un seul mode de rupture des relations contractuelles entre les parties à

la seule initiative du salarié était parfaitement valable et opposable à ce dernier, de sorte qu'en décidant que cette clause devait être réputée non écrite et en refusant de faire application des conditions contractuelles, la cour a violé l'article 1134 du Code civil ;

2°/ que le droit au paiement prorata temporis d'une prime, même contractuelle, à un membre du personnel ayant quitté l'entreprise, quel qu'en soit le motif, avant la date de versement, ne peut résulter que d'une convention ou d'un usage dont il appartient au salarié de rapporter la preuve; qu'en allouant au salarié au titre du bonus 2001 un versement au prorata temporis de sa présence au sein de l'entreprise pour l'année 2001, à raison du caractère contractuel du bonus, la cour a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a retenu que, bien que qualifié d'exceptionnel, le "bonus" institué par la lettre du 17 avril 2000, en remplacement du bonus généré par l'activité de vente du salarié et de son équipe initialement prévu au contrat de travail, ne s'analysait pas en une gratification unilatéralement octroyée par l'employeur mais en un élément de sa rémunération contractuelle de sorte que l'employeur ne pouvait, sans porter atteinte à la liberté du travail, subordonner le maintien au droit au paiement, différé sur trois ans, du bonus acquis au titre de son activité des années antérieures, à la condition de sa présence dans l'entreprise aux dates respectives de règlement ;

Attendu ensuite que la cour d'appel a décidé que le bonus 2001 constituait un élément de la rémunération du salarié et non une prime ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;»

Ou encore cet arrêt, relatif à une prime de fidélité pour un salarié engagé en 2005 qui a donné sa démission en 2009, Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 16-23.723 (dans le même sens, Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 16-23.724) :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au versement de sommes au titre des primes de fidélité 2007, 2008 et 2009 alors, selon le moyen :

1°/ que l'employeur peut valablement allouer au salarié une prime de fidélité dont le paiement est subordonné à la condition que le salarié soit présent dans l'entreprise à la date de son versement, dès lors que cette prime vise à récompenser la fidélité future du salarié à l'égard de l'entreprise et non à rétribuer un travail déjà accompli ; que le montant de cette prime de fidélité peut être défini en fonction de la rémunération variable attribuée au salarié au titre d'une période travaillée déjà écoulée, sans constituer pour autant une partie de la rémunération de cette période travaillée ; qu'en l'espèce, il est constant que, parallèlement à l'attribution de bonus discrétionnaires pour les exercices 2006, 2007 et 2008, la société Calyon a informé le salarié de son éligibilité au programme de fidélité Calyon et, dans ce cadre, de l'attribution de primes de fidélité subordonnées à **une condition de présence dans l'entreprise à la date de leur versement, en trois échéances, sur les trois années postérieures** ; qu'il était clairement spécifié sur le programme de fidélité Calyon et les courriers informant le salarié du montant de ses primes de fidélité, que ces dernières ne se substituaient à aucun programme existant ou à tout autre engagement pris par l'une des sociétés du groupe ; qu'en se bornant à relever que le montant des primes de fidélité allouées au salarié, en mars 2007, avril 2008 et octobre 2008, était défini en fonction du montant du bonus discrétionnairement alloué par l'employeur au titre des années 2006, 2007 et 2008, pour en déduire que ces primes de fidélité constituaient le paiement différé d'une partie de ces bonus et étaient en conséquence acquises au salarié indépendamment du non-respect de la condition de présence à une date postérieure, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige et de l'article L. 1121-1 du code du travail ;

2°/ que la validité des conditions d'attribution d'une prime doit être appréciée en fonction des règles applicables lors de l'attribution de cette prime ; qu'en relevant encore, pour dire que la condition de présence prévue dans le programme de fidélité Calyon appliqué en 2006, 2007 et 2008 n'était pas licite, qu'un arrêté ministériel du 3 novembre 2009 applicable pour les bonus attribués à partir de 2010 prévoit qu'une fraction de la rémunération variable doit être différée sur plusieurs années et que, postérieurement, la société Cacib a mis en place un plan relatif aux rémunérations variables qui, pour l'exercice 2012, prévoit l'attribution au bénéficiaire d'un montant en numéraire non différé et d'une partie différée, la cour d'appel s'est fondée sur un motif radicalement inopérant, privant encore sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige et L. 1121-1 du code du travail ;

3°/ que l'employeur peut subordonner l'exigibilité de tout ou partie d'une prime discrétionnaire à une condition de présence du salarié dans l'entreprise à une date postérieure à son celle de son attribution ; qu'en l'espèce, il résulte des stipulations contractuelles que la rémunération variable annuelle était définie discrétionnairement par l'employeur en fonction des performances du salarié et des résultats du groupe ; qu'il en résulte que le salarié n'avait aucun droit acquis au paiement d'une rémunération variable annuelle ; qu'en retenant néanmoins que le paiement des primes de fidélité ne pouvait être soumis à une condition de présence du salarié dans l'entreprise à une date postérieure à leur attribution, dès lors que ces primes constituaient la partie différée du bonus de performance annuel des exercices 2006, 2007 et 2008 et que le salarié bénéficiait d'un droit acquis à un bonus de performance dès lors qu'il avait travaillé pendant l'intégralité des exercices 2006, 2007 et 2008, cependant que ce bonus était lui-même alloué de manière discrétionnaire par l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Mais attendu que, sous le couvert de griefs non fondés pris de défaut de base légale et de violation de la loi, le moyen, inopérant en sa deuxième branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation de la cour d'appel qui a estimé que la prime de fidélité devait s'analyser non pas comme une gratification bénévoles mais comme un élément de la rémunération variable du salarié, bénéficiaire d'un droit acquis au titre des exercices 2006, 2007 et 2008 ; »

Notre chambre juge ainsi de façon constante que, dès lors qu'il s'agit d'une partie de rémunération qui est versée au salarié en contrepartie de son activité et qui s'acquière au fur et à mesure, le salarié peut, même si son départ de l'entreprise est antérieur à son versement, y prétendre au prorata de son temps de présence (Soc., 30 octobre 1996, pourvoi n° 95-41.173, Bulletin 1996, V, n° 365 ; Soc., 21 septembre 2005, pourvoi n° 01-42.399 ; Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-69.127 ; Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-20.131 ; Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-11.845 ; Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-19.528).

En l'espèce, le contrat de travail, figurant en production n° 4 du mémoire ampliatif, stipule, à l'article 7 « Rémunération » :

« 7.3 Le Salarié percevra, à titre de prime initiale, la somme brute de 150.000 € (cent-cinquante mille Euros), dont le paiement interviendra dans les 30 jours de l'entrée en fonctions du Salarié conformément aux termes du présent contrat.

Dans le cas où le Salarié démissionne ou si le Salarié est licencié pour faute grave ou lourde avant la fin de la troisième année à compter de la date de commencement, le Salarié pourra conserver 1/36⁰⁰ de la prime d'arrivée pour chaque mois complet de travail après la date de commencement. Le solde de la prime d'initiale sera remboursable à la Société à la date de rupture ou au jour où la notification de licenciement est faite, à la plus proche des deux dates. »

La cour d'appel a statué comme suit sur la demande de remboursement de l'employeur :

« Si l'employeur peut assortir la prime qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié.

Le droit à gratification peut être subordonné à l'appartenance du salarié à l'entreprise au moment de sa distribution mais ne peut l'être à sa présence à une date postérieure à son versement car cela porte atteinte à la liberté du travail.

En l'espèce, l'article 7.3 du contrat de travail dont le contenu est rappelé dans l'exposé du litige, prévoyait le versement dans les 30 jours de l'entrée en fonction du salarié d'une prime initiale d'un montant de 150.000' et précisait notamment que M.[W] devrait rembourser ladite prime partiellement en cas de démission dans les 36 mois de sa prise de fonction.

En application des principes précités, c'est donc à juste titre que le salarié fait valoir que la société Tp Icap (Europe) ne pouvait valablement subordonner l'octroi définitif de la prime initiale qui lui a été versée en janvier 2016, à la condition qu'il ne démissionne pas et ce à une date postérieure à son versement

dès lors que cette condition qui avait pour effet de fixer un coût à la démission, portait ce faisant atteinte à sa liberté de travailler.

Il y a donc lieu, en infirmant le jugement, de débouter la société Tp Icap (Europe) de l'intégralité de ses demandes, y compris de sa demande de dommages et intérêts pour appel abusif, non fondée. »

L'employeur lui reproche :

- dans une première branche (**violation de la loi**) : d'avoir retenu que la clause contractuelle litigieuse portait atteinte à la liberté du travail du salarié, alors que tel n'était pas le cas,
- dans une deuxième branche (**manque de base légale**) : de ne pas avoir concrètement caractérisé en quoi, compte tenu notamment de son niveau de rémunération, les conditions de l'engagement pris par le salarié, précisément définies par le contrat de travail, de rembourser la prime d'arrivée au prorata de son temps de présence dans l'entreprise avaient pour effet de le priver de la faculté de démissionner,
- dans une troisième et dernière branche (**manque de base légale**) : de ne pas avoir recherché, ainsi qu'elle était invitée à le faire (p. 5 de ses conclusions d'appel), si les conditions d'acquisition et de remboursement de la prime d'arrivée n'étaient pas justifiées et proportionnées au but recherché.

Dans son mémoire ampliatif, il soutient que l'arrêt Soc., 18 avril 2000, pourvoi n° 97-44.235, précité, n'est pas transposable à la présente affaire dès lors qu'il porte sur une prime de fin d'année assortie d'une condition résolutoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant d'une prime de fin d'année soumise à une condition suspensive tenant à la présence du salarié dans l'entreprise durant trois ans.

Il fait valoir, sur ce point, que :

- soit la condition était réalisée à l'échéance convenue et le salarié acquérait dès lors irrévocablement l'intégralité de la prime litigieuse,
- soit elle n'était pas réalisée et le salarié ne pouvait alors prétendre au paiement de la prime qu'au prorata de son temps de présence dans l'entreprise, la différence devant être remboursée.

Il ajoute que, dans ses conclusions d'appel, il avait fait observer :

- p. 8, que le salarié disposait de ressources financières lui permettant de procéder au remboursement de la prime litigieuse,
- p. 5, que la prime d'arrivée, indépendante de l'activité du salarié, était usuelle dans le secteur financier et avait pour but de favoriser l'embauche des traders et de les fidéliser.

Il est à noter que, dans ses conclusions d'appel (p. 10), l'employeur soutenait que, afin d'apprécier la validité des clauses visant à récompenser la fidélité du salarié, les juges examinent les capacités du financières du salarié, et qu'au cas d'espèce, l'intéressé disposait de ressources financières lui permettant d'honorer sa dette.

Il peut être ici rappelé qu'aux termes de l'article 1304 du code civil :

« L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.

*La condition est **suspensive** lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.*

*Elle est **résolutoire** lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »*

Dans l'hypothèse d'une condition suspensive, **l'exécution de l'obligation** est suspendue à la survenance de l'événement.

Dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, **l'obligation est exécutée** mais elle est ultérieurement résolue en cas de survenance de l'événement.

Dans son mémoire en défense, le salarié fait valoir :

- que la première branche est en contradiction avec la jurisprudence de notre chambre, selon laquelle dès lors que la prime litigieuse a été versée, l'employeur ne peut en réclamer le remboursement anticipé en cas de démission dans un certain délai, sans remettre en cause un droit définitivement acquis au salarié,
- que la deuxième branche est inopérante dès lors que la clause litigieuse est illicite en ce qu'elle prévoit un coût pour la démission du salarié et porte ainsi atteinte à son droit, à valeur constitutionnelle, de démissionner,
- que la troisième branche est irrecevable dès lors que l'employeur n'a pas demandé à la cour d'appel de procéder à la recherche prétendument omise.

Notre chambre aura à se prononcer sur les mérites du moyen à la lumière de l'ensemble de ces éléments.