

Résiliation – Cas spéciaux

Rappels des principes, questions choisies et exemples



Thèmes du dossier

Gestion

Personnel

Direction

Succès & carrière

Communication

Marketing & Vente

Finances

IT & Office

Avantages immédiats

Vous savez:

- A quels éléments il faut faire attention avant de résilier le contrat.
- Quelles sont les particularités et les modalités de résiliation selon le contrat de travail établi.
- A quels moments le contrat ne peut pas être résilié.
- Ce que l'on entend par motif abusif de résiliation.

Vous pouvez:

- Identifier les risques liés à toute résiliation du contrat de travail.
- Savoir quand une résiliation est délicate, inopportune ou nulle.
- Rédiger un courrier de résiliation.
- Motiver votre décision de résiliation.

Auteurs



Pierre Matile, avocat à Cortaillod

Avant de créer son entreprise, CJE Sàrl, Avocats et Conseillers d'Entreprises, il a été Secrétaire général du département de l'économie publique du canton de Neuchâtel, puis Secrétaire patronal. Il jouit d'une grande expérience dans le conseil en droit du travail aux employeurs. Conseiller juridique d'associations professionnelles, il a été pendant plus de 20 ans Secrétaire de l'office cantonal neuchâtelois de conciliation en matière de conflits de travail. Il est coauteur d'un commentaire pratique des dispositions fédérales sur le travail temporaire, d'un ouvrage sur l'égalité salariale et d'un Business Dossier consacré à la résiliation ordinaire.



Nathalie Berger, avocate à Cortaillod

Après une expérience de quelques années dans une assurance de protection juridique, elle travaille depuis 2014 pour CJE Sàrl, Avocats et Conseillers d'Entreprises. Dans ses domaines de prédilection que sont le droit du travail, le droit des assurances sociales ainsi que le droit des contrats, elle se charge tant de conseiller les clients que d'assurer leur défense devant les Tribunaux. Elle est coauteur d'un ouvrage sur l'égalité salariale et d'un Business Dossier consacré à la résiliation ordinaire.

CJE Sàrl
Courtils 1
2016 Cortaillod
Tél. +41 32 846 23 88



Impressum

WEKA Business Dossier

Résiliation – Cas spéciaux

Composition: Peter Jäggi
Révision: WEKA Business Media SA

WEKA Business Media SA
Hermetschloostrasse 77
Case postale
8010 Zurich
Tél. 044 434 88 35
Fax 044 434 89 99
info@weka.ch
www.weka.ch

Date de parution: 2017

VLB – Reprise du titre dans le répertoire des œuvres disponibles

ISBN: 978-3-297-02218-4

© WEKA Business Media SA, Zurich

Tous droits réservés. Toute reproduction complète ou partielle uniquement avec l'autorisation de l'éditeur.

Table des matières

Résiliation II – Cas spéciaux – Rappels des principes, questions choisies et exemples

I. Le congé abusif	5
1. Rappel des principes.....	5
2. Les motifs abusifs de congé.....	5
2.1 Généralités.....	5
2.2 Le congé discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO).....	6
2.3 L'exercice d'un droit constitutionnel.....	8
2.4 La prévention de la naissance de prétentions juridiques.....	9
2.5 L'exercice de prétentions découlant du contrat de travail.....	9
2.6 L'accomplissement d'un service ou d'une obligation légale.....	12
2.7 Appartenance à une organisation de travailleurs et activité syndicale.....	13
3. L'opposition au congé.....	13
3.1 Généralités.....	13
3.2 Délai d'action.....	14
3.3 La preuve du licenciement abusif.....	14
3.4 Conséquences d'un congé abusif.....	15
4. Protection contre les congés selon la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes....	16
4.1 Remarques introductives.....	16
4.2 Discrimination à l'embauche.....	17
4.3 Discrimination dans la résiliation du contrat.....	18
5. La pluralité de motif.....	19
II. Les périodes de protection – résiliation en temps inopportun	20
1. Informations générales.....	20
2. Le service militaire.....	21
2.1 Notion de service militaire obligatoire, de protection civile et de service civil.....	21
2.2 La protection instaurée par l'art. 336c CO.....	21
2.3 Validité du congé en cas de services militaire, service civil ou de protection civile.....	21
3. La grossesse et l'accouchement.....	22
4. L'accident et la maladie.....	24
4.1 Principe.....	24
4.2 Conditions pour bénéficier de la protection contre les congés en cas d'incapacité de travail.....	26
4.3 Changement d'année de service pendant une période de protection.....	29
5. La protection contre les congés selon l'art. 10 LEg.....	29
6. Conséquence d'un congé donné pendant une période de protection.....	30
7. La résiliation donnée avant une période de protection.....	30
8. Cumul de plusieurs période de protection/incapacité de travail.....	30
9. Validité du congé signifié durant une période de vacances.....	31

10.	Quid de l'incapacité limitée à la place de travail?	32
11.	Cas dans lesquels l'art. 336c CO ne trouve pas application.....	32
III.	L'abandon d'emploi	33
1.	Quand y a-t-il abandon d'emploi ?	33
2.	Conséquence d'un abandon d'emploi	34
3.	Marche à suivre par l'employeur en cas d'abandon d'emploi	34
4.	Sanctions.....	34
5.	Exemples pratiques.....	35
IV.	Licenciement collectif	36
1.	Principe	36
2.	Conditions posées par le Code des obligations	36
2.1	Délai de 30 jours	36
2.2	Motifs non inhérents à la personne du travailleur	36
2.3	Emplois habituels.....	37
2.4	Au moins 10 licenciements si l'établissement emploie entre 21 et 99 collaborateurs	37
2.5	Congés donnés par l'employeur	38
2.6	Obligation de négocier un plan social.....	38
V.	Résiliation des contrats de durée déterminée	41
1.	Rappel	41
2.	Exemples pratiques.....	41
2.1	La résiliation du contrat d'apprentissage.....	41
2.2	Conséquence de la résiliation du contrat d'apprentissage	42
2.3	Marche à suivre par l'employeur en cas de résiliation du contrat d'apprentissage	42
2.4	Exemples pratiques.....	43
3.	La résiliation des contrats de travail temporaire	44

I. Le congé abusif

1. Rappel des principes

Le droit suisse connaît le principe de la liberté de résiliation. Cela signifie qu'un contrat de travail peut être résilié par les deux parties sans motif particulier. La liberté de résiliation n'est toutefois pas absolue dans la mesure où la loi limite le droit de l'employeur de résilier le contrat pour certains motifs. Cette liberté est ainsi limitée par l'interdiction de résilier le contrat pour des motifs abusifs.

Exemple pratiques



L'employeur décide d'externaliser son département de comptabilité. Pour ce motif, il se sépare de son comptable. Le congé n'est pas abusif et ne peut donc pas être valablement contesté par le collaborateur. L'employeur dispose du droit de résilier le contrat même sans motifs.

2. Les motifs abusifs de congé

2.1 Généralités

Aux termes de l'art. 336 CO,

1. *Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie:*
 - a. *pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;*
 - b. *en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise;*
 - c. *seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail;*
 - d. *parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail;*
 - e. *parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.*

2. *Est également abusif le congé donné par l'employeur:*
 - a. *en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale;*
 - b. *pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.*
 - c. *sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).*
3. Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.»

Il convient de préciser que la liste de l'art. 336 CO n'est pas exhaustive. En effet, cette disposition n'exclut pas l'application de l'art. 2 al. 2 CC qui réprime l'abus manifeste d'un droit.

Les dispositions des art. 336 à 336b CO sont applicables uniquement aux contrats de durée indéterminée qui prennent fin par une résiliation ordinaire. Cette protection est également applicable durant le temps d'essai¹.

2.2 Le congé discriminatoire (art. 336 al. 1 let. a CO)

Le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie sans lien avec le rapport de travail est abusive.

Constituent des motifs inhérents à la personnalité du travailleur les motifs tels que:

- Le sexe de l'autre partie: étant précisé que cette règle est reprise dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg).
- La grossesse;
- La race;
- La maladie: à ce sujet, il faut préciser que si la maladie atteint la capacité de travail, ce qui est bien souvent le cas, et que la période de protection de l'art. 336c CO est dépassée, la résiliation ne sera pas abusive. Fait bien évidemment exception le cas où l'incapacité de travail est causée par l'employeur. On peut par exemple songer à une incapacité de travail liée à un mobbing sur le lieu de travail. Dans ce cas, et dans la mesure où l'employeur est tenu de protéger la santé des collaborateurs, une résiliation donnée pour cette raison serait abusive². En revanche, la résiliation du contrat en raison d'une maladie telle que le sida pourrait être abusive si elle n'entraîne aucune incapacité de travail et qu'elle ne crée aucun danger dans l'exécution du travail³.
- Les antécédents judiciaires: ils sont considérés comme des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur. S'ils sont sans lien avec les rapports de travail et ne sont pas susceptibles de porter préjudice à l'employeur, une résiliation pour ce motif pourrait être abusive.

1 ATF 134 III 108 consid. 7.1

2 ATF 125 III 70 consid. 2a

3 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} édition, 2014, p. 630

Cas pratique – Arrêt 4C.431/2005



Y. SA est une société active sur le marché des espaces publicitaires dans la presse. Elle a engagé X en qualité de conseiller à la clientèle au service de sa succursale de Fribourg.

Le 10 septembre 2003, X a été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuels avec des enfants et condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis. Les débats s'étaient tenus à huis clos. Un article sur cette affaire a été relaté par la presse le lendemain. Le directeur de la succursale a usé de ses contacts avec la presse pour connaître l'identité du coupable et a ainsi appris qu'il s'agissait de X. Y. SA a licencié X avec effet immédiat le 16 septembre 2003.

Le Tribunal fédéral rappelle dans cet arrêt que les antécédents pénaux d'un travailleur, de même que sa mise en prévention ou son inculpation dans une cause pénale, sont des éléments de sa personnalité; ils peuvent cependant, selon les circonstances, avoir un lien avec le rapport de travail ou perturber gravement le travail dans l'entreprise, de sorte que, dans ces hypothèses, le licenciement échappe à l'interdit de résilier le contrat pour une raison inhérente à la personnalité (consid. 2.2).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que les infractions commises n'avaient aucun rapport, même lointain, avec l'activité exercée pour Y. SA et ne constituaient pas, en elles-mêmes, un manquement aux devoirs contractuels à respecter. En outre, ce fait n'était pas de nature à causer un préjudice grave à l'accomplissement du travail dans l'entreprise de la défenderesse.

A noter que la solution aurait sans nul doute été fort différente si le collaborateur était amené à travailler avec des enfants, par exemple en qualité d'enseignant ou d'éducateur spécialisé.

- L'âge: il s'agit d'un élément inhérent à la personnalité du travailleur. Licencier un collaborateur en raison de son âge est ainsi abusif si l'âge ne porte pas atteinte à la capacité de travail du collaborateur. Dans un arrêt 4A_384/2014, le Tribunal fédéral a renforcé la protection des travailleurs âgés.

Travailleur âgé – Attention au licenciement abusif



L'employeur a un devoir d'assistance accru envers les collaborateurs âgés (en principe les collaborateurs de plus de 55 ans selon le Tribunal fédéral). A ainsi été considéré comme abusif le licenciement donné à un travailleur proche de l'âge de la retraite et qui a travaillé 11 ans dans l'entreprise. Le Tribunal fédéral a en effet estimé que dans ce cas, l'employeur a un devoir accru de protection à l'égard du travailleur dont le comportement n'a, pour l'essentiel, pas donné lieu à des plaintes. Si aucune autre solution que la résiliation du contrat ne semble envisageable, l'employeur doit impérativement respecter les obligations suivantes:

- Informer le collaborateur de son intention de résilier le contrat de travail;
- Laisser la possibilité au collaborateur de s'exprimer sur ce point;
- Tenter de chercher une solution alternative, telles que l'affectation à un autre poste de travail, lui octroyer une dernière chance et ce même en cas de prestation insuffisante.

A défaut, il existe un risque non négligeable que le licenciement puisse être considéré comme abusif par les tribunaux et ainsi justifier l'octroi d'une indemnité pouvant aller jusqu'à 6 mois de salaire.

- L'homosexualité;
- La nationalité.

2.3 L'exercice d'un droit constitutionnel

Est abusif le congé donné à l'autre partie en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel, soit notamment:

- Droit à l'égalité;
- Liberté personnelle;
- Protection de la sphère privée;
- Liberté de conscience et de croyance;
- Libertés d'opinion et d'information;
- Liberté de réunion;
- Liberté d'association;
- Liberté économique;
- Liberté syndicale.

Exemple pratique



L'employeur peut-il résilier le contrat de travail d'une collaboratrice qui refuse de retirer son voile?

En principe, l'employeur qui résilie le contrat en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel abuse de son droit de résilier sauf si l'exercice de ce droit viole une obligation résultant du contrat ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

En revanche, l'employeur est en droit d'établir des directives sur l'habillement pour autant que ces instructions soient en lien avec l'exécution du travail. Ces directives ne peuvent toutefois pas porter atteinte à la personnalité du travailleur, dont font partie ses convictions religieuses si ces directives n'ont pas de lien avec la prestation de travail.

Ainsi interdire le port du voile à une collaboratrice qui entretient des contacts réguliers avec la clientèle peut se justifier, de même que l'interdiction de la prière si elle est effectuée plusieurs fois par jour et qu'elle perturbe l'activité de l'entreprise.

Le Tribunal cantonal bernois a considéré comme abusif le licenciement d'une femme qui refusait de retirer son voile alors que celui-ci ne perturbait en rien le travail et qu'elle n'entretenait aucun contact avec des tiers.

2.4 La prévention de la naissance de prétentions juridiques

Est également abusif le licenciement signifié dans le seul but d'empêcher à l'autre partie de faire valoir des prétentions découlant du contrat de travail.

Cette disposition vise des prétentions futures, telles qu'une prime d'ancienneté, une gratification, une indemnité de départ, etc.

Exemple pratique



L'employeur qui résilie systématiquement les contrats de ses collaborateurs avant l'âge de 25 ans pour les remplacer par des collaborateurs plus jeunes et ce dans le but de ne pas devoir payer la totalité des primes LPP résilie de manière abusive.

De même, l'employeur qui résilie le contrat de travail d'un collaborateur peu avant que celui-ci atteigne la durée d'emploi de 5 ans qui lui donne droit au versement d'une prime de fidélité résilie abusivement le contrat.

2.5 L'exercice de prétentions découlant du contrat de travail

2.5.1 Généralités

Est également abusive la résiliation donnée par l'employeur alors que le travailleur fait valoir, de bonne foi, des prétentions résultant du contrat de travail. Cette résiliation est communément appelée «congé-représailles».

Font notamment partie des prétentions découlant du contrat de travail:

- Droit aux vacances, jours fériés, etc.;
- Droit aux protections découlant de la loi fédérale sur le travail ou le CO (garde d'enfant malade, maladie, allaitement, etc.);
- Demande d'établissement d'un certificat intermédiaire de travail;
- Demande de mise en place des mesures de sécurité;
- Demander une augmentation de salaire;
- Réclamer le paiement ou la compensation des heures supplémentaires;
- Constituent également des prétentions découlant du contrat de travail les prétentions déduites de la prévoyance professionnelle⁴ ou du droit au respect de la personnalité visé par l'art. 328 CO.

⁴ TF 05.09.2003 publié in JAR 2004 p. 309

Exemple pratique



La résiliation donnée à un collaborateur qui refuse une réduction immédiate de salaire est abusive. La solution serait toutefois différente si l'employeur a respecté la procédure du congé-modification.

Conseil pratique



Il peut arriver, dans certaines situations, qu'il soit nécessaire de réduire le salaire du collaborateur. Dans ce cas, il ne faut pas oublier que le contrat de travail suppose l'accord réciproque et concordant des parties. L'employeur ne peut ainsi pas modifier unilatéralement le contrat en défaveur du collaborateur. Si une modification contractuelle portant sur un élément essentiel du contrat, tel que le salaire, est nécessaire, l'employeur devra procéder par la voie du congé-modification.

Le congé-modification doit en tous les cas contenir les informations suivantes:

- Description des modifications contractuelles et les nouvelles conditions de travail;
- Préciser la date d'entrée en vigueur des modifications contractuelles: l'employeur doit, dans tous les cas où les modifications péjorent la situation du collaborateur, respecter le délai de congé, ce qui signifie que les modifications contractuelles ne peuvent pas entrer en vigueur immédiatement mais uniquement après l'expiration du délai de congé légal ou contractuel. A défaut, le congé-modification peut être considéré comme abusif au sens de l'art. 336 al. 1 lit. d CO, et ce même en l'absence de licenciement⁵.
- Droits liés à la durée des rapports de travail: si les modifications sont acceptées, on se trouve dans le cas de la continuation d'un rapport de travail préexistant à des conditions modifiées. Pour les droits liés à la durée des rapports de travail, tels que le droit au salaire en cas de maladie, la protection contre les congés, etc. la totalité de la période d'emploi doit être prise en considération.
- Informer le travailleur des conséquences liées au refus d'accepter les modifications. Le travailleur doit être rendu attentif aux conséquences liées à un refus de sa part d'accepter les modifications contractuelles; il doit savoir avec précision que son refus entraînera la résiliation de son contrat.
- Délai de réflexion: il est nécessaire de laisser au travailleur un délai de réflexion suffisant (à notre avis au minimum 10 jours ouvrables)⁶ pour se prononcer. Il convient également d'indiquer qu'en l'absence de réponse dans le délai imparti, l'employeur considérera que le travailleur refuse les modifications proposées.

⁵ CARUZZO, N 15 ad. art. 320 CO, p. 25

⁶ 10 à 15 jours selon CARUZZO, N. 15 ad. art. 320 CO; arrêt du Tribunal fédéral du 4 janvier 2007, 4C.317/2006 consid. 3.4 dans lequel le TF a jugé qu'un délai de 12 jours était raisonnable.