

Résiliation ordinaire

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:

- Comment résilier dans le temps d'essai?
- Comment et pour quelle date résilier ensuite le contrat?
- Quels éléments examiner avant de décider de licencier?
- Quels éléments régler impérativement dans un accord de résiliation?
- But, rôle et contenu de l'avertissement.

Vous pouvez:

- Evaluer les risques liés à la résiliation.
- Respecter les modalités pour licencier.
- Prononcer un avertissement.
- Rédiger un accord de résiliation.
- Identifier quand une résiliation est délicate, inopportune ou nulle.

Auteurs



Pierre Matile, Avocat à Cortaillod

Avant de créer son entreprise d'avocats, CJE Sàrl, 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 et d'un ouvrage sur l'égalité salariale.

Nathalie Berger, Avocate à Cortaillod

Après une expérience de quelques années dans une assurance de protection juridique, elle travaille depuis 2014 pour CJE Sàrl. 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.

Impressum

WEKA Business Dossier

Résiliation ordinaire

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: 978-3-297-00361-9

© WEKA Business Media SA, Zurich

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

Table des matières

Résiliation ordinaire – rappels des principes, questions choisies et exemples

I. Résiliation – Les cas les plus courants	5
1. Etape 1: Décision de résiliation	5
2. Etape 2: Calcul des années d’ancienneté des travailleurs	6
3. Etape 3: Quel est le délai de résiliation applicable?	7
4. Etape 4: Vérification de la validité de la résiliation	7
5. Etape 5: Formes et communication de la résiliation	8
6. Etape 6: Modalités d’exécution du contrat de travail durant le délai de congé.....	8
6.1 Libération de l’obligation de travailler durant le délai de congé	8
6.2 Vacances durant le délai de congé.....	9
6.2.1 Principe	9
6.2.2 Prise des vacances durant le délai de congé.....	9
7. Etape 7: Rédaction du courrier de résiliation.....	11
8. Etape 8: Compétence pour licencier	11
II. Les pièges: la résiliation en temps inopportun, la résiliation abusive et les contrats de durée minimale ou de durée déterminée	12
1. La résiliation en temps inopportun.....	12
1.1 Principes.....	12
1.2 Résiliation pendant un délai de protection	12
1.3 Résiliation avant la naissance d’une cause de protection contre le licenciement.....	13
1.4 Maladie ou accident à cheval entre la première et la deuxième année ou entre la cinquième et la sixième année de service	14
2. La résiliation abusive.....	15
III. La résiliation du contrat durant le temps d’essai	18
1. Principes de base	18
IV. La résiliation selon le type de contrat – durée déterminée, minimale, maximale	19
1. La résiliation du contrat de durée déterminée.....	19
2. La résiliation du contrat de durée maximale	21
3. La résiliation du contrat de durée minimale	21
V. La résiliation du contrat de travail avant le début d’activité	22
1. Résiliation par le collaborateur.....	22
2. Résiliation par l’employeur.....	22

VI. Résiliation par l'employé	23
1. Résiliation ordinaire	23
1.1 Principe	23
1.2 Conseil	24
2. Abandon d'emploi.....	24
2.1 A savoir	24
2.2 Sanctions.....	25
2.3 Fardeau de la preuve	26
VII. Accord de résiliation/Résiliation commune	28
1. Introduction.....	28
2. Conditions de validité de l'accord	28
3. Conséquences d'un accord de résiliation	29
4. Eléments à régler dans la convention de résiliation	30
VIII. Congé-modification	32
1. Principes de base	32
2. Contenu et étapes du congé-modification.....	32
3. Congé-modification abusif	36
IX. Avertissement	37
1. Principes de base	37
2. Quand la notification d'un avertissement est-elle nécessaire?	37
3. Comment signifier un avertissement?	38
4. Que doit contenir un avertissement?	38
5. Avertissement et congé immédiat.....	38
X. Résiliation avec effet immédiat	39
1. Principes	39
2. Manière de procéder	39
Etape 1: Vérifier que les manquements justifient une résiliation avec effet immédiat	39
Etape 2: Décision de licencier avec effet immédiat et temps de réaction.....	41
Etape 3: Effets du licenciement avec effet immédiat	41
Etape 4: Communication du licenciement avec effet immédiat	41
7. Analyses d'arrêt.....	41

I. Résiliation – Les cas les plus courants

1. Etape 1: Décision de résiliation

En droit suisse, les rapports contractuels sont régis par le principe de la liberté contractuelle. Ce principe n'est toutefois pas absolu et est, en droit du travail, limité par les dispositions générales des articles 19 et 20 CO, mais également par des dispositions spécifiques, soit les art. 361 et 362 CO.

L'art. 361 CO énumère les dispositions impératives, soit celles auxquelles il n'est pas possible de déroger. Quant à l'article 362 CO, il mentionne les dispositions semi-impératives, soit les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du collaborateur¹.

D'autres normes limitent la portée de la liberté contractuelle. Il s'agit notamment de la loi fédérale sur l'égalité dont il sera question plus loin dans cet ouvrage, mais également des Conventions collectives de travail, ci-après CCT et des Contrats-types de travail (CTT), lesquels peuvent avoir un effet impératif.

De ce principe, découle celui de la liberté de la résiliation, ce qui signifie que pour qu'un congé soit valable, il n'est pas nécessaire qu'il repose sur un motif particulier². Les dispositions sur les congés abusifs (art. 336 ss CO) limitent toutefois cette liberté³. Les motifs abusifs de congés seront repris ci-après au chapitre VIII.

Il convient toutefois de retenir qu'hormis les cas spécifiques de congés abusifs, le contrat de travail peut être résilié par chacune des parties sans motifs particuliers, moyennant toutefois le respect de la forme et des délais de résiliations.

L'employeur qui souhaite se séparer d'un collaborateur doit toutefois se poser certaines questions afin de s'assurer non seulement que le congé est valable mais également que certaines dispositions légales et contractuelles sont respectées.

A retenir

- Liberté de résilier même sans motif
- Limites: motifs abusifs



1 WYLER/HEINZER, p. 51

2 ATF 127 III 86 consid. 2a

3 ATF 130 III 699 consid. 4.1

2. Etape 2: Calcul des années d’ancienneté des travailleurs

Art. 335c CO – Après le temps d’essai

1 Le contrat peut être résilié pour la fin d’un mois moyennant un délai de congé d’un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement.

2 Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.

Art. 335d CO – Pendant le temps d’essai

1 Pendant le temps d’essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d’essai le premier mois de travail.

2 Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective: toutefois le temps d’essai ne peut dépasser trois mois.

3 Lorsque pendant le temps d’essai, le travail est interrompu par suite de maladie, d’accident ou d’accomplissement d’une obligation légale incombant au travailleur sans qu’il ait demandé de l’assumer, le temps d’essai est prolongé d’autant.

Ces délais sont applicables:

- Aux contrats de durée indéterminée;
- Si rien d’autre n’a été convenu

La loi se réfère à l’année de service pour déterminer quel est le délai de congé applicable. Pour calculer le nombre d’années de service, il faut prendre en considération l’ensemble des engagements auprès d’un même employeur. Ainsi, la durée du contrat d’apprentissage doit être prise en considération dans le calcul des années de services. De même, en cas de succession de contrats distincts auprès d’un même employeur l’ensemble des contrats doivent en principe être pris en considération dans le calcul de la durée des années de travail.

Dans un arrêt du 17 décembre 1975, le Tribunal fédéral a considéré que plusieurs périodes d’emploi saisonnier auprès d’un même employeur devaient être interprétées comme une seule relation contractuelle.

En revanche, lors du passage d’un travail temporaire à un travail fixe, la durée de la mission temporaire exercée auprès de l’employeur n’est pas prise en considération. En effet, il s’agit là de deux rapports juridiques distincts. Lors de la mission temporaire, il n’existe aucun lien juridique entre le travailleur temporaire et l’entreprise locataire de services.

3. Etape 3: Quel est le délai de résiliation applicable?

Le moment déterminant est la date à laquelle la résiliation est notifiée à l'autre partie.

Exemple pratiques



Ainsi, pour un collaborateur qui a débuté son activité le 1^{er} juin 2016, un délai de congé de un mois est applicable si le congé est notifié avant le 31 mai 2017 et ce même si le délai de congé se déroule entièrement durant la deuxième année de service.

Dans une jurisprudence bien établie, le Tribunal fédéral a considéré que le délai de congé se calcule rétroactivement à partir de l'échéance du contrat⁴. Ainsi, par exemple, si un collaborateur se trouve dans sa deuxième année de service et que son congé lui est signifié le 15 juin pour le 31 août, le délai de congé de deux mois débute le 1^{er} juillet.

Il convient toutefois de relever que dans un ATF 131 III 467, le Tribunal fédéral semble abandonner sa jurisprudence, pourtant constante, relative au calcul rétroactif du délai de congé. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine, notamment par le Prof. Gabriel Aubert⁵. Dans l'arrêt 4A_47/2008 du 29 avril 2008, le Tribunal fédéral a toutefois confirmé que l'ATF 131 III 467 ne constituait pas un revirement de jurisprudence et, en conséquent, que la méthode de calcul rétroactif demeure applicable.

4. Etape 4: Vérification de la validité de la résiliation

Avant de notifier le congé, il convient de se poser en particulier les questions suivantes:

- Une forme particulière est-elle prévue contractuellement ou par une CCT?
- Dans quelle année de service se trouvera le travailleur lors de la réception du congé?
- Quel est le délai de congé applicable?
- Un élément empêche-t-il la notification du congé (maladie, accident, grossesse, service militaire et, dans certaines CCT, vacances)?
- A quelle date le contrat prendra-t-il fin?
- L'employeur souhaite-t-il libérer le collaborateur de son obligation de travailler durant le délai de congé?
- Existe-t-il un solde de vacances à compenser?
- Le collaborateur a-t-il des heures supplémentaires ou des heures de travail supplémentaires?

4 ATF 115 V 437; ATF 123 III 466; arrêt du Tribunal fédéral 1C_174/2007 du 16 octobre 2007

5 AUBERT Gabriel, Calcul du délai de congé: revirement de jurisprudence?: Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 1er Cour civile, du 14 avril 2005, recours en réforme (4CF.423/2004), publié in archive ouverte UNIGE, <http://archive-ouverte.unige.ch>

5. Etape 5: Formes et communication de la résiliation

La loi n'impose le respect d'aucune forme, sauf disposition contractuelle contraire. Ainsi, une résiliation peut très bien être signifiée oralement, par SMS, etc. Il faut toutefois rappeler que la résiliation constitue l'exercice d'un droit formateur et qu'elle est soumise à réception⁶. Cela signifie qu'elle ne déploie ses effets que dès réception par le destinataire.

Si les parties ont réservé une forme particulière à la résiliation, celle-ci est alors considérée comme étant une condition de validité de la résiliation⁷.

Il faut également que la volonté de résilier le contrat de travail soit claire et sans équivoque. S'il existe un doute, la déclaration de volonté sera interprétée en défaveur de son auteur⁸.

Pour des raisons probatoires, il est conseillé de prévoir que la résiliation doit être notifiée ou confirmée par écrit. En outre, la résiliation étant une déclaration de volonté soumise à réception, l'employeur qui envoie la résiliation par courrier recommandé devrait toujours prendre en compte le délai de garde de la poste de 7 jours et ce afin d'éviter tout risque que le contrat soit prolongé si le travailleur ne daigne pas relever son courrier de suite.

Il convient toutefois de rappeler que dans un arrêt du Tribunal fédéral rendu en droit du bail, notre Haute Cour a estimé qu'un courrier envoyé sous recommandé était présumé notifié dès que le destinataire est en mesure d'en prendre connaissance au bureau de poste selon l'avis de retrait; il s'agit soit du jour même où l'avis de retrait est déposé dans la boîte aux lettres si l'on peut attendre du destinataire qu'il le retire aussitôt, sinon en règle générale, le lendemain de ce jour⁹. Cette jurisprudence doit, à notre avis, être appliquée par analogie au droit du travail. Il convient toutefois de préciser qu'aucune jurisprudence n'a, à notre connaissance, été rendue sur ce point en droit du travail.

6. Etape 6: Modalités d'exécution du contrat de travail durant le délai de congé

6.1 Libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé

Il peut arriver que l'employeur préfère libérer le collaborateur de son obligation de travailler durant le délai de congé. D'un point de vue juridique, la décision de libérer de l'obligation de travailler constitue une remise de dette qui n'exige aucune acceptation expresse de la part du collaborateur (art. 115 et 6 CO, ATF 128 III 212).

La libération de l'obligation de travailler ne suspend pas les autres obligations du collaborateur. Celui-ci reste ainsi lié à son devoir de diligence et de fidélité. Si le collaborateur tire un revenu d'un autre travail durant cette période, il est tenu d'en informer l'employeur et ce revenu est imputé du salaire payé par l'employeur.

6 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} Ed., Berne 2014, p. 501

7 STREIFF/VON KEANEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag:Praxiskommentar zur Art. 316–362 OR, 7^{ème} Ed., Zürich/Bâle/Genève 2012, n. 8 ad. art. 335 CO

8 Arrêt du Tribunal fédéral du 19 février 2004, 4C.339/2004 consid. 2.1; STEAHELIN

9 Arrêt du Tribunal fédéral du 13 décembre 2016, 4A_293/2016 consid. 4.1 et les références citées

Il convient de souligner que, dans certaines circonstances particulières, la libération de l'obligation de travailler peut constituer une atteinte à la personnalité du travailleur, celui-ci étant en droit d'être occupé. Cela est par exemple le cas d'un sportif d'élite pour qui l'exercice effectif de l'activité est nécessaire pour ne pas se déprécier sur le marché du travail.

A retenir



- En cas de libération de l'obligation de travailler, rappeler au collaborateur que les autres obligations perdurent.
- Inviter le collaborateur à informer l'employeur de tout revenu tiré d'une autre activité.

6.2 Vacances durant le délai de congé

L'employeur peut-il imposer la prise de vacances durant le délai de congé?

6.2.1 Principe

Art. 329d al. 3 – Salaire

Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages.

Cette disposition est impérative et il ne peut y être dérogé valablement (art. 361 CO).

La date des vacances est fixée par l'employeur qui prend en compte, dans la mesure du possible, les désirs du collaborateur (art. 329c al. 2 CO). Lorsque la prise des vacances est imposée par l'employeur, un délai de préavis suffisant (de l'ordre de 3 mois) doit être respecté.

Il peut arriver qu'à la fin des rapports de travail, le travailleur n'ait pas épuisé son solde de vacances, se pose ainsi la question de savoir dans quelle mesure l'employeur peut imposer au travailleur de les prendre durant le délai de congé.

6.2.2 Prise des vacances durant le délai de congé

Dans l'ATF 128 III 271, le Tribunal fédéral a rappelé que le principe de l'interdiction d'indemniser les vacances était également applicable à la fin du contrat de travail, de sorte qu'elles doivent être prises durant le délai de congé. Des limites ont toutefois été posées à ce principe qui peut apparaître comme trop rigide eu égard aux circonstances et au fait que le travailleur est, en principe, tenu de rechercher un nouvel emploi durant le délai de congé. Le but des vacances peut apparaître comme compromis. Ainsi, plus le délai de congé est bref, plus il est admis que les vacances puissent être payées en espèces¹⁰.

L'employeur peut toutefois imposer au travailleur de prendre ses vacances en nature. Il convient de distinguer les hypothèses suivantes:

- a. Le travailleur a été libéré de son obligation de travailler

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2002 du 22 octobre 2002

Lorsque le travailleur est libéré de son obligation de travail, il est admis qu'il puisse prendre, en tous cas en partie, ses vacances en nature. La quotité de vacances à prendre sera déterminée en fonction de la durée de la libération de l'obligation de travailler.

Exemple pratiques



On peut mentionner les cas suivants:

- ATF 128 III 271: dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis qu'un travailleur, libéré de son obligation de travailler pour une durée de 87 jours, pouvait prendre son solde de vacances de 40 jours.
- Arrêt 4C.71/2002: le Tribunal fédéral a admis qu'un solde de vacances de 2.7 semaines, respectivement 3.3 semaines, puissent être pris pendant un délai de congé de 14 semaines.
- A l'inverse, il a été jugé que la prise d'un solde de vacances de 30 jours pour un délai de congé de deux mois était incompatible avec la recherche d'un emploi¹¹.

b. Le travailleur n'a pas été libéré de son obligation de travailler

La question est d'autant plus délicate dans ce cas dans la mesure où le travailleur doit chercher un emploi. Selon une partie de la doctrine l'employeur peut imposer la prise de vacances en nature dans les cas où la durée du délai de congé excède trois mois¹².

Nous nous rallions à cette opinion dans la mesure où elle apparaît cohérente tant au niveau des délais de prévenance que de la durée pendant laquelle le travailleur peut chercher un emploi. En tous les cas, la prise des vacances en nature devrait être possible si le travailleur a d'ores et déjà retrouvé un emploi.

A retenir



- Principe: prise des vacances en nature
- Exception: fin des rapports contractuels et impossibilité de bénéficier des vacances
- Imposer la compensation durant délai de congé si libération de l'obligation de travailler (de l'ordre de 1/4 à 1/3 de la durée de libération)

¹¹ Arrêt 4C.84/2002

¹² CEROTTINI Eric, Le droit aux vacances, Etude des art. 329a à d CO, Thèse de licence et de doctorat, Faculté de Lausanne, Lausanne 2001, p. 44 ss